

**ELENA FARRE TREPAT**

**Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Barcelona**

**Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión,  
en la autoría mediata y en la actio libera in causa**

## I

No puede negarse que en términos generales la diferencia entre un acto ejecutivo y un acto preparatorio no reside en un cambio cualitativo en la actividad del autor, sino simplemente en un cambio cuantitativo. El sujeto se limita a dar un paso más en su andar hacia la consumación. Por esta razón, el establecer de forma general el momento en el que debe considerarse comenzada la tentativa y la punición constituye en la teoría y, sobre todo, en la práctica, uno de los problemas más difíciles que el Derecho penal tiene planteados. Realmente una delimitación precisa entre la tentativa y la preparación sólo sería posible atendiendo a cada concreta figura delictiva prevista en la Parte especial del Código penal, analizando en grupos de casos los supuestos que suelen darse con más frecuencia (1). Esta actividad, aunque poco vistosa, es sin duda la que puede resultar más útil al Magistrado para la resolución del caso práctico.

Sin embargo, lo expuesto no quiere implicar que se pretenda renunciar a una delimitación general del comienzo de la tentativa. Al contrario, considero que la larga discusión habida en este ámbito ha sido positiva (2) y en la actualidad

---

(1) Siguiendo esta dirección mi trabajo *Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso*, ADPCP, 1986, págs. 627 ss. Véase también en este sentido Rudolphi, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, JUS, 1973, págs. 21 ss.

(2) Véase sobre ello mi libro *La tentativa de delito*, (Doctrina y Jurisprudencia), 1986, págs. 137 ss.

contamos con un acuerdo prácticamente unánime en el sentido de limitar el comienzo de la tentativa a aquellas acciones que se encuentran en una zona intermedia inmediatamente anterior a la acción típica. Es decir, que la tentativa de delito comenzaría en todo caso con la práctica de la acción típica, pero también con la práctica de aquellas acciones que se encuentran íntimamente unidas a la misma.

El legislador alemán ha pretendido plasmar esta idea, en el § 22 StGB, a través de la fórmula objetivo-subjetiva conocida como *Ansatzformel* (3). Mediante esta fórmula, que fue desarrollada originariamente por Welzel (4), se pretendía, como el mismo legislador puso de manifiesto, ofrecer un criterio más preciso que el existente hasta entonces para la delimitación de la tentativa y, asimismo, evitar la tendencia de la Jurisprudencia alemana a ampliar el ámbito de la tentativa a acciones todavía de preparación (5).

El artículo 3, 3 de nuestro Código Penal, que considera comenzada la tentativa cuando "el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...", y cuya proximidad con el § 22 StGB se ha puesto ya de manifiesto (6), también puede interpretarse en el sentido limitador señalado anteriormente. En efecto, mediante el *elemento objetivo* que constituye el *dar principio directamente a la ejecución* es posible ampliar y a la vez limitar la tentativa a aquellas acciones que sin ser las que se describen en el tipo se encuentran en una zona intermedia inmediatamente anterior a la acción descrita en el tipo. Doctrinal-

---

(3) El § 22 del Código Penal alemán considera comenzada la tentativa cuando "el autor, según su representación del hecho, da principio directamente a la realización del tipo".

(4) *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, pág. 190.

(5) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung. Bundestagvorlage*, 1962, pág. 144.

(6) Así Mir Puig en *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck, P.G.*, (V. II), pág. 722 y Farré Trepas, *La tentativa de delito*, págs. 229 ss.

mente todavía se ha querido precisar más interpretando el adverbio "directamente" en el sentido de la teoría de la inmediatez de los actos (7), exigiendo que entre el acto de que se trate y la acción descrita en el tipo no falte ninguna fase intermedia (8), o bien ninguna fase intermedia esencial (9). Por ejemplo, la tentativa de homicidio comenzará no sólo cuando se dispara sino también cuando se apunta con intención de disparar. La tentativa de robo no sólo cuando se entra en la casa por la ventana, sino también cuando se empieza a subir la escalera para entrar por la ventana y la del delito de hurto no sólo cuando se toma una cosa ajena sino también cuando, por ejemplo, se pone la mano en el bolsillo ajeno con esta intención.

Por otra parte, aunque el artículo 3, 3 del Código Penal español, a diferencia del § 22 StGB, no se refiere expresamente al plan del autor, la necesidad de tomar en consideración este *elemento subjetivo* que constituye la *representación del autor del hecho* se desprende del concepto mismo de tentativa (que no puede concebirse sin tener en cuenta cuál es la voluntad del autor) y, en el ámbito del comienzo de la tentativa, de la orientación que aquélla aporta sobre la proximidad o lejanía de la consumación de las acciones que se examinan.

A ha instalado su escopeta automática en dirección al lugar por donde B pasa cada día a la misma hora. En el día de autos A apunta hacia B el teleobjetivo de su escopeta. Sin embargo, sólo se trata de una comprobación y no tiene intención de disparar hasta dos días después. Este hecho constituye preparación. Si, por el contrario, su finalidad es la de disparar inmediatamente, la misma conducta de apuntar puede ser considerada como tentativa de delito.

---

(7) A favor de esta posición se manifiestan en Alemania Jescheck, *Tratado*, P.G., (V. II), pág. 708; Eser en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 23 ed., 1985, § 22, nº 39 y Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, T. I, Allgemeiner Teil, 3ª ed., 1984, § 22, nº 13, entre otros.

(8) Así Gimbernat Ordeig, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, 1979, pág. 113 y Mir Puig, *Adiciones*, (V. II), pág. 722.

(9) Así Farré Trepas, *La tentativa*, pág. 229.

El silencio del legislador español no constituye ningún inconveniente para tener en cuenta el plan del autor como una *ayuda o indicio* para determinar el límite de la tentativa y la preparación. Sin embargo, difícilmente podrá sostenerse, a diferencia de lo que sucede en la doctrina alemana en base al § 22 StGB, que la representación del autor del hecho constituye el mismo fundamento de la punición y de la distinción entre acciones preparatorias y ejecutivas. El Código Penal español concede más importancia a los aspectos objetivos del hecho; posición consecuente con la fundamentación objetiva de la punición de las formas de imperfecta ejecución, basada en el peligro directo para el bien jurídico protegido, que en mi opinión se encuentra en la base del citado precepto (10).

Las consideraciones hechas hasta aquí tienen validez general, sin embargo, en relación con determinados supuestos la tentativa de delito adquiere, o por lo menos parece adquirir, contornos diferentes. En los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa el delito intentado presenta una serie de especialidades que conducen a plantearse si es posible aplicar también a estos casos el criterio obtenido con carácter general. ¿Puede la fórmula del "dar principio directamente a la ejecución" resolver también estos supuestos, o, por el contrario, la única solución posible es la de sustituir o modificar su redacción en relación con estos casos? (11). Esta problemática es real-

---

(10) Esta constituye la posición dominante en la doctrina española en relación con el fundamento de la punición de las formas de imperfecta ejecución. En este sentido, por ejemplo, Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, 1949, pág. 417; Córdoba Roda, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de R. Maurach*, 1964, T. II, págs. 185 ss.; Cobo/Vives, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., 1987, pág. 493; Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, T. I, 1976, pág. 81 (en relación con la tentativa y la frustración idóneas). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la forma de determinar el peligro varía de unos autores a otros.

(11) Así Jescheck, *Tratado*, II, págs. 709 s. en relación al § 22 StGB.

mente compleja pues no afecta sólo a la teoría de la tentativa, sino también a la naturaleza misma de instituciones como la autoría mediata o la *actio libera in causa*. En este trabajo se pretende únicamente examinar estos supuestos a la luz de las reglas generales que determinan el principio de ejecución y la teoría de la tentativa en general, teniendo en cuenta que cualquier solución tendría que comprobarse en relación con el fundamento de la punición de la tentativa que se estime correcto y que en mi opinión radica, tal como señala la doctrina dominante en España aunque en un sentido distinto (12), en la puesta en peligro directa para el bien jurídico protegido.

## II

1. La cuestión de si la tentativa es posible en los *delitos de omisión* tiene carácter previo a la determinación de su comienzo. Por lo general la negativa a admitir la posibilidad de tentativa en los delitos de omisión se ha basado en la estructura misma de estos delitos. En este sentido la doctrina española se ha manifestado en torno a esta cuestión distinguiendo entre los delitos de omisión pura y los delitos de comisión por omisión (13). En estos últimos en los que además del no hacer algo determinado se exige la no evitación de un resultado, se acepta la posibilidad de tentativa (14), si bien no se plantea la cuestión de cuando comienza la

---

(12) Sobre ello véase ampliamente mi libro *La tentativa*, págs. 3 ss.

(13) Esta terminología es la más extendida en la doctrina española y es preferible a la que distingue entre delitos de omisión propia e impropia, pues, si bien en ocasiones se consideran términos equivalentes, un sector doctrinal se refiere a los delitos de omisión propia e impropia para expresar la distinción entre delitos de omisión expresamente previstos por la ley y no previstos por la ley o "supralegales" (Así Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 206 ss. y 275 ss.).

