

El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES
Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Exposición de las resoluciones jurisprudenciales.—III. Determinación de sus extremos y alcance. Punibilidad de la tentativa inidónea.—IV. Calificación formal de “delito imposible”.—V. Posición real del Tribunal Supremo.—VI. Posibilidades de una nueva interpretación del artículo 3.º del Código penal.

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

El que a las prácticas abortivas no siga un resultado feticida —que constituye el resultado propio del delito de aborto— puede obedecer a una de estas dos causas: o a que la mujer no se halle encinta o a que la acción desplegada sea inadecuada. Tanto en un caso como en el otro, nos hallamos ante el llamado delito imposible, o si se prefiriere tentativa inidónea de aborto.

Si a consecuencia de tales prácticas se produce la muerte o lesión grave de la mujer, cuenta nuestro Código con una disposición específica, que es la contenida en el párrafo último del artículo 411.

Si no van acompañadas, o mejor seguidas, de alguno de esos resultados, aparece en principio problemático el saber si estamos en presencia de hechos delictivos, punibles, según la legislación penal española.

En el Código de 1944 se introduce una disposición nueva, que representa, según Quintano, “una de las innovaciones más señaladas de la reforma del Código de 1944” (1). Después de haber fijado la pena de la tentativa, dispone que “la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito” (art. 52, párrafo segundo). Pero esta disposición suscitó dudas, tanto de orden exegético como dogmático; entre otras: cual sea su alcance y cual la relación en que se encuentre respecto a las demás normas del mismo cuerpo legal definidoras de los hechos punibles.

Así las cosas, nos parece de interés examinar cómo se ha enfrentado el Tribunal Supremo con los casos de aborto imposible.

(1) QUINTANO, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, p. 231.

II. EXPOSICIÓN DE LAS RESOLUCIONES JURISPRUDENCIALES

Antes de nada, expondremos sus sentencias. Lo haremos en la forma más breve posible, aunque con la extensión necesaria para dejar establecidas las bases para las ulteriores consideraciones que nos proponemos llevar a cabo.

S. 14 junio 1950. La Audiencia provincial había absuelto a la procesada, la cual, con el propósito de destruir el fruto de su embarazo, empleó al efecto medios inidóneos; aunque a los siete días tuvo lugar la expulsión del feto, estimó que otra cualquiera debía haber sido la causa, en mérito a lo cual absolvió a la procesada. Contra esta sentencia recurre el Ministerio Fiscal, alegando como único motivo de casación la falta de aplicación del artículo 414 y el párrafo segundo del artículo 52, por estimar que los hechos merecen la calificación de tentativa de delito imposible. El T. S. acoge el recurso, y casa la sentencia en el único considerando siguiente: "Que la impunidad del aborto, que ocurrió siete días después de la maniobra abortiva, por la duda que abriga la Audiencia respecto a la eficacia del medio empleado para producirlo y que resuelve en favor de la reo, es situación procesal inatacable en casación, por cuanto se ha de estimar aborto casual y desligado, ante la ley penal, de la acción culpable; mas la preparación y toma por la procesada embarazada, siete días antes, de un cocimiento con propósito de destruir el producto de la concepción, y que no produjo el aborto, según la duda del juzgador resuelta legalmente en favor de la libertad, es tentativa de delito imposible producido por empleo de medio inadecuado, conforme al párrafo segundo del artículo 52 del Código penal, en relación con el artículo 411, párrafo último, y en tal sentido debe ser acogido el recurso del Ministerio Fiscal que salva de este modo la contradicción en términos de que un aborto realmente sucedido se castigue como tentativa imposible."

S. 18 diciembre 1952. La procesada, de profesión comadrona, realizó una maniobra abortiva cuando ya estaba expulsándose el feto a consecuencia de prácticas anteriores de la embarazada; después de examinarla o explorarla, observó que era casi seguro que el feto estaba muerto, "decidiéndose, para favorecer la salida del mismo, introducirle una sonda"; según reconocimiento facultativo posterior, el feto se hallaba en estado de putrefacción; el Tribunal provincial condena a la procesada como autora de un delito imposible, conforme al artículo 52, párrafo segundo. El T. S. casa la sentencia y absuelve a la comadrona; pero lo hace no a base de negar la punibilidad del aborto imposible conforme al artículo 52, sino apreciando la prueba de distinto modo a como lo hizo el Tribunal sentenciador, y dando a semejante intervención sentido distinto (falta en la autora el propósito doloso, debido al conocimiento de hallarse muerto y comenzar

la expulsión del feto (2), presupuesto indispensable de la tentativa). En ella se reconoce la punibilidad del aborto imposible. En el segundo de los considerandos dice: "Que la referencia del párrafo segundo del artículo 52 del Código penal, en cuanto para los efectos punibles equipara a la tentativa los casos de imposibilidad de producir algún delito, tampoco justifica la condena impuesta a esta misma procesada, porque precisaría partir del propósito doloso a causar el aborto delictivo inejecutable a consecuencia de la muerte anterior del feto, pero si la comadrona, con título profesional, parecía conocer este dato, esencialísimo después de la exploración que realizara, decidiéndose entonces a favorecer saliera el feto ya muerto, e incluso descompuesto tal vez, la maniobra reviste caracteres aparentes de una operación de obstetricia y faltó, al menos, la intencionalidad de delinquir que exige el artículo 1.º de dicho Código."

S. 23 marzo 1955. Los procesados, con el fin de causar el aborto de la mujer, introdujeron en los órganos genitales de ésta una pastilla, de sustancia desconocida, la que horas después la mujer —que no deseaba su aborto— extrajo, habiendo sufrido durante varias horas una pequeña hemorragia a consecuencia de la maniobra referida, no obstante lo cual la gestación siguió su curso; el Tribunal provincial calificó el hecho como constitutivo de aborto frustrado, aplicando la pena con arreglo al artículo 51 del Código Penal. En el recurso de casación, no habiéndose podido conocer la eficacia del medio empleado, el recurrente, entre otros motivos, alega, con apoyo en el principio "in dubio pro reo", no haberse aplicado el párrafo segundo del artículo 52, pidiendo en definitiva que no se castigase como frustración, sino como tentativa de delito imposible, conforme al artículo 52, párrafo segundo. El Tribunal Supremo, que niega la inidoneidad del medio, sienta la siguiente doctrina: "Que para que un delito pueda ser calificado de imposible, es preciso que el propósito doloso que inspiró dicha infracción legal, pugne de hecho con una realidad adversa que sitúe a ésta fuera del alcance y potencialidad necesarios para que aquella actividad antijurídica haya de tener la adecuación y efecto, bien por su falta de objetividad o de sujeto pasivo del delito propuesto, bien por falta de idoneidad de los medios empleados para su ejecución o por otra cualquiera causa que naturalmente contraría la lógica y posible conclusión que en otro caso debiera derivarse de una actuación voluntaria, aunque ésta hubiese sido seguida como precedente, y por lo tanto, no puede llevarse tal concepto a determinar una conducta nacida de un ánimo delictivo perfectamente definido y exteriorizado, y desenvuelta en términos tales que, aunque no del todo

(2) En el primero de los considerandos se dice: "El sentido jurídico del delito de aborto, materia de los artículos 411 y siguientes del Código Penal, consiste en la muerte *maliciosa* de un feto o el producto de la concepción humana... y lo cierto es que ese concepto delictivo, sujeto como todos a la certeza de los hechos reveladores de una *conducta dolosa*, no se desprende de las acciones atribuidas a la recurrente".

logrado, conduzcan a un resultado cierto, si bien mínimo, revelador de la eficiencia del medio empleado para obtener el propuesto, cuya falta de consecución, en todo caso serviría para degradar el delito, pero no para tenerlo como notoriamente imposible de lograr”.

S. 13 junio 1955. Los procesados, con propósito de provocar el aborto de la mujer, que ésta deseaba, hicieron las gestiones necesarias para obtener primero y facilitarla después, un preparado a base de orujo y azafrán que estimaban perfectamente idóneo para conseguir el criminoso resultado que todos perseguían, el cual fue tomado por ella, y del que, vista su primordial ineficacia, todavía le proporcionaron otra dosis mayor, que también ingirió la embarazada, sin lograr el éxito que todos anhelaban, por su inadecuación para producir el fin buscado por los que obraron persuadidos de lo contrario. El Tribunal provincial calificó el hecho como tentativa de aborto, prevista y penada en los artículos 411 2.º, 413 y 52, párrafo segundo. El Tribunal Supremo los declara responsables del delito que tipifica el número 2.º del artículo 411 del Código Penal, “pero que ha de ser castigado, no con la penalidad que este precepto marca, sino con la señalada en el párrafo segundo del 52 del mismo cuerpo legal, por la imposibilidad de que el delito se produjera por los ineficaces medios que para lograrlo fueron empleados, la que aun siendo idéntica a la que corresponde a la tentativa, no autoriza que sea estimada en grado de tal la antedicha figura criminosa, según erróneamente hizo la Audiencia sentenciadora, sino como un delito imposible de aborto, que realmente es; si bien, puesto que los resultados finales son los mismos y resultaría inoperante la estimación, siquiera solo en parte, de los motivos primero y segundo del recurso, deben ser éstos rechazados, tras de quedar sentada la recta doctrina jurídica que se expone”.

S. 30 diciembre 1955. A petición de la mujer, que tenía la convicción de hallarse encinta y deseaba su aborto “honoris causa”, se le practicaron maniobras abortivas, en la firme creencia de que se hallaba en dicho estado. Pero aquél no pudo lograrse por no existir realmente el estado de gestación de la procesada. El Tribunal provincial “estimó que los hechos declarados probados eran legalmente constitutivos de un delito de aborto en grado de tentativa, previsto y penado en los artículos 411 2.º y 413 del Código Penal”. El recurrente entiende que “se infringe un precepto penal de carácter sustantivo al estimar los mismos como constitutivos de un delito de aborto en grado de tentativa, contenido en el Código Penal, artículo 411 (en cuanto sanciona el delito de aborto si la mujer lo consintiera), 413 (que pena a la mujer cuando consintiera que otra persona se lo cause) y 417 (que impone a los culpables de aborto la pena de inhabilitación especial), por cuanto inequívocamente se infiere de la ley de 24 de enero de 1941 que para que exista delito de aborto se requiere la expulsión o destrucción del producto de la concepción. Frente a tal motivo del recurso, la sentencia sienta en el primero de sus dos considerandos la siguiente doctrina: “Que si bien es exacto que en pe-