(14) Antón Oneca, *Derecho Penal*, P.G., 1949, pág. 411; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, 1965, 3ª ed., pág. 435; Rodríguez

ejecución. En cambio en los delitos de omisión pura se ha negado mayoritariamente la posibilidad de tentativa idónea (15), si bien existen también autores que la aceptan (16). Por el contrario no se discute la posibilidad de que concurra una tentativa inidónea, que se daría, por ejemplo, cuando el autor omite dolosamente el socorro creyendo que se trata de un herido grave y desamparado, cuando en realidad se trataba de una persona ya muerta o suficientemente atendida por terceros (17) (18).

---

Mourullo, *Comentarios*, T. I, pág. 145 y Rodríguez Ramos, *Compendio de Derecho Penal*, P.G., 1986, 3ª ed., págs. 242 s.

(15) Antón Oneca, *D.P.*, P.G., pág. 411; Jiménez de Asúa, *Tratado*, T. III, pág. 435; Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, págs. 276 ss.; Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal español*, P.G., 1984, pág. 322 y Queralt Jiménez, *Derecho Penal español*, Parte Especial, V. I, 1986, pág. 175 en relación con el delito de omisión del deber de socorro. Rodríguez Ramos, *Compendio*, P.G., pág. 243 estima que la frustración es inviable y la tentativa "no es fácil de admitir" en estos supuestos.

(16) Mir Puig, *Adiciones*, V. II, pág. 884; Muñoz Conde, *Teoría General del delito*, 1984, pág. 193, si bien "en la práctica no se castiga", y Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito*, P.G., 1984, págs. 581 s.

(17) Así Rodríguez Mourullo, *La omisión*, págs. 274 ss. y *Comentarios*, T. I, pág. 143. También el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 Nov. de 1974.

(18) Por otra parte, la imposibilidad de relacionar las formas de imperfecta ejecución con los delitos de omisión podría encontrar apoyo en la misma redacción legal. Ciertamente no acoge el legislador español, a diferencia del alemán, un sistema cerrado en la incriminación de la tentativa. Sino que, por el contrario, las cláusulas que establece el art. 3 del Código Penal relativas a la tentativa y a la frustración pueden relacionarse, en principio, con todas las figuras de la Parte Especial del Código, también por consiguiente con los delitos de omisión. Sin embargo, en este caso concreto, esta relación no sería posible si el término "ejecución" del artículo 3 fuese interpretado como equivalente a "causación" y siempre que no se acepte una propia relación de causalidad en los delitos omisión. En este sentido un sector de la doctrina española parece haber atribuido carácter casual a la formulación legal "actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito", interpretándola en el sentido de actos que deberían causar un resultado (Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, T. I, 1946, pág. 61 y Puig Peña, *Frustración*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix (NEJ), T. X, pág. 188). De ser así no sólo se vería excluida la tentativa en los delitos de omisión pura, como sostiene la doctrina mayoritaria, sino en cualquier clase de omisión y no sólo la tentativa idónea sino también la inidónea.

A pesar de la negativa doctrinal a la admisión de la tentativa en los delitos de omisión pura el Tribunal Supremo español la ha admitido en alguna ocasión. En la sentencia de 20 de Diciembre de 1976 se calificó de tentativa del delito de omisión del deber de socorro la conducta de M.G.V. En el día de autos el citado M.G.V. conducía un automóvil de su propiedad cuando se interpuso en la trayectoria de la motocicleta pilotada por Germán B, a consecuencia de lo cual se originó una colisión entre ambos vehículos, de la que Germán B resultó con lesiones graves. Y, a pesar de que el procesado se dio cuenta del accidente y vio levantarse al lesionado, tras de dudarlo, continuó la marcha, sin que existiera obstáculo alguno o peligro para detenerse. M.G.V. fue seguido por otro automovilista, quién le conminó que atendiera al accidentado a lo cual accedió el procesado regresando al lugar del suceso y llevando al conductor de la motocicleta a que le fuera prestada asistencia médica.

La razón por la cual la doctrina mayoritaria no admite la tentativa en los delitos de omisión pura debería verse en el hecho de que toda demora dolosa de la acción ordenada equivaldría ya a su consumación. "El mandato de la norma se cumple o no se cumple" (19). Si se realiza la acción debida no habrá lugar para la tentativa ni para la consumación, si, por el contrario, el mandato de la norma no se cumple, se tratará de un delito consumado. Sin embargo, en la práctica pueden plantearse supuestos, como el de la sentencia citada, que invitan a un replanteamiento de esta cuestión. Si el conductor que observa la presencia de un accidentado no se detiene en un primer momento a socorrerle, pero más tarde cambia de opinión, regresa y le socorre.

---

Sin embargo, es discutible que el término *ejecución* deba interpretarse como *causación*, y no como *realización* del delito. Como ya señaló Córdoba Roda (*Notas*, T. II, págs. 187 s.), el legislador español con extraordinaria técnica no se ha referido ni en el art. 3, 3 relativo a la tentativa, ni en el art. 3, 2 relativo a la frustración a la no producción del resultado delictivo, sino a la no "producción del delito", que lógicamente deberá entenderse como el delito consumado (Véase también mi libro *La tentativa*, págs. 248 ss.). "Producción del delito" no equivale a causación de un resultado, ni principio de ejecución del delito significa comienzo de los actos dirigidos a la causación de un resultado físico, sino principio directo de la realización de un delito. En este sentido también cabe dar principio a la realización de un delito de omisión.

(19) Así Bustos Ramírez, *Manual*, P.G., pág. 320. En el mismo sentido Antón Oneca, *D.P.*, P.G., pág. 411.

¿Tendremos que castigar por un delito de omisión del deber de socorro consumado? ¿La solución correcta es la de negar toda posibilidad de desistimiento voluntario? (20) Si R oye casualmente, pero con todo lujo de detalles, el plan de C y D de atracar un banco a la semana siguiente y, sin embargo, no envía aviso al Banco o a la Policía hasta el día siguiente ¿habrá que considerar a R autor del delito descrito en el art. 338 bis del C.P. en grado de consumación?. En ambos casos se tiene la impresión de que la respuesta tendría que ser negativa.

Ciertamente el tipo del delito de omisión pura requiere que el sujeto deje de realizar la conducta que se le ordena. Puede suceder que la práctica de la acción debida tenga que llevarse a cabo en un determinado momento. En este caso, es decir, si el autor sólo dispone de una ocasión para realizar la acción que se le ordena, la demora dolosa en la práctica de la misma constituirá ya una omisión consumada, siempre que concurren los restantes requisitos de la figura típica. El supuesto más frecuente es, sin embargo, aquél en el que el autor dispone, para la práctica de la conducta ordenada, no de una sola ocasión, sino de un espacio determinado de tiempo (21). Dicho espacio de tiempo estará comprendido entre el momento en que pueda practicar por primera vez la acción debida, hasta el último momento en que la realización de la acción ordenada todavía sea posible. Tan sólo en el último instante, es decir, cuando el autor haya dejado transcurrir la última posibilidad de practicar con éxito la conducta que se le ordena, el tipo de omisión pura se habrá consumado. Por consiguiente, sólo en el momento en que el automovilista ha dejado transcurrir la última posibilidad de socorrer con éxito al accidentado, podrá

---

(20) En Alemania la doctrina dominante admite la posibilidad de tentativa en los delitos de omisión pura. Por todos Jescheck, *Tratado*, V. II, pág. 879.

(21) Este aspecto ya fue visto por W. Maihofer, *Der Versuch der Unterlassung*, Goldtdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1958, pág. 294.

afirmarse que ha dejado de socorrerle. En el último momento en que pudiendo impedir el delito con su intervención inmediata, el sujeto se abstiene de hacerlo se consuma el delito del art. 338 bis. Por tanto, nos hallamos todavía en el ámbito de la tentativa, mientras se mantenga para el sujeto la posibilidad de cumplir con el deber exigido por la ley (22). Es decir, que consecuentemente con las reglas generales del comienzo de la tentativa, un principio de ejecución del delito de omisión pura deberá verse en el momento en que aumente el peligro de que la acción debida no podrá realizarse a tiempo (23). Y ni siquiera concurre tentativa de delito en tanto el agente pueda dejar de practicar la acción debida sin que ello suponga un aumento del riesgo de que la misma no podrá practicarse a tiempo (24).

También en los delitos de omisión pura es posible admitir, por consiguiente, una tentativa de delito, que deberá estimarse comenzada en el momento en que surja o aumente el peligro de que no sea posible practicar la conducta ordenada, que es el momento en que se pone en peligro directamente el bien jurídico protegido. En cambio, la posibilidad de admitir una frustración en estos casos (25) dependerá de la solución que se adopte en torno a la naturaleza jurídica de la tentativa inidónea. En efecto, si se considera que la denominada tentativa inidónea puede constituir un supuesto integrante de la frustración, entonces también será posible admitir la frustración en estos casos. Como he señalado anteriormente, se admite la posibilidad de ten-

---

(22) Gómez Benítez, *Teoría*, pág. 502. En Alemania también en este sentido J. Baumann, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 9ª ed., 1985, pág. 483.