riodos anteriores a la legislación penal hoy vigente, para que pudiera estimarse la existencia de un delito de aborto en cualquiera de sus grados era requisito indispensable que la mujer se encontrase en estado de embarazo, puesto que el Código de 1932 y los que le precedieron silenciaban la llamada "tentativa imposible", tal doctrina hubo de ceder el paso ante las que atienden más fundamentalmente a la temibilidad que manifiesta quien trata de realizar un hecho cuya ejecución resulta imposible, bien por inidoneidad del medio empleado o bien por inexistencia del objeto del delito, revelando de tal suerte el peligro que de su actividad pudo provenir; las que en orden a la figura delictuosa que es materia del presente recurso ya fueron acogidas por la Ley de 24 de enero de 1941, cuyo artículo 5.º sancionaba las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, y el empleo de medios inadecuados para producir el aborto; y de modo más amplio, por abarcar a cualesquiera clase de delitos, por el Código Penal de 1944 que hoy rige, cuyo artículo 52, párrafo segundo, estatuye que habrán de penarse al igual que la tentativa los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de los mismos". El segundo de los considerandos desestima, en consecuencia, al recurso, porque "es innegable el acierto con que dicho Tribunal obró al encuadrar jurídicamente el caso de autos en la forma en que lo hizo".

S. 20 junio 1962. En uno de sus considerandos dice: "La Sala sentenciadora, al hacer aplicación del párrafo segundo del artículo 52 del Código Penal, imponiendo pena inferior en grado a la señalada por la ley en el artículo 414 del mismo cuerpo legal, por tratarse de un caso de imposibilidad de ejecución del delito, obró correctamente".

La punibilidad de las prácticas abortivas inidóneas se acoge, asimismo, en otras varias sentencias, que por no ofrecer más interés que este reconocimiento, no las transcribimos. Son de citar a este respecto la de 2 de mayo de 1959 y la de 12 de noviembre de 1960.

III. DETERMINACIÓN DE SUS EXTREMOS Y ALCANCE. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

De las varias cuestiones que la transcrita jurisprudencia suscita, importa destacar para el objeto de nuestro estudio las siguientes:

1. La jurisprudencia da por suficientemente sentado en la doctrina el concepto del delito imposible tanto en lo referente a la vertiente objetiva como a la subjetiva de la acción (3). De un lado hace referencia siempre a la inexistencia del objeto o a la inidoneidad de

(3) Se ofrecen formulaciones de él en la sentencia de 15 de enero de 1947, 9 de abril de 1952, 23 de marzo de 1955, 30 de diciembre de 1955, recogidas en texto y notas.

En el párrafo último del art. 411, cuyo precedente fue la Ley de 24 de enero de 1941, que recogió el delito imposible de aborto, está presente este concepto.

los medios, aunque alguna vez se hace en ella alusión a una posible tercera causa, que no es especificada (4).

De otra parte se exige, correctamente, todo el elemento subjetivo propio de la tentativa. Para salir al paso de falsas interpretaciones acerca de cuales sean los "casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito", se ha visto obligado alguna vez el T. S. a insistir sobre la necesidad de dicho elemento. Así, en la de 18 de diciembre de 1952, en la que se niega el delito imposible porque no hubo conducta con propósito doloso de causar un aborto; en la de 1 de julio de 1955, respecto a la necesidad imprescindible de la creencia en el embarazo, presupuesto para que el agente pueda proponerse el aborto como meta de su acción; en la de 5 de abril de 1955, en cuyos hechos falta el elemento subjetivo típico si lo que se propuso el agente no era la destrucción del producto de la concepción sino el adelantar un parto que se ofrecía como viable.

2. Se afirma, de modo resuelto y constante, la punibilidad de la tentativa inidónea en el delito de aborto.

De este modo, el Tribunal Supremo no acoge, cuando menos en sus consecuencias, aquella interpretación del párrafo segundo del artículo 52 según la cual se excluyen del ámbito de lo punible los supuestos de imposibilidad absoluta.

Es de destacar a este respecto, aunque sea sólo en breve indicación, que varios de los fallos, dictados para casos de aborto, sientan doctrina más general, valedera para cualquier delito. Estos fallos, por lo demás, se ven confirmados por otros dictados en distinta materia, que sientan igualmente doctrina general. Son de citar especialmente entre éstos las sentencias de 6 de abril de 1949 y la de 15 de enero de 1947, que por nota reseñamos (5).

3. Afirmada así de modo indudable la referencia del párrafo segundo del artículo 52 a la imposibilidad absoluta, parece que no hay en cambio uniformidad jurisprudencial respecto a la cuestión de si debe comprenderse en él también la imposibilidad relativa.

Cualquiera que sea la solución que se estime deba darse a esta

(4) Así en S. 23 de marzo de 1955.

(5) A propósito de homicidio, la de 6 de abril de 1949 afirma: "La teoría del delito imposible, máxime de imposibilidad relativa, uno de los temas tocados en el recurso, lo es ya de mera especulación científica, desde que nuestro derecho positivo por apoyarse acerca de este punto sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia, equiparó para fines penales tal clase de actos, antes excluidos, a los de tentativa que sanciona el artículo 52 del Código mismo". Ya antes, la de 15 de enero de 1947: "El propósito de causar la muerte de alguna persona valiéndose de venenos, falla como es de comprender, cuando por confusiones del autor utiliza éste sustancias absolutamente inocuas, o cuando por ignorancia de sus propiedades emplea otras de escasa toxicidad sobre el organismo humano, capaces sólo de ocasionar trastornos levísimos, pues en desacuerdo entonces la intención y los medios al seguir rutas divergentes, se produce el fenómeno jurídico llamado de delito imposible, que si el artículo 52 del Código vigente equipara para efectos de penalidad a la figura de la tentativa, permanecieron antes los de su clase fuera de la órbita de lo punible."

alternativa, creemos que puede sostenerse, como acertadamente indica Antón (6), que bajo la expresión legal "imposibilidad de ejecución o de producción del delito" cabe comprender tanto la conducta cuyo grado de desarrollo es el de la tentativa como el que es propio de la frustración. Esto supuesto, la solución que se dé a aquella alternativa no es cuestión de poca importancia.