(23) Así Mir Puig, *Adiciones*, V. II, pág. 884.

(24) También Córdoba admite, en relación con el art. 338 bis C.P. que "el simple retraso en llevar a cabo la acción impeditiva no puede dar lugar a la estimación de este delito", *Comentarios al Código Penal*, T. III, 1978, pág. 1.219.

(25) No la admite Rodríguez Ramos, *Compendio*, P.G., pág. 243. En cambio la considera posible Gómez Benítez, *Teoría*, pág. 582.

tativa inidónea en los delitos de omisión pura (17). En cambio, la posibilidad de construir un delito de omisión pura en grado de frustración no será posible si se estima que la tentativa inidónea constituye una figura autónoma, distinta en su naturaleza de la frustración y de la tentativa reguladas en el artículo 3 del C.P. (26). En los delitos de omisión pura, considerados como la contrapartida de los delitos de mera actividad, deberá excluirse la posibilidad de una frustración idónea.

2. En los *delitos de comisión por omisión*, en relación a los cuales se admite la posibilidad de tentativa, tampoco se ha determinado el momento en que ésta empieza.

Caso 1: El guardabarreras B encuentra a las 2 a C borracho y dormido en la vía. El sabe que el próximo tren no pasará hasta las 6. B deja a C en la vía, sin embargo en el último momento R consigue salvarle.

Caso 2: La madre A decide dejar morir de hambre a su hijo lactante. Cuando el niño se encuentra ya a punto de morir, un tercero lo descubre y le socorre con éxito.

Caso 3: El monitor de natación M, que tiene a su cuidado al niño C de tres años, que no sabe nadar, cuando éste le avisa que va a tirarse a la piscina no hace nada por impedirlo. Tras echarse al agua el pequeño grita pidiendo auxilio hasta que finalmente se hunde bajo el agua, pero un bañista que se encontraba buceando le socorre en el último momento.

2.1. Con razón considera la doctrina dominante en Alemania que la tentativa de comisión por omisión deberá considerarse comenzada con el inicio de la inactividad que vulnera la obligación del garante (27). O bien, como señala Maihofer, en el momento en que comienza la vigencia concreta de la orden de actuar (28). Sin embargo, estos criterios no son suficientes, pues simplemente trasladan el problema

---

(26) Sobre esta polémica planteada por la doctrina española véase mi libro *La tentativa*, págs. 356 ss.

(27) Cfr. Baumann, *Strafrecht*, A.T., pág. 482 y Maurach, *Derecho Penal*, P.G., II, pág. 183.

(28) *Der Versuch*, G.A., 1958, págs. 297 s.<sup>36</sup>

a otra cuestión. En lugar de determinar en qué momento se inicia la tentativa, deberá determinarse en qué momento se lesiona por vez primera el deber de evitar el resultado (29). Será preciso, por consiguiente, encontrar un criterio que determine cuándo se lesiona por primera vez dicho deber.

2.2. En este sentido Gründwald ha aportado la siguiente delimitación: La tentativa de delito da comienzo, según el autor citado, con la práctica de aquellas acciones que contienen la medida de energía delictiva más elevada necesaria para la comisión del delito (30). El mismo Gründwald admite, sin embargo, que la determinación de los actos, que en el camino hacia la consumación contienen la medida más elevada de energía delictiva, no siempre puede constatarse sin dificultades en relación al concreto supuesto de hecho (31). Por ello y con la finalidad de precisar más esta delimitación, distingue entre cuatro grupos de casos (32):

---

(29) Así también Gründwald, *Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, JZ, 1959, pág. 46 nota 5a y Rudolphi, *SK*, I, A.T., nº 51 antes del § 13.

(30) *Der Versuch*, JZ, 1959, pág. 47. A esta conclusión debe llegarse, según Gründwald, por igual partiendo de una función preventivo-especial como retributiva de la pena. Para una concepción preventivo-especial el castigo como autor de un delito intentado presupone que aquél ha demostrado disponer de tal energía delictiva que era de esperar la comisión del delito consumado, pues sólo a partir de este momento el sujeto de muestra peligroso para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, de la práctica de cualquier acto voluntario encaminado a la consumación del delito no puede extraerse la conclusión de que el actuante posee la energía delictiva suficiente para consumir el delito. Sólo la práctica de aquellas acciones que contienen la medida más elevada de energía necesaria para la consumación ponen de relieve que es capaz de consumarlo. Y la misma conclusión puede extraerse también de la función retributiva de la pena. Esta se concibe como "la imposición de un mal por el hecho culpable". Sin embargo, dado que sólo tiene sentido castigar "cuando es necesario para la protección del ordenamiento jurídico", tan sólo constituyen "conductas punibles aquellas acciones en las que se ha puesto de manifiesto una fuerza de voluntad verdaderamente delictiva" (*Der Versuch*, JZ, 1959, pág. 47).

(31) *Der Versuch*, JZ, 1959, pág. 47.

(32) *Der Versuch*, JZ, 1959, págs. 48 s.

A) En primer lugar, cuando el resultado sólo puede evitarse con la práctica de una determinada acción la tentativa comienza cuando el autor *deja transcurrir la última posibilidad* de llevarla a cabo. Cuanto más cerca se encuentra el momento de la producción del resultado, más intensa es la llamada de la norma y, por consiguiente, se precisa más energía delictiva para oponerse a ella.

El guardabarreras quiere dejar que el tren descarrile y para ello decide no cambiar las agujas. Comete tentativa en el momento en que, según su representación, tendría lugar la última oportunidad de realizar el cambio.

B) Pero también puede suceder que el omitente no esté seguro sobre si posteriormente será posible llevar a cabo una acción de salvamento. En estos casos comienza la tentativa cuando *según la representación del autor éste deja transcurrir sin actuar la mejor oportunidad de evitar el resultado*.

Un médico militar se niega a operar a un prisionero que se encuentra gravemente enfermo. Este se salva ya que es operado por otro médico que no era el competente para este caso. A pesar de que el médico que se niega a operar mientras el enfermo está en peligro, hubiese podido practicar en varias ocasiones la misma acción de salvamento, habrá que castigar por tentativa a partir del momento en que él crea que después será quizás demasiado tarde.

C) En el caso de que existan diversas acciones que pueden evitar el resultado, habrá que considerar comenzada la tentativa *cuando el omitente haya dejado de ejecutar aquella actividad, cuya práctica exigía el más pequeño sacrificio por su parte*. De la omisión de esta conducta puede deducirse que el sujeto omitirá las siguientes posibles acciones, que requieren mayor sacrificio.

Ejemplo: La sentencia del R.G. 66, 71 planteó el caso de una mujer que dió a luz a su hijo en el bosque, a donde había sido llevada por su amante. Ambos abandonaron allí al niño para que muriera y emprendieron el camino de vuelta a casa de la chica. Allí una compañera se dió cuenta de lo sucedido y les obligó a volver a buscar al niño, al que finalmente pusieron a salvo. La tentativa da comienzo

en este caso en el momento en que ellos abandonaron al niño en el bosque.

D) El último grupo lo constituyen aquellos casos en los que el sujeto deja de practicar varias acciones de una misma clase y temporalmente muy unidas, que podrían evitar el resultado. La tentativa da comienzo en estos supuestos *cuando la víctima empieza a sufrir considerablemente a causa de la falta de ayuda.*

Este sería el caso del ejemplo citado anteriormente de la madre que deja de alimentar a su hijo para que muera.

Aunque las concretas soluciones que aporta Gründwald a los supuestos que plantea resultan convincentes, su teoría no puede ser aceptada con carácter general. Y ello porque, en primer lugar, la razón del castigo de la tentativa no radica en la energía delictiva del sujeto, sino en la peligrosidad objetiva que para el bien jurídico entraña la conducta realizada voluntariamente por el autor. Por ello la delimitación entre actos ejecutivos y preparatorios deberá basarse también en un criterio objetivo.

Por otra parte, es ciertamente imposible determinar en qué momento la resolución delictiva del autor se encuentra en su estadio más elevado (33). Quizás su energía delictiva sea muy elevada en la realización de un acto todavía preparatorio y, por el contrario, muy baja en el momento de comenzar la realización del tipo. Las posiciones subjetivas conducen irremisiblemente al abandono de la distinción entre acciones preparatorias y ejecutivas y, por ello, deben considerarse incompatibles con la fórmula del "principio de ejecución". La solución tiene que residir, por tanto, en un criterio de delimitación de carácter objetivo.

---

(33) En este sentido A. Kaufmann, *Die Dogmatik*, 1959, pág. 214, nota 286a y Womelsdorf, *Zur Problematik des Versuchs beim unechten Unterlassungsdelikte*, tesis doctoral, Münster, 1976, pág. 75.

2.3. Armin Kaufmann (34) y Welzel (35) consideran que la tentativa de omisión comienza en el momento en el que ya no existe otra posibilidad de evitar el resultado. El mandato de la norma exige solamente que se practique una de las acciones posibles que podrían haber evitado el resultado, por ello es suficiente con la realización de la última acción que posiblemente evitaría el resultado. La tentativa debe considerarse comenzada en el momento en que debiera haberse practicado *la última actividad posible de evitación del resultado*.

En el extremo opuesto se encuentra la teoría representada en Alemania por Maihofer (36), Schröder (37), y Herzberg (38). Según esta teoría la tentativa empieza *cuando el garante omite la primera intervención que según su representación hubiera podido evitar el resultado*. En la omisión la primera inactividad significa ya el comienzo de la tentativa, incluso cuando el autor pueda demorar su actuación sin que ello suponga un aumento del peligro para el bien jurídico y dejar transcurrir todavía muchas ocasiones con las mismas posibilidades de éxito (39).

Además de otras críticas que cabría mencionar (40) es preciso señalar en relación con las dos posiciones expuestas su contradicción con el fundamento de la punición de la tentativa que se estima correcto y que radica en el peligro directo que a través de la misma se crea para el bien jurídico protegido.

---

(34) *Die Dogmatik*, 1959, págs. 204 ss.

(35) *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pág. 221.

(36) *Der Versuch*, G.A., 1958, págs. 297 s.

(37) Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 17ª ed., 12 antes del § 43.

(38) *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Monatsschrift für deutsches Recht (MDR), 1973, págs. 89 ss.

(39) Herzberg, *Der Versuch*, MDR, 1973, pág. 93.

(40) Sobre ello ampliamente Rudolphi, *Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikt*, MDR, 1967, pág. 4 nota 34; Herzberg, *Der Versuch*, MDR, 1973, pág. 94 y Womelsdorf, *Zur Problematik*, págs. 91 ss.

La primera posición conduce a negar la tentativa en acciones que, sin embargo, ya comportan un peligro para el bien jurídico. Pues éste concurre, en algunos casos, ya antes de que el autor deje de practicar la última acción que posiblemente evitaría el resultado. El peligro directo para la vida del bebé del caso 2, no surge en el momento justo antes de morir, sino, sin duda, también en un momento anterior. En el caso 3 no hay que esperar a que el niño haya desaparecido bajo el agua para poder afirmar que su vida corre un peligro directo. Y a idéntica conclusión podríamos llegar en el caso 1.

La segunda teoría conduce, sin embargo, a la conclusión inversa, es decir, a ampliar la punición a conductas en las que todavía no concurre ningún peligro directo para el bien jurídico. Así, por ejemplo, en el caso 1 el guardabarreras debería responder ya por una tentativa de delito por comisión por omisión a partir de las dos, momento en el que advierte que el borracho está tumbado en la vía. Sin embargo, si el próximo tren no pasa hasta las seis no puede afirmarse que ya concurra un peligro directo para la vida del durmiente, siempre que el guardabarreras haya de tener conocimiento de cualquier posible cambio en el honorario del tren. A la misma conclusión cabe llegar en los casos 2 y 3, en los que tampoco a través de la primera omisión surge todavía un peligro directo para el bien jurídico protegido.

2.4. Más conforme con la posición que aquí se sostiene en relación con el fundamento del castigo de las formas de imperfecta ejecución se muestra la teoría seguida por un amplio sector de la doctrina alemana (41), que considera comenzada la tentativa en los delitos de comisión por omisión *cuando la inactividad del garante lleva consigo un aumento del peligro objetivo en relación al bien jurídico*. El

---

(41) Stratenwerth, *Strafrecht*, A.T., 3ª ed., n° 1058; Rudolphi, *SK*, n° 51 antes del § 13 y Schönke/Schröder/Eser, *StGB*, § 22, n° 50 s.

mandato de la norma, señala Stratenwerth (42), obliga a reducir en la medida de lo posible el peligro para el bien jurídico amenazado y no a evitar el resultado como tal. Como consecuencia el deber de actuar surgirá con el peligro y toda demora en la intervención será ya antijurídica si el peligro aumenta. Mientras la situación del bien jurídico amenazado no empeore, la inactividad del obligado constituirá preparación y no tentativa. Aunque el sujeto pudiera actuar en un momento anterior no está obligado a hacerlo en tanto la inactividad del autor no produzca un peligro directo o un aumento en el peligro ya existente para el bien jurídico protegido. A la misma conclusión llega Rudolphi a partir de la función que cumple el deber de garante, si ésta es la de proteger bienes jurídicos de una posible lesión, la intervención del garante deberá exigirse en el momento en que una intervención posterior comporte con seguridad o por lo menos posiblemente el que ya no se pueda evitar la amenaza de lesión al bien jurídico (43).

2.5. Como una variante de la teoría del peligro puede considerarse la posición sostenida inicialmente por Roxin y que ha encontrado una acogida importante en Alemania (44). Según esta teoría concurre tentativa de omisión impropia cuando se da uno de los dos supuestos siguientes: *La existencia de un peligro directo para el bien jurídico protegido, o bien que el suceso no se encuentre ya en el ámbito de dominio del autor.* Si éste no "ha perdido de sus manos" el dominio del hecho, existe tentativa cuando surge un peligro directo para el bien jurídico protegido. En el ejemplo del guardabarreras que ve al borracho dormido en la vía (caso 1) la tentativa no se inicia hasta pocos minutos antes de la

---

(42) *Strafrecht*, A.T., nº 1058.

(43) *SK*, nº 51 antes del § 13.

(44) Roxin, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, Maurach-Festschrift, 1972, págs. 213 ss.; el mismo, *Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, *JUS*, 1979, págs. 12 s.; JesBheck, *Tratado*, II, págs. 880 s.

hora en que debe pasar el tren. Pero la tentativa se iniciará también, aunque no concurra peligro para el bien jurídico protegido, cuando el autor ya no posee el dominio del suceso. En este caso la tentativa de comisión por omisión deberá ya aceptarse cuando el guardabarreras abandone su caseta sin intención de regresar, aunque falten todavía varias horas para que pase el tren (45).

Poco tiempo después de exponer Roxin su teoría, Herzberg se refirió a ella críticamente en un artículo relativo al comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión (46). En opinión de Herzberg la solución de Roxin puede conducir a resultados injustos. Por ejemplo, no se justifica que el autor que sostiene en sus manos el dominio del hecho para asegurarse la producción del resultado, deba recibir un trato favorable frente al que lo ha perdido porque se sentía incapaz de presenciar dicho momento. Si, por ejemplo, en el caso 3 el monitor de natación se queda junto al niño para asegurarse que se produce la muerte y si no causarla activamente, la tentativa no comienza hasta que el niño, ya en la piscina, corre peligro de morir ahogado. Si, en cambio, se aleja de la piscina, cuando el niño todavía no se ha tirado al agua, para no ver como se ahoga, comienza la tentativa con la conducta de alejarse (47).

A pesar de las contradicciones que señala Herzberg considero que Roxin está en lo cierto cuando señala que el comienzo de la tentativa en el delito de comisión por omisión se produce en el momento en que el autor pierde el dominio sobre el hecho, en el caso de que esto llegue a suceder. Cabe considerar que en el caso de que el garante abandone el curso de los hechos a su acontecer natural se

---

(45) Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, 1972, pág. 232.

(46) *Der Anfang beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR, 1973, págs. 89 ss. si bien el mismo Herzberg ha rechazado posteriormente sus propias críticas en *Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft*, JUS, 1985, págs. 7 ss.

(47) *Der Versuch*, MDR, 1973, pág. 92.

producirá un aumento súbito del peligro existente para el bien jurídico, que dará lugar a la tentativa. Si el monitor se aleja de la piscina cuando el niño va a tirarse al agua la posibilidad de socorrerle a tiempo disminuye. Si el guardabarreras se aleja de la estación dejando al borracho tendido en la vía del tren, la tentativa deberá considerarse comenzada en este momento, pues en el caso de que se produjese un cambio repentino en el horario de los trenes no podría tener conocimiento de este hecho. En ambos casos el peligro que amenaza al bien jurídico se ha convertido en un peligro directo para el mismo.