Aparte de su interés para los problemas dogmáticos, parece que se seguirán consecuencias prácticas distintas según que se resuelva la alternativa en uno o en el otro sentido. Mientras se trate de supuestos de tentativa —o si se quiere de conductas cuyo grado de desarrollo corresponda al propio de la tentativa—, la diferencia no es apreciable, pues el párrafo segundo y el primero del artículo 52 imponen igual sanción. Por lo cual, ya se le considere como tentativa, ya como "delito imposible", la pena es en todo caso la misma; según se vio, en varias ocasiones hace referencia el Tribunal Supremo a la identidad práctica de la pena. Pero la cuestión se presenta con perfiles distintos en la frustración. De entender que el artículo 52, párrafo segundo, se refiere sólo a la imposibilidad absoluta, los supuestos de imposibilidad relativa que, según lo dicho, representen un grado de desarrollo de la conducta propio de la frustración, serán punibles a tenor del artículo 51, por lo que se verán sujetos a una pena sólo inferior en un grado, mientras que si se decide la alternativa en el otro sentido, dicho se está que podrán verse favorecidos por la inferior en dos grados.

El Tribunal Supremo se pronuncia por la incriminación conforme al artículo 52, párrafo segundo, aunque la conducta había alcanzado el grado de desarrollo propio de la frustración, entre otras en la Sentencia de 22 de abril de 1953 y tácitamente también en la de 2 de noviembre de 1951. Es de advertir que no se trataba en ninguno de ambos casos de supuestos de imposibilidad absoluta. La misma solución se desprende, *contrario sensu*, de las S.s. 6 de abril de 1949 y 23 de marzo de 1955, que tratan igualmente de casos de imposibilidad relativa (7).

4. En la fundamentación de los fallos, los hechos son calificados no de tentativa (o en su caso de frustración), sino de "delito imposible". Y sólo de modo excepcional se emplea el término de "tentativa

(6) Cfr. ANTÓN, *Derecho Penal*, I, Madrid, 1949, p. 417.

En sentido contrario parece opinar Del Rosal; cfr. su comentario a la Sentencia de 6 de abril de 1949 en A. D. P. 1951, p. 581.

(7) El Tribunal provincial sentara la sospecha de que no culminó el resultado debido "posiblemente al imperfecto ajuste de las cápsulas del revólver con el que disparó". El Supremo castiga por frustración con arreglo al artículo 51, pues "no se halla acreditada de manera indudable la imposibilidad de producir la muerte... con el medio empleado, ya que sólo en términos hipotéticos se expresa el Tribunal sentenciador respecto a dicho particular y en realidad quedaron ignoradas las causas" por las que no se produjo el resultado. En la segunda, cuyos hechos estaban afectados de la misma duda, castiga por el artículo 51, denegándose la petición de que fuera estimado el principio "in dubio pro reo" La imposibilidad debe constar, no se presume. Solución distinta parece desprenderse, en cambio, de otras sentencias, cfr. nota 9.

inidónea". Sobre el hecho apenas es necesario llamar la atención, por cuanto que se registra continuamente en las sentencias.

De la transcrita jurisprudencia parece desprenderse que los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito no son verdaderamente constitutivos de tentativa, sino que se trata de un título inculpativo distinto, entre los cuales no existe identidad, sino mera equiparación o asimilación a efectos de penalidad. Son representativas a este respecto las Ss. 15 de enero de 1947, 6 de abril de 1949, 9 de abril de 1952, 13 de junio de 1955 y 28 de abril de 1959 (8). Se dice, asimismo, que tales actos antes del Código de 1944 estaban excluidos de la penalidad; así, expresamente, las Ss. de 15 de enero de 1947, 6 de abril de 1949 y 30 de diciembre de 1955.

En la imposibilidad relativa se desdibujan los perfiles de dicha diferencia —aunque sigue en pie su interés—, por entender varias sentencias que los supuestos de tal clase caen bajo el concepto tradicional de la tentativa (9).

(8) Al delito imposible se le pone en relación con los tipos de aborto. Pero se trataría sólo de una relación externa o adjetiva, inevitable desde el momento que la pena que corresponde a aquel *momentum iuris* está determinada mediante referencia a la de las figuras delictivas de la parte especial, en sí y mediante su extensión a través de las formas incompletas de ejecución del delito definidas en el artículo 3.º Esta relación abarca también la pena de inhabilitación especial ordenada en el artículo 417 para los culpables de aborto (Cfr. Ss. 20 de junio de 1962, que casa la del Tribunal provincial, el cual "incurrió en error al no hacer aplicación de la misma norma —artículo 52, párrafo segundo— al imponer la pena conjunta señalada en el artículo 417, que no es accesoria sino principal y sujeta a las mismas reglas"; la de 30 de diciembre de 1955 impone, asimismo, la pena del 417 en un caso de imposibilidad absoluta).