2.6. La respuesta a la cuestión sobre cuando comienza la tentativa en los delitos de comisión por omisión que guarda mayor coherencia con el fundamento señalado es pues, como ya se ha expuesto anteriormente, la teoría del peligro. Según esta posición *la tentativa comienza en estos casos en el momento en que la demora en la acción de salvación hace surgir un peligro directo para el objeto de la acción protegido o determina un aumento del peligro existente* (48). Sin embargo, el criterio del peligro, entendido como probabilidad de lesión, constituye todavía un criterio excesivamente ambiguo y precisa, por ello, de mayor concreción. En primer lugar, es necesario constatar cuáles son los conocimientos que deben tenerse en cuenta para determinar si concurre una "situación de peligro inminente", pues la conclusión puede ser diferente si sólo tenemos en cuenta los conocimientos que se poseen en el momento del hecho, es decir, ex ante, o también otros que se adquieren con posterioridad (ex post). Supongamos, por ejemplo, que el borracho del caso 1 en realidad ha muerto de un infarto, pero este hecho no es aprehensible con anterioridad, sino sólo posteriormente cuando un tercero lo retira de la vía en el último momento. Si desconocemos este hecho en el momento de la valoración tendremos que admitir que hay peli-

---

(48) Así Jescheck, *Tratado*, II, pág. 880.

gro para la vida del borracho, pero si lo tenemos en cuenta consideraremos la conducta como no peligrosa. La forma de determinar si la conducta es o no peligrosa depende, por consiguiente, del momento en que se realice el juicio de peligro sobre la misma. Y en este sentido cabe señalar que puesto que consideramos las normas penales como normas directivas del comportamiento, entendemos que es en el momento en que el sujeto va a actuar cuando se le dirige la norma prohibiéndole u ordenándole hacerlo en determinada dirección (49). La situación de peligro deberá constatarse, pues, en el momento de la realización del hecho (ex ante), a través del juicio que de la misma haga un observador objetivo, hombre medio, representante ideal de la sociedad y que posee los conocimientos especiales del autor. Es en este momento y no después cuando el Derecho desea que la conducta sea evitada o realizada.

Por otra parte, para la determinación de la tentativa en los delitos de omisión es preciso tener también en cuenta el hecho de que la disminución del peligro se lleve a cabo mediante una única actividad o si, por el contrario, concurren al mismo tiempo en una sucesión temporal, varias acciones que pueden disminuir el peligro para el bien jurídico. Una mayor concreción del criterio expuesto se consigue, por tanto, ahondando en los siguientes grupos de casos:

A) En primer lugar, si el resultado sólo puede evitarse mediante la práctica de *una única acción* habría que distinguir dos supuestos. En primer lugar, que dicha acción *sólo pueda realizarse en un único momento*. En este caso la tentativa comienza cuando la inactividad del garante aumenta el peligro de que dicha acción no pueda practicarse a tiempo. Si, por el contrario, *el garante dispone de un espacio limitado de tiempo para realizar la acción de salvamento*, la tentativa comienza cuando aumenta el peligro de que el ga-

---

(49) En especial en relación con el delito de omisión Silva Sánchez, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, págs. 284 s.

rante no pueda practicar con éxito en el último momento la acción debida. En el caso 1 la tentativa de delito no comienza hasta que pocos minutos antes de las 6 el guardabarreras no saca al borracho de la vía. No hay que esperar a que deje transcurrir la última posibilidad de sacarlo, en cuyo caso sólo sería posible la tentativa inidónea (50). En cambio, la situación de peligro se plantea de forma distinta si, por las razones que sean, el guardabarreras no sabe exactamente a que hora tiene que pasar el tren. En este caso comienza la tentativa de delito con la demora en la práctica de la primera acción de salvamento, pues, si se tiene en cuenta que el peligro puede realizarse en cualquier momento, el observador objetivo no podrá precisar ex ante si la primera posibilidad de actuar será también la última.

B) En segundo lugar, cuando concurren no una solo sino *varias acciones posibles*, cuya práctica puede evitar el resultado, hay que distinguir también dos supuestos. En primer lugar, *si pueden practicarse en un mismo momento varias acciones de salvamento con diversas perspectivas de evitar el resultado*, el garante comienza la comisión del delito en grado de tentativa cuando su demora aumenta el peligro de que ya no pueda practicar con éxito aquella conducta que tiene mayores posibilidades de evitar el resultado. En este sentido señala Rudolphi que habrá que castigar por tentativa en el supuesto de que el garante practique, con dolo eventual, una acción de socorro que tiene pocas expectativas de éxito, aún cuando dicha conducta a pesar de su poca adecuación haya conseguido evitar el resultado (51).

En segundo lugar, *si las diversas acciones posibles se encuentran en una sucesión temporal*, la tentativa de delito da comienzo cuando el autor se demora en la práctica de la conducta que tiene más posibilidades de evitar el resultado,

---

(50) Así en cambio Rudolphi, SK, nº 52 antes del § 13 siguiendo a Armin Kaufmann, *Die Dogmatik*, págs. 212 s.

(51) SK, nº 53 antes del § 13.

en la medida en que concurra dolo eventual con respecto al mismo. El monitor del caso 3 tiene el deber de intervenir en el momento en que el niño se encuentra en el agua, aunque la salvación pueda también realizarse posteriormente mediante otras técnicas. También concurre tentativa, por ejemplo, cuando el médico aplaza la operación y con ello aumenta el peligro para la vida del paciente, aunque todavía concurren posibilidades de salvamento (52).

C) Por último, en aquellos casos en los que *se dan una serie de omisiones durante un largo espacio de tiempo*, la tentativa comienza cuando el garante permanece inactivo pese a que concurre ya un peligro concreto para el bien jurídico protegido. A este grupo corresponde el caso 2, en el que la tentativa comienza cuando la falta de alimento genera un peligro concreto para la vida del niño (53).

### III

1. Al igual que sucede en relación con los delitos de omisión, la fórmula del "dar principio directamente a la ejecución del delito" parece, a primera vista, incapaz de precisar el comienzo de la tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa (A.L.I.C.). A continuación, y del mismo modo que hemos hecho en relación con los delitos de omisión, intentaremos precisar si la fórmula del art. 3, 3 del C.P. consigue aportar una respuesta clara al momento en que comienza la tentativa en los casos en que el autor se sirve de un instrumento para realizar la ejecución del delito (autoría mediata) o bien cuando se convierte en un instrumento de sí mismo (A.L.I.C.).

---

(52) Gründwald, *Der Versuch*, JZ, 1959, pág. 48; Schönke/Schröder/Eser, *StGB*, nº 51 § 22 y Rudolphi, *SK*, nº 53 antes del § 13.

(53) Rudolphi, *SK*, nº 54 antes del § 13.

En torno a la solución del comienzo de la tentativa en la *autoría mediata* existe en la doctrina española un relativo acuerdo, si bien es cierto que esta temática se ha planteado en pocas ocasiones. Contrasta con esta situación el tratamiento de que ha sido objeto esta cuestión en Alemania, país en el que se han vertido un sinnúmero de posibles soluciones y criterios de delimitación, aunque es preciso poner de relieve que su formulación es, en ocasiones, confusa y no siempre se acompaña de la fundamentación correspondiente. A continuación expondré brevemente las soluciones más representativas, pero citemos primero algunos ejemplos:

Caso 1: A conecta al sistema de la luz de su domicilio un mecanismo incendiario y se va de viaje. Según su plan la casa comenzará a arder cuando algún inquilino abra el interruptor. El mecanismo es descubierto antes de que esto suceda. (54)

Caso 2: Estando A y B de caza en el campo A le dice a B que dispare rápidamente su escopeta en dirección a unos matorrales detrás de los cuales ha visto que se encuentra su enemigo C. B dispara, pero la escopeta se atasca. (55)

Caso 3: Una mujer quiere matar a su marido, le prepara una sopa envenenada y se la deja a punto para que él se la tome, como cada día, a su regreso del trabajo (56)

2.1. La posición dominante en la doctrina española y que durante años ha constituido también la posición dominante en Alemania, si bien en la actualidad ha dejado de serlo, considera comenzada la tentativa "con la incidencia del autor mediato sobre el instrumento" (Einwirkungslehre)

---

(54) Este caso se corresponde con el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo alemán R.G. St. 66, 141 ss. Citado entre otros por Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, pág. 219.

(55) Caso de Schmidhäuser, *Studienbuch*, pág. 345. Citado por Küper, *Der Versuchsbeginn*, JZ, 1983, pág. 369, nota 72.

(56) Ejemplo de Roxin, *Tatentschluß*, JUS, 1979, pág. 9.

(57). En España defienden este punto de vista Rodríguez Mourullo (58) y Cobo/Vives (59). Según esta posición la tentativa daría comienzo, por ejemplo, en el caso 2 cuando A le dice a B que dispare. Sin embargo, al exigirse la influencia del autor mediato sobre el instrumento, podría decirse que la formulación fracasa en los casos en que tal influencia o incidencia no concurre. Esto sucedería, por ejemplo en los casos 1 y 3. Este inconveniente se resuelve en otras formulaciones, que descansan en los mismos principios. En este sentido Mir Puig considera comenzada la tentativa "siempre, cuando el autor mediato pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el instrumento" (60) y Schilling apunta "a la última actividad del autor mediato dirigida hacia el resultado" (61). Cabe señalar que esta solución es coherente con el punto de vista sostenido por la doctrina tradicional alemana en torno al comienzo de la tentativa acabada, que se sitúa en el momento en el que el autor ha llevado a cabo toda la actividad que, según su plan, era necesaria para la realización del tipo (62).

El instrumento, independientemente de que se trate de un instrumento de buena o mala fe, se compara con un mecanismo automático. Al terminar su actividad el autor pone en marcha una cadena causal, al igual que quien dispara un arma o bien coloca una bomba ya programada para que explote en un período de tiempo determinado. El momento decisivo es aquél en el que el autor pierde de sus manos el proceso causal que le conducirá a la consumación del

---

(57) En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo alemán en algunas sentencias. También Maurach, *Deutsches Strafrecht*, A.T., 4ª ed., 1971, pág. 504; y Bockelmann, *Strafrecht*, A.T., 1979, pág. 173.

(58) *El autor mediato en Derecho Penal español*, A.D.P.C.P., 1969, pág. 465.

(59) *Derecho Penal*, Parte general, 1987, pág. 519.

(60) *Derecho Penal*, P.G., pág. 324.

(61) *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, págs. 100 ss.

(62) Por todos Jescheck, *Tratado*, II, págs. 739 ss.

delito. Es con la práctica de esta última actividad cuando el autor "da principio directamente a la ejecución del tipo". "Aunque la mujer que deja dispuesta con veneno la sopa que debe servirse su marido se quede observando los hechos por si es necesario asegurar activamente el resultado -señala Mir Puig (63)- no por eso habrá dejado de finalizar su intervención ejecutiva al dejar dispuesta la sopa si no resulta precisa su ulterior intervención".

Por otra parte, esta posición se ha justificado también desde un punto de vista subjetivo, al señalar que, con el término de su actividad, el autor mediato ha "traspasado ya la prueba de fuego"; es decir, es como si el autor respondiera afirmativamente a la realización del delito (64).

2.2. La teoría radicalmente opuesta a la anterior retarda el comienzo de la tentativa en la autoría mediata al momento en que el instrumento da principio directamente a la realización del tipo (65). Según esta posición la tentativa daría comienzo en el caso 1 cuando un inquilino cualquiera se acercara para encender la luz. En el caso 2, cuando B apuntase su escopeta hacia los matorrales a punto de disparar y en el caso 3, en el momento en que el marido vaya a tomar la sopa que él mismo se ha servido.

---

(63) *Derecho Penal*, P.G., pág. 324.

(64) En este sentido es preciso recordar la delimitación que entre preparación y ejecución sostuvo Bockelmann, que apuntaba a la "última, la decisiva decisión sobre el sí del hecho". (*Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, JZ, 1954, págs. 468 ss. y *Die jüngste Rechtsprechung des B.G.H. zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, JZ, 1955, págs. 193 ss.). Críticamente sobre este punto de vista véase mi libro *La tentativa*, págs. 154 s.

(65) En este sentido se han manifestado en Alemania Frank, *StGB*, 18ª ed., 1931, 43, II, 2a, págs. 87; Eb. Schmidt en Frank-Festgabe, II, pág. 132; R. von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), págs. 475 s.; Vogler, *LK*, 10ª ed., § 22, nº 101 y Stratenwerth, *Derecho Penal*, P.G., pág. 255. En la doctrina española acoge este punto de vista Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 151 s. exceptuando los casos en los que puede afirmarse que ya ha empezado a realizarse valorativamente el dominio del hecho por parte del hombre de atrás.

Esta posición se ha construido sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, y en relación a la tentativa de delito, se afirma que un inicio directo de la realización del tipo en el sentido del § 22 StGB (§ 43 anterior redacción), sólo tiene lugar con la actuación del instrumento. El adelanto de la punición a la última acción del autor mediato sería incompatible con la idea de peligro directo para el bien jurídico protegido y con el fundamento mismo de la punición de la tentativa. En segundo lugar, se parte de una comprensión de la autoría mediata distinta de la posición anterior. La actuación del instrumento no constituye ningún "curso causal ciego" asimilable a un mecanismo automático; sino un hacer personal guiado por una voluntad humana. La conducta del autor mediato y del instrumento deben ser consideradas como una unidad, una acción conjunta (66). Al hombre de detrás se le imputa la actividad del instrumento como si hubiese actuado él mismo (67).

2.3. Una posición intermedia entre estas teorías extremas sitúa el comienzo de la tentativa en momentos diferentes según que el instrumento actúe de buena o mala fe (68). Si el instrumento actúa de buena fe, situación comparable a la de un mecanismo automático, se señala el comienzo de la tentativa en el término de la actividad del autor mediato, si bien tampoco aquí coinciden las formulaciones de los autores. Por ejemplo Busch considera comenzada la tentativa cuando "el autor cree haber realizado su aporta-

---

(66) Con frecuencia esta teoría se denomina en Alemania "Gesamtlösung" mientras que la posición expuesta anteriormente se denomina "Einzellösung". Estos términos fueron introducidos por Schilling, *Der Verbrechenversuch*, pág. 11 y se aplican también a las teorías que existen en torno al comienzo de la tentativa en la coautoría.

(67) En este sentido recientemente Küper, *Der Versuchsbeginn*, JZ, 1983, pág. 369 y Vogler, *LK*, § 22, nº 101.

(68) En este último grupo se incluyen los supuestos en que el instrumento actúa dolosamente pero sin los elementos subjetivos que exige el tipo o sin la cualificación que requiere el delito de que se trate. No obstante, la admisión del denominado instrumento de "mala fe" es doctrinalmente debatida.

ción y cuenta con que el instrumento proseguirá el hecho" (69). Según Welzel es preciso que "el autor abandone el proceso de sus manos para dárselo al instrumento que es quien lo conduce a la consumación" (70). En tanto Schröder (71) y Blei (72) consideran que en estos casos la ejecución comienza ya con la influencia del autor sobre el instrumento. En cambio, si se trata de un instrumento doloso no cualificado, o que actúa sin el requerido elemento subjetivo del injusto la tentativa comienza en el momento en que éste da principio directamente a la ejecución del tipo. En este caso la realización del delito todavía depende de una decisión de voluntad del instrumento, aún cuando éste se encuentre bajo la influencia del autor mediato.

Lógicamente esta posición supone la previa aceptación de la figura del instrumento doloso no cualificado y del que actúa sin elemento subjetivo del injusto; pues, como es sabido, un importante sector doctrinal español considera que en estos casos el instrumento es en realidad el verdadero autor del hecho y, por ello, lógicamente el comienzo de la tentativa se retarda hasta el momento en que éste da principio inmediatamente a la ejecución del tipo (73).

2.4. Por último, la posición de Roxin, expuesta ya anteriormente en relación con la comisión por omisión y que ha tenido una importante acogida en la doctrina alemana

---

(69) *LK*, 9ª ed., § 43, nº 33.

(70) *Das deutsche Strafrecht*, pág. 191.

(71) En Schönke/Schröder, *StGB*, 17ª ed., § 43, nº 16 y nº 14 del § 46.

(72) *Strafrecht*, A.T., I, 17ª ed., 1977, pág. 233.

(73) Así Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, pág. 229. En la doctrina española rechazan esta figura Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1966, págs. 261 s.; Rodríguez Mourullo, *El autor mediato*, A.D.P.C.P., 1969, pág. 469; Quintero Olivares, *Delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, págs. 99 ss.; Ruiz Antón, *El agente provocador en el Derecho penal*, 1982, pág. 167 y Cobo/Vives, *Derecho Penal*, P.G., pág. 520. En cambio la acepta Mir Puig, *Derecho Penal*, P.G., págs. 320 ss. y *Adiciones*, II, págs. 934 s.

(74). El comienzo de la tentativa en la autoría mediata, al igual que en la tentativa acabada debe situarse en el momento en que el instrumento da principio inmediatamente a la realización del tipo, que es el momento en que se inicia el peligro directo al bien jurídico protegido. No obstante también debe considerarse iniciada la tentativa si el autor mediato, ya en un momento anterior, ha perdido de sus manos el proceso.

3. Los problemas expuestos en relación con la autoría mediata se plantean de nuevo y quizás con mayor evidencia al examinar el comienzo de la tentativa en la *actio libera in causa*. Normalmente en la doctrina alemana se advierte que en estos casos en los que el autor realiza el tipo en un estado de exención de la responsabilidad actúa como un instrumento de sí mismo (75), por ello puede considerarse que se plantea una situación paralela a la de la autoría mediata. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de que el autor se emborrache, en su apartamento, hasta caer en un estado de inimputabilidad, con la intención de dar muerte a un vecino que vive en su misma escalera pero en un piso inferior al suyo.

3.1. Para determinar en qué momento debe considerarse comenzada la tentativa en estos casos se han aportado

---

(74) Jescheck, *Tratado*, II, págs. 931 y Rudolphi, *SK*, § 22 n° 20.