(9) Cfr. Ss. 1 febrero 1943, 27 febrero 1958, 6 junio 1958, 31 marzo 1960.

Con referencia a un caso de homicidio, según la sentencia 15 enero 1947 entran en el concepto de la tentativa los supuestos de imposibilidad relativa, a diferencia de lo que acontece con la absoluta. Después de sentar respecto a ésta la doctrina que dejamos transcrita en la nota 5, añade: "Es bien distinta la situación creada ante el Derecho penal, con el uso de cuerpos químicos *conocidamente mortíferos*, aunque el agente yerra en la dosificación necesaria, deje de disponer de la cantidad mínima precisa o la diluya con exceso en los vehículos que haya de consumir la víctima, cuyos supuestos todos atraen el concepto tradicional de la tentativa conforme la define el párrafo tercero del artículo tercero del Código."

Según la S. 2 de mayo de 1959 (intento de yacer con una niña de cuatro años, sin que llegase a efectuarse la cópula por la desproporción existente entre los órganos genitales del procesado y los de la niña): "Puede ofrecerse la duda de si se está en presencia de una violación en grado de tentativa o de un delito de imposible ejecución, pero aparte de que tanto aquélla como éste están equiparados, en orden a la sanción que les corresponde, en el artículo 52 del Código penal, la postura que debe adoptarse es la de considerar que no se trata de castigar un delito imposible, sino de una tentativa de violación, perfectamente caracterizada, puesto que el criminal intento pudo llegar a consumarse mediante el empleo de una fuerza física productora de gravísimos traumatismos genitales, de incalculables consecuencias."

A un aspecto de la cuestión a que se refiere el texto, ya hemos hecho mención más arriba, en el número 3 del epígrafe III.

IV. CALIFICACIÓN FORMAL DE "DELITO IMPOSIBLE"

La causa de tal calificación de los hechos no parece dudosa.

Se estima que la tentativa, como grado de ejecución del delito (definido en el artículo 3.º (y lo mismo cabe decir de la frustración), por exigir que se "dé principio a la ejecución del delito", postula una conducta idónea, en términos tales que cuando menos la imposibilidad absoluta queda fuera de ese concepto. Este razonamiento es aducido expresamente en varias de las sentencias. Hasta qué punto ello responda a una convicción personal de los juzgadores, o sea más bien consecuencia del deseo de no romper con la doctrina de los autores y la jurisprudencia anterior al Código del 44, es cosa que no interesa examinar ahora.

Es bien sabido que, como ha indicado recientemente el profesor Córdoba en una visión de conjunto de la doctrina española sobre el delito imposible, existe en dicha doctrina la tendencia a concebir el grado de ejecución llamado tentativa del modo que se indica a la cabeza del presente epígrafe (10).

(10) Vid. CORDOBA ROSA, J., *Notas de Derecho Español* a R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, II, 1963, p. 184-185.

En el sentido indicado en el texto se han manifestado, entre otros, ANTON ONECA: "Si se tiene en cuenta que en las definiciones del art. 3.º están incluidos los casos de imposibilidad absoluta o de ausencia de tipo, pero no los de imposibilidad relativa, cabe pensar que el párrafo segundo del art. 52 es un precepto de referencia, alusivo a los casos de imposibilidad relativa, ya comprendidos en las definiciones generales del frustrado y de la tentativa consignadas en el art. 3.º" (*Derecho Penal* cit., p. 417); en la aplicación directa de esta interpretación al delito de aborto, estima consecuentemente Antón que "las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada" o el "empleo de medios inadecuados para producir el aborto", formas ambas de imposibilidad absoluta, sólo serán hechos punibles cuando nos encontremos ante la hipótesis especial del art. 411, último párrafo, es decir, cuando a consecuencia de tales conductas resultase la muerte de la mujer o se le causase lesión grave, pero no en otro caso (cfr. op. cit., p. 417); DÍAZ PALOS, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, VI, p. 145; FERRER SAMA, al entender que el Código vigente "equipara en penalidad las modalidades de delito imposible a la tentativa de delito (art. 52, párrafo 2.º). Con este criterio viene a echarse por tierra el concepto que de la verdadera tentativa y la propia frustración formula este mismo art. 3.º, puesto que, en último término, lo que se tiene en cuenta al determinar las penalidades es el elemento intencional" (*Comentarios al Código Penal*, I, p. 71). FERRER admite, a diferencia de ANTON, el hecho de la punibilidad. Pero al entender que ello es a costa de desvirtuar el verdadero concepto de la tentativa, viene a coincidir con él en la cuestión de fondo a que se refiere el texto. Esta es en sustancia también la posición de QUINTANO, *Comentarios al Código Penal de 1944*, I, Madrid, 1946, p. 361, *Compendio de Derecho Penal*, I, Madrid, 1958, p. 377, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, p. 231; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, p. 161; PUG PEÑA, *Derecho Penal*, II, 1959, p. 228; RODRÍGUEZ DE VESA, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, V, p. 291.

Entre los penalistas del siglo pasado participaron de la misma opinión, entre otros, GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, I, 3.ª edición, Madrid 1923, p. 108-110; VIADA, *Código Penal de 1870*, 4.ª edición, I, Madrid 1890, p. 37.

Dentro de este general pensamiento común, se advierten, sin embargo, dos direcciones. Una, la de quienes buscan armonizar, sobre la base de aquella premisa, en un pensamiento legal coherente, el párrafo segundo del artículo 52 con el artículo 3.º; de ello es consecuencia la exclusión de la imposibilidad absoluta del ámbito de lo punible. Otra, la de aquellos que, aún siguiendo fieles al indicado pensamiento común, no dejan de admitir que el párrafo segundo del artículo 52 es referible, sin duda, a la imposibilidad absoluta, y en consecuencia admiten su punibilidad, bien que estimando se ha introducido una ampliación que desvirtúa el verdadero concepto de la tentativa. Según esto, se trata en última instancia de la introducción solapada de un título inculminatorio autónomo o *sui generis*, sin correspondencia normativa material (11).

Es también sabido que la jurisprudencia anterior al Código del 44 no consideró hecho punible no ya la imposibilidad absoluta, sino también muchos casos de imposibilidad relativa, por entender que no eran formas subsumibles en las definiciones que de los hechos punibles da el artículo 3.º del texto penal.

Así, pues, el Tribunal Supremo, respetando la doctrina en la forma, rompe con ella en las consecuencias prácticas.

V. POSICIÓN REAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo, al proceder en la calificación y tratamiento de los hechos sometidos a su enjuiciamiento del modo que queda expuesto, no deja de encontrarse en una posición un tanto incómoda.

Examinada más de cerca la cuestión, creemos se advierten ciertos indicios que permiten sospechar que el Supremo no está en el fondo de acuerdo con la doctrina.

Es de notar, en primer lugar, que aunque en varias de las sentencias el contraste “delito imposible”-“tentativa” es planteado en sentido jurídico sustancial, en otras, en cambio, cabe entender que la diferencia se refiere a lo material-descriptivo de la conducta, al objeto de decidir si es punible por el párrafo primero o por el segundo, pero quedando la calificación jurídicamente relevante indecisa, como en penumbra.

Por otra parte, el Tribunal Supremo procura evitar discretamente un choque con la doctrina —esgrimida insistentemente en las alegaciones de los recurrentes— mientras por ella no venga afectada o prejuzgada la cuestión verdaderamente importante, esto es, la punibilidad.

No debe, por ello, ocultarse que hay sentencias, y, por cierto, algunas de la máxima significación para nuestro tema, en que el Supremo se distancia de la doctrina, si no en las palabras, al menos en el fondo. A este respecto cabe citar las tres sentencias siguientes.

(11) Vid. nota anterior.

La de 30 de diciembre de 1955, cuya doctrina, por haber sido ya transcrita, no reproducimos. La de 12 de noviembre de 1960. En la causa criminal que la motivó (12), sostuvo el recurrente la improcedencia de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia entre el "delito imposible" y los diversos "grados de ejecución del delito". Si los casos de delito imposible, y su pena, no lo fuesen de una verdadera tentativa, no faltaría cierta razón a quien pretendiese excluir la apreciación de dicha agravante entre aquellos dos conceptos de responsabilidad penal. Verdad es que, el que la tentativa (y frustración) se defina y declare punible a continuación de la figura consumada o, por el contrario, como es más frecuente, mediante fórmula única inserta en la parte general, es cuestión puramente técnica, que no entorpece la apreciación de la agravante entre los diversos grados de ejecución del delito (o grupo de delitos): todos ellos son hechos típicos. Pero, si se afirma que el delito imposible no es sustancialmente una tentativa, sino un título autónomo de responsabilidad, con una asimilación a efectos de penalidad y al margen de la "tipificación legal" de las formas imperfectas del delito, parece que no habría base suficiente para que pueda ser acogida sin reparos la reincidencia; faltaría tanto la identidad del título (criterio formal adoptado por nuestro Código) entre ambos conceptos delictivos, como también toda identidad sustancial entre ellos. Dicho brevemente, faltaría, tanto en lo formal como en lo sustantivo, la comunicación necesaria para erigir la agravante.

Ello no obstante, el Tribunal Supremo apreció en dicha sentencia la agravante. Se funda para ello en que "no es la categoría genérica de imposibilidad delictiva, sea absoluta o relativa, sea de objeto o de medios, lo que determina el título del delito, sino su calificación específica, y, en consecuencia, el aborto en cualquiera de sus grados de ejecución o de participación y de perfección o de imperfección como hecho punible, constituye el antecedente lógico y legal de la reincidencia". Con ello viene a afirmarse, aunque en forma velada, el carácter típico conforme al artículo 3.º del llamado delito imposible, es decir, que es una tentativa.

También el Supremo ha tenido que salir al paso de extravíos a que por la vía de la autonomía de la responsabilidad por "delito imposible" —desconectada del concepto de la tentativa, excepto a efecto de penalidad— se ha llegado, como es por ejemplo el que dio motivo al siguiente considerando de la sentencia de 22 de abril de 1953: "Tampoco debe prosperar la teoría del delito imposible en grado de tentativa con vistas a un nuevo descenso de la condena impuesta, como si constituyese aquél una figura delictiva específica de donde cupiere arrancar posteriores degradaciones según el desarrollo alcanzado por las acciones de que se trate".

(12) La procesada, que había sido castigada en 1955 por un delito imposible de aborto, fue posteriormente condenada por un delito de aborto del artículo 414, núm. 2, con la agravante de reincidencia.