(75) Jescheck, *Tratado*, I, págs. 611 s.; Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, pág. 220 y Welzel, *Deutsches Strafrecht*, A.T., pág. 156. En nuestro país acoge este punto de vista Silva Sánchez, *El delito de omisión*, 1986, pág. 268. No existe acuerdo en torno a la amplitud de este concepto, que en opinión de algún autor debería incluir también los casos de provocación de estado de necesidad y legítima defensa (Así Maurach, *Fragen der actio libera in causa*, *JUS*, 1961, pág. 374), mientras que otros autores limitan la *actio libera in causa* a los casos de ausencia de culpabilidad (Así entre otros Hruschka, *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz schuldunfähigkeit des Täters*, *SchwZStR*, 90, págs. 76 s.). Sobre la acción "libera in causa" véase el reciente artículo de Mercedes Alfonso Alamo, *La acción libera in causa*, *ADPCP*, 1989. Fasc. 5, págs. 55 ss., aparecido estando ya en prensa la presente publicación.

en la literatura alemana básicamente dos soluciones (76). El modelo de la tipicidad considera comenzada la tentativa cuando el autor se coloca en una situación de exención de la responsabilidad (77). En este sentido y coherentemente con la solución ya expuesta considera Roxin que en la A.L.I.C. la tentativa debe comenzar cuando el autor pierde el dominio responsable del desarrollo posterior del hecho. La situación es en estos casos incluso más evidente que en los restantes supuestos de tentativa acabada, en los que normalmente el autor tiene todavía la posibilidad de desistir, de recuperar el curso causal que ha perdido de sus manos. Por el contrario en la A.L.I.C. la posibilidad de una decisión responsable sobre la prosecución del plan es totalmente imposible. El agente se encuentra mucho más entregado a la comisión del hecho que cualquier otro capaz de decidir libremente si desea proseguir o no en la ejecución (78). También subjetivamente se ha fundamentado este punto de vista argumentando que en el momento en que el sujeto cae en un estado de exención "ha traspasado la prueba de fuego de la situación crítica" en el sentido anteriormente indicado (79).

Por su parte Maurach ha señalado que si la función de la A.L.I.C. consiste en trasladar el juicio de reproche sobre el autor al momento en que éste era capaz de culpabilidad, la causación intencionada de la incapacidad de culpabilidad debe ser introducida también en el tipo. En nuestro ejemplo diría Maurach: el emborracharse con intención de

---

(76) Una tercera solución sería la de castigar el hecho en sí de la provocación del estado de exención de la responsabilidad penal, con independencia de cual sea el delito que se cometa en tal situación. Esta solución implica una constatación expresa del legislador.

(77) Maurach, *Fragen*, JUS, 1961, pág. 374; Horn, *Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*, GA, 1969, págs. 299 s.; Rudolphi, *SK*, § 22, nº 21; Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, pág. 230 y Dreher/Tröndle, *StGB*, § 20, nº 19.

(78) *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, pág. 230. En el mismo sentido Horn, *Actio*, GA, 1969, pág. 300.

(79) Rudolphi, *SK*, § 22, nº 21.

cometer el delito ya no es una acción preparatoria, sino que se trata de un verdadero comienzo de ejecución (80).

3.2. La solución opuesta, modelo de la excepción, considera comenzada la tentativa en estos casos, cuando el autor indica directamente la realización del injusto típico del respectivo delito. La A.L.I.C. no comporta un adelanto de la acción típica, ni cambia nada en el hecho de que la verdadera acción de ejecución típica se lleve a cabo tras entrar el sujeto en un estado de irresponsabilidad. Esta figura sirve simplemente para excluir en estos supuestos la posibilidad de eximir de pena al haber sido provocado el estado de exención (81).

#### IV

1. La exposición de las posiciones más relevantes en relación con el comienzo de la autoría mediata y de la A.L.I.C. permite poner de relieve lo controvertido de esta cuestión, a la vez que posibilita también el observar los principales problemas con que se enfrentan las distintas soluciones. En relación con estos supuestos cabe señalar previamente que se caracterizan en general por el hecho de que el autor se sirve de un instrumento para realizar la conducta descrita en el tipo. Esto lleva consigo el que, en todo caso, medie un determinado espacio de tiempo -que puede ser más o menos prolongado- entre la última actividad del autor mediato y el resultado. También la situación espacial de ambos puede que sea distinta (por ejemplo A envía por correo desde Barcelona una carta injuriosa a B, que reside en Buenos Aires). Por esta razón, en muchos de estos casos en la conducta del autor mediato todavía no concurre un peligro inminente de

---

(80) *Fragen*, JUS, 1961, pág. 377.

(81) Hruschka, *Methodenprobleme*, SchwZStR, 90, págs. 69 ss.; Jescheck, *Tratado*, II, 49, VII, 4; Schönke/Schröder/Eser, *StGB*, § 22, nº 56; Vogler, *LK*, 10ª ed., § 22, nº 107 ss. entre otro autores.

producción del resultado. El término inminencia debe considerarse como equivalente a inmediatez o proximidad temporal y en muchos supuestos de autoría mediata cuando el autor finaliza su actividad el resultado todavía no está próximo ni en el tiempo ni en el espacio. Por consiguiente, si se atendiera exclusivamente al factor de la lejanía de estas conductas con respecto al resultado cabría afirmar que nos encontramos más frente a conductas de preparación que de ejecución (82). Por ello la idea de peligro inminente tendrá que ser rechazada del concepto de la tentativa por quienes trasladen su comienzo a la última actividad del autor mediato. Y, sin embargo, esta ampliación del concepto de tentativa, que conduce a una ampliación de la punición a conductas que todavía no ponen en peligro de forma inmediata el bien jurídico (83), parece más bien un contrasentido con el deseo, siempre manifestado por la doctrina, de limitar el comienzo de la tentativa a las conductas más próximas al resultado.

Las consideraciones realizadas con respecto al comienzo de la tentativa en la autoría mediata pueden aplicarse igualmente al comienzo de la tentativa en la A.L.I.C. La posición que considera que ésta comienza cuando el autor entra en una situación de incapacidad abandona totalmente la idea de peligro próximo para la tentativa (84).

2. De las consideraciones hechas hasta aquí quedarían excluidos, sin embargo, aquellos supuestos en los que la conducta del autor mediato, o del autor directo antes de entrar en un estado de incapacidad, ponga en peligro inminente el

---

(82) Cfr. Gómez Benítez, *Teoría*, págs. 151 s.

(83) En este sentido ya Schmidt, *Festgabe für Frank*, 1930, II, pág. 132; Roxin, *Der Anfang*, Maurach-Festschrift, págs. 215 ss. y también *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, JUS, 1973, págs. 329 s.

(84) Claramente en este sentido se expresa Roxin en *Observaciones sobre la "actio libera in causa"*, traducción y notas de F. Muñoz Conde, A.D.P.C.P., 1988, pág. 30.

bien jurídico protegido. Esto sucede cuando su última aportación constituye la actividad inmediatamente anterior a la acción que realiza alguno o todos los elementos descritos en el tipo y la actividad del instrumento constituye ya la realización de la conducta descrita en aquél. Por ejemplo, en el caso 2 la orden de disparar de A irá seguida inmediatamente, sin actos intermedios esenciales, del disparo de B (85). O bien si, por ejemplo, A le sirve una tacita, que él mismo ha preparado, de café envenenado a B, el acto de servirselo constituye ya una puesta en peligro inminente de la vida de B. En relación con estos supuestos no debería plantearse ciertamente ningún problema y la fórmula del "dar principio a la ejecución" podría ser interpretada, al igual que sucede en relación con los supuestos de autoría directa, en el sentido de dar comienzo a la realización de los elementos del tipo, de forma inmediata, sin actos intermedios esenciales.

No obstante, estos supuestos constituyen solamente un grupo reducido frente al número de casos en los que la última actividad del autor mediato está espacio-temporalmente alejada de la consumación del delito. Y lo mismo sucede en la A.L.I.C.

3. Lo cierto es que la posición que considera comenzada la tentativa, tanto en la autoría mediata como en la A.L.I.C., cuando el instrumento da principio directamente a la realización del tipo en principio parece más coherente con las directrices que orientan el comienzo de la tentativa en general, ya que al considerar comenzada la tentativa en un momento más próximo al resultado, sin duda se considerarán punibles exclusivamente conductas que comporten un peligro inminente para el bien jurídico protegido. Pero esta posición se enfrenta, no obstante, con el problema inverso a la posición anterior, pues conduce, en algunos casos, a una

---

(85) Cfr. Küper, *Der Versuchsbeginn*, JZ, 1983, pág. 369.

restricción -a mi entender excesiva- de la punición, políticocriminalmente inadecuada (86).

Por una parte, y tal como hemos visto, existen casos en los que la conducta del autor mediato crea ya un peligro inminente para el bien jurídico (por ejemplo el caso 2). Este hecho ha sido advertido por algún autor. Así Gössel y Küper señalan que la tentativa en la autoría mediata deberá estimarse comenzada "cuando o bien la conducta del instrumento o bien la conducta del autor de detrás, desemboca inmediatamente en la realización del tipo" (87).