VI. POSIBILIDADES DE UNA NUEVA INTERPRETACIÓN
DEL ARTÍCULO 3.º DEL CÓDIGO PENAL

Llegados a esta altura de nuestro estudio, le asalta a uno la duda de si nuestro más alto Tribunal de Justicia no habrá acaso incurrido en un grave abuso jurisprudencial, al extender la responsabilidad penal más allá de lo que permite el contexto normativo de reglas y definiciones del Código destinadas a la determinación de los hechos punibles.

La respuesta a ello depende de la contestación previa a estas otras dos cuestiones: 1. Si no cabrá una interpretación distinta del artículo 3.º. 2. Si, supuesta la solución afirmativa de la primera, representa un conculcamiento de la justicia material el castigar los actos de referencia.

El tratamiento de estas dos cuestiones rebasa el marco de nuestro estudio. Sin embargo, debemos ofrecer unas indicaciones, aunque sea en forma sumarisima, a fin de no dejar truncado nuestro pensamiento sobre el particular.

1. Hay, sin duda, razones muy estimables en favor de la interpretación que del artículo 3.º ofrece la doctrina dominante (13).

Sin embargo, no parece que aquélla sea la única interpretación posible. Antes bien, parece que no está excluido un entendimiento según el cual también los casos de delito imposible serían subsumibles en la definición que de la tentativa da el artículo 3.º

Para ello haría falta proceder a una revisión de la interpretación que se da al requisito legal del “principio de ejecución”.

En este sentido existen ya algunos apoyos doctrinales. Así se ha manifestado recientemente Córdoba, en una valiosa nota, según la cual es discutible que se pueda negar la existencia de un *principio de ejecución* en los casos de inidoneidad absoluta, o, lo que es lo mismo, exigir la idoneidad para la ejecución, “pues todos los casos de frustración son casos de inidoneidad de la acción del sujeto, y a pesar de ello nadie pone en duda la presencia no solo de un *principio*, sino de *todos los actos*, de ejecución” (14). Se llega por este camino a la conclusión de que *ejecución* es distinta a *causación* (15).

(13) Ante todo —y ello es de sumo interés para nosotros— deben ser respetadas las exigencias propias del principio de seguridad como principio político, lo que reclama inequívocidad de los actos (aunque preciso es reconocer, no obstante, que en nombre de esta exigencia se han cometido abusos).

En segundo lugar, que el Código del 44 reproduce inalteradas las definiciones de los hechos punibles (art. 3.º), limitándose a insertar la norma que ordena la punibilidad de los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito entre las “reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución...”, pese a que, según el estado común de la opinión, la tentativa y la frustración exigen actos idóneos de ejecución.

(14) CÓRDOBA RODA, J., *Notas de Derecho Español* a R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* cit., II, pág. 185. El subrayado es del autor.

(15) CÓRDOBA RODA, J., obra últimamente citada, p. 188.

Esta interpretación parece viable, e incluso cuenta a nuestro juicio con el apoyo del propio texto legal, al admitir éste que se puedan realizar *todos* los actos de *ejecución* sin que haya *resultado* (definición de la frustración, párrafo segundo del art. 3.º).

Según esto, el término "actos de ejecución", empleado en la definición de frustración y tentativa, es una expresión desprovista de suyo de significación causal. Consecuentemente, los términos "*principio de ejecución*", y "*todos los actos de ejecución*", expresan los diversos estadios de progresión externa de la realización de la resolución delictiva. Es decir, que ambas definiciones son conceptos formales, que aluden a las fases del proceso externo de la acción; no son conceptos materiales que impliquen la idoneidad de los medios o la existencia del objeto en orden al resultado. Lo único que es exigido en dichas definiciones es que la ausencia del resultado no obedezca a la propia voluntad del agente, lo cual, esto exceptuado, permite una perfecta equiparación entre las diversas causas por las cuales el resultado no se produce (16).

De ese modo los actos de ejecución —y por tanto el principio de ejecución— son actos de ejecución de la voluntad delictiva. Lo que la ley exige es que haya un principio de ejecución por hechos exteriores y directos de esa resolución de realizar el delito. Se desemboca así en una concepción subjetiva de la tentativa, según la cual ésta es la transformación de la voluntad de cometer un delito en hechos exteriores (17).

Admitida esta interpretación, según la cual bajo la definición del artículo 3.º cabe lo mismo la tentativa idónea que la inidónea, por ello sólo aún no queda prejuzgada la cuestión de si en nuestro derecho basta el elemento subjetivo (que ha alcanzado la aludida forma exterior de manifestación) o es necesario además un momento objetivo de peligro concreto. Esta es fundamentalmente la cuestión que habría venido a resolver la nueva disposición, declarando precisamente innecesario un tal momento; con ello se habría acercado nuestro Código a la teoría subjetiva. Se trata ciertamente de un precepto que se encuentra entre las reglas de aplicación de la pena, pero que define el ámbito del injusto punible. Entonces el valor de la distinción entre

(16) Nuestro Código no contiene expresión alguna que reclame, a diferencia de otros, como, por ejemplo, el italiano (art. 56), que los actos ejecutados en la tentativa o en la frustración sean idóneos, razón que es tanto más fundada cuanto que dicho texto extranjero excluye expresamente del campo de lo punible el delito imposible (art. 49).

(17) Bajo esta concepción, carece de relevancia la distinción entre tentativa y falta de tipo, tentativa idónea e inidónea.

Pero adviértase que es necesario que la ejecución de la voluntad haya alcanzado un grado de desarrollo que rebase el ámbito de los actos preparatorios. Así, realiza actos preparatorios la mujer que, resuelta a poner término a su embarazo, adquiere un abortivo, y actos de ejecución si lo toma; el que se trate de una u otra clase de actos es independiente de que la sustancia sea idónea o inidónea para producir el resultado delictivo.

tentativa idónea y tentativa inidónea sería meramente descriptivo; con dichas denominaciones no se señalarían sino dos formas de la única figura relevante de ejecución del delito.

Así sigue en pie la relación entre el artículo 52, párrafo segundo, y el artículo 3.º, sólo que con una base más amplia que la que antes ofrecía.

2. Naturalmente que una decisión legal o jurisprudencial de este estilo puede ser objeto de enjuiciamiento crítico. Se la puede estimar correcta o incorrecta, oportuna o inoportuna. Pero esto es ya fundamentalmente una cuestión de puntos de vista, que por pertenecer al campo axiológico es de difícil, cuando no imposible, comprobación científica.

Esa misma jurisprudencia es la que se vive en otros países, entre ellos Alemania. Por otra parte, si bien es cierto que, como dice certeramente Ferrer Sama, lo que se tiene en cuenta al determinar la penalidad es el elemento intencional (18), ello no significa, según muchos autores, que se castigue sólo culpabilidad. Es significativa a este respecto la posición adoptada últimamente por Engisch, autor tan poco sospechoso de subjetivismo normativo (19). Según él, es motivo objetivo suficiente el peligro *abstracto*. No otra cosa es lo que ha dicho el Tribunal Supremo en su importante sentencia de 30 de diciembre de 1955, al tomar en cuenta "el peligro que de su actividad pudo provenir" (20).

No debe olvidarse, asimismo, que la relevancia de la distinción entre "imposibilidad absoluta" e "imposibilidad relativa" (al menos con los ejemplos que de ambas suelen ofrecerse en abstracto), responde a un criterio anticuado entre las concepciones objetivistas de la anti-juridicidad de la tentativa (21). Tal criterio, que operaba con un enjuiciamiento *ex post*, fue abandonado y reemplazado por otro, introducido por von Liszt y von Hippel, que opera con un enjuiciamiento *ex ante*, y es el único que goza del favor de quienes todavía sostienen una concepción objetiva de la tentativa (22).

(18) Cfr. nota 10 de este trabajo.

(19) Cfr. las últimas páginas de su estudio *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, en Hundert Jahre deutsches Rechtseben*, 1969, tomo I, p. 436 y siguientes, en que aborda las dificultades que la tentativa inidónea ofrece a su concepción objetiva del tipo del injusto anteriormente desarrollada.

(20) El retroceso a un momento anterior al del comienzo de la ejecución, necesario para hallar el peligro, es igualmente necesario para encontrarlo en la imposibilidad relativa en el caso concreto, que es, según muchos, verdadera tentativa.

Cfr. algunas de las sentencias reseñadas referentes a esta clase de imposibilidad. Vid. también S. 9 abril 1952.

(21) Una exposición y valoración sumamente interesante en GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, Breslau-Neukirsch, 1932.

(22) Tanto la antigua como la moderna teoría objetiva de la tentativa exigen para la antijuridicidad de ésta una peligrosidad objetiva del propio acontecer externo. La diferencia entre ambas radica en el distinto criterio con que es determinada dicha peligrosidad. La teoría antigua distingue entre la tenta-

Como es sabido, es este uno de los temas de mayor interés actual, dentro de la dogmática del Derecho penal. Si quisiéramos entrar aquí en él, nos saldríamos de nuestro estudio (23). Diremos brevemente que es hoy opinión dominante la teoría subjetiva, aún entre los partidarios de la naturaleza objetiva de la antijuridicidad, la que es acogida con todas las consecuencias que ella comporta.

No parece, pues, que se pueda hacer al Tribunal Supremo un reproche por la jurisprudencia sentada en materia de tentativa inidónea de aborto. Al afirmar que “nuestro derecho positivo se apoya acerca de este punto sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia” (24), no hace sino renovar la actualidad de la máxima “*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*”, que pertenece a nuestra tradición jurídica, y a la cual han sido dedicadas por uno de nuestros ilustres penalistas muy interesantes reflexiones para la ciencia del Derecho penal (25).

tiva absoluta y relativamente idónea. Sólo la última es peligrosa y punible. El criterio para la diferenciación entre la inidoneidad absoluta y la relativa es el de un enjuiciamiento *ex post*, esto es, del juez. Por el contrario, conforme a la moderna teoría objetiva, una tentativa es peligrosa si un observador medio en el momento del hecho tuviera por probable el resultado; con ésta la tentativa punible extiende sus dominios abarcando supuestos comprendidos dentro de la esfera de la imposibilidad absoluta.

(23) Para el planteamiento de los problemas que suscita en la actualidad esta última cuestión nos remitimos al estudio de STRATENWERTE, *Handlungs- und Erfolgsumwert im Strafrecht*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1963, p. 224 ss., y el nuestro *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Pamplona, 1963, así como la bibliografía en ambos citada.

(24) S. 6 abril 1949. Vid. nota 5.

(25) Cfr. SILVELA, cap. XXXVI del vol I de *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid 1884.