Pero existen también otros supuestos en los que la conducta del autor mediato todavía no crea un peligro inminente para el bien jurídico y, sin embargo, su impunidad no resulta justificable. Por ejemplo, en el caso 1 no se comprende que el autor tenga que quedar impune si ningún vecino llega a conectar el interruptor y la instalación explosiva ha sido descubierta. Como veremos más adelante, a pesar de no constituir todavía un peligro inminente para el bien jurídico protegido, la conducta del autor mediato contiene, aún en su lejanía, la peligrosidad necesaria para considerar comenzada la amenaza que caracteriza la tentativa.

4. No obstante el problema más importante que a mi entender afecta a esta teoría radica en el hecho de que al ser el instrumento el que inicia directamente la ejecución puede que la tentativa de delito de comienzo en algunos casos sin que el autor tenga siquiera conocimiento de ello. Puede ser que éste no se halle presente, o bien que incluso se encuentre inconsciente. Por ejemplo, si la mujer del caso 3, después de preparar la sopa, se va a dormir y entretanto regresa su

---

(86) También Roxin, *Tatenschluß*, JUS, 1979, pág. 10.

(87) Küper, *Der Versuchsbeginn*, JZ, 1983, pág. 370 y Gössel, *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, JR, 1976, pág. 250. También en este sentido apunta la posición de Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Allg. Strafrechtslehre, 2ª ed., 1982, pág. 232.

marido del trabajo, la tentativa dará comienzo mientras ella duerme. Y ciertamente cabría cuestionarse, como hace Roxin, ¿cómo puede explicarse que alguien que esté durmiendo comience dolosamente a ejecutar un hecho? (88). A mi entender esta posición restrictiva no consigue fundamentar el injusto de la tentativa en la autoría mediata, ya que lo que parece evidente es que la antijuricidad del delito intentado debe conectarse, en estos casos, a la última actividad del autor, que es el último momento de que dispone para infringir la norma de prohibición. Una vez finalizada su actividad al autor tan sólo podrá imputársele un delito de omisión, pero no de comisión.

Esta crítica puede hacerse también extensiva a la posición que sostiene Roxin (89) y que considera comenzada la tentativa con la puesta en peligro inminente del bien jurídico protegido, o bien con la pérdida del dominio del hecho por parte del autor. En tanto el autor mantiene el control sobre la situación no puede considerarse comenzada la tentativa. Sin embargo, tal como ha señalado Mir Puig, "el control que supone la mera *posibilidad* de intervenir en el hecho hasta el último momento, no implica realización efectiva de actos ejecutivos sino sólo su posibilidad" (90). De forma que el único modo de poder imputar al autor un delito de comisión, lo que parece correcto, es considerar como conducta de ejecución la que infringe una norma prohibitiva y sólo el autor y no el instrumento puede infringir la prohibición. La mujer del caso 3 infringe la norma de prohibición en el momento en que prepara la mezcla del veneno con la sopa,

---

(88) *Op. cit.*, A.D.P.C.P., 1988, pág. 30.

(89) Lo mismo cabría señalar con respecto a la posición que distingue entre instrumento de buena y mala fe (Véase III,2.3), pues también en el caso del instrumento que actúa sin cualificación o sin el requerido elemento subjetivo del injusto, al autor de detrás sólo podrá imputársele un delito de comisión doloso si conectamos con su última actividad dolosamente realizada.

(90) *Derecho Penal*, P.G., pág. 324.

aunque se quede en casa, despierta, observando como su marido se la sirve y se la toma.

Estas consideraciones son también válidas para el comienzo de la tentativa en la A.L.I.C. En ésta la antijuricidad del hecho sólo puede conectarse a la última actividad del autor realizada en situación de capacidad de culpabilidad, ya que de otra forma no podría explicarse su punición (91).

Lo que sucede en relación con el injusto de la tentativa en la autoría mediata y en la A.L.I.C., podría explicarse de la forma siguiente: Mediante las normas penales el legislador trata de motivar a los ciudadanos con el fin de que no realicen conductas que comprometan la existencia de bienes jurídicos. Los hechos antijurídicos, es decir, los hechos antinormativos, son hechos que el Derecho *desea evitar* y tiene la *posibilidad* de conseguirlo mediante la motivación (92). Sin embargo, el legislador no tiene necesidad de intentar evitar todos aquellos comportamientos que se dirigen subjetiva y objetivamente a la lesión de bienes jurídicos, pero que quizás se encuentran todavía lejos de la efectiva lesión. La impunidad general de los actos preparatorios puede explicarse en base al principio de intervención mínima del Derecho penal y también a razones de seguridad jurídica (93). No obstante, en los actos preparatorios del delito ya concurre un cierto peligro para el bien jurídico protegido, pero todavía falta un largo proceso hasta su realización. El ordenamiento jurídico todavía dispone de tiempo para intentar evitar la lesión y no es preciso que se adelante tanto en la prohibición. En cambio, cuando el peligro se concreta en un ataque directo al bien jurídico protegido, que "normalmente" se manifiesta en la proximidad de la lesión, el ordenamiento

---

(91) Sobre ello ampliamente Roxin, *op. cit.*, A.D.P.C.P., 1988, págs. 23 ss.

(92) Mir Puig, *Derecho Penal*, P.G., pág. 91.

(93) Sobre ello ampliamente mi libro *La tentativa*, págs. 209 ss.

jurídico, a través de las normas penales, tiene que intervenir para intentar evitar que el agente prosiga en la realización de su plan. No obstante, en relación con los supuestos que estamos examinando es preciso adelantar el envío de la norma a un momento en el que quizás no concurre todavía un peligro inminente para el bien jurídico protegido. Pero este adelanto de la prohibición se tiene que llevar a cabo si se desea que la norma penal pueda cumplir su función motivadora, ya que con posterioridad el autor no podrá ser motivado normalmente o quizás no podrá ser motivado en absoluto. El sujeto de nuestro ejemplo que, con la intención de atentar contra su vecino, continúa bebiendo, a pesar de que advierte que si ingiere más alcohol caerá en un estado de inimputabilidad, realiza ya un hecho antijurídico. La mujer que mezcla veneno en la sopa de su marido practica ya una acción antinormativa, pues sin lugar a dudas el Ordenamiento desea evitar que ambos prosigan la ejecución de su plan y éste es el último momento de que dispone para enviar la prohibición de actuar.

5. Por todo ello no parece posible establecer un paralelismo entre los supuestos de autoría mediata, de A.L.I.C. y de autoría directa exigiendo para el comienzo de la tentativa que concurra en todos ellos un peligro inminente para el bien jurídico protegido. Ciertamente el art. 3, 3 del C.P., entiendo que con muy buen criterio, no exige para la tentativa una conducta que de forma inminente de principio a la realización del tipo. El citado precepto utiliza el adverbio "directamente", que es el modo como el acto de tentativa debe ir encaminado hacia la ejecución del delito para que pueda ser considerado como tal. En la última conducta del autor mediato concurre ya un peligro directo en relación con el bien jurídico protegido. Y ello es así, porque con ella el autor desencadena el proceso causal que de forma directa, es decir, sin necesidad de nuevas intervenciones por su parte le llevará a la consumación del delito. Por ello cabe hablar en

estos casos de la existencia de una conducta que conduce directamente a la ejecución del delito y que da lugar al comienzo de la tentativa. En realidad también se aceptan supuestos de autoría directa, en los que no concurre todavía un peligro inminente de producción del resultado y, en cambio, la tentativa se estima ya comenzada. Si, por ejemplo, A pretende envenenar a B suministrándole a diario pequeñas dosis de veneno hasta conseguir su muerte, nadie dudaría en calificar como tentativa del delito de asesinato el suministro de la primera dosis de veneno y, sin embargo, en este momento todavía no concurre un peligro inminente para la vida de B.

La menor proximidad del peligro influirá, no obstante, en la pena aplicable, ya que la proximidad del peligro que crea la conducta constituye, sin lugar a dudas, un factor, aunque no el único, a tener presente para determinar la peligrosidad global de la misma y su contenido de antijuricidad material (94). Si el grado de realización del peligro creado por la conducta es menor, también su contenido de antijuricidad será menor y este hecho tiene que influir necesariamente en la pena.

6. El estimar comenzada la tentativa en la autoría mediata con la última actividad del autor mediato es, por otra parte, consecuente con la punición en nuestro Código Penal de la inducción frustrada (95). Desde luego constituiría una contradicción valorativa el que se considerase punible la conducta de inducción frustrada y no en cambio la del autor mediato cuando el instrumento no ha iniciado su parte en el plan. A induce a B a que de muerte a C, pero B no acepta.

---

(94) Así ya en mi libro *La tentativa*, pág. 397 y recientemente Silva Sánchez en *Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado*. Homenaje a Fernández Albor, (en prensa).

(95) Así por ejemplo, Mir Puig, *Derecho Penal*, pág. 287. Pero la cuestión es controvertida; por ejemplo, Cobo Vives, considera que la inducción frustrada es impune. *Derecho Penal*, pág. 524.

D entrega un paquete a E para que se lo entregue a G. El paquete contiene una bomba que hará explosión cuando el paquete se abra. E, aunque desconoce por completo este hecho, se niega a llevárselo a G.

Por último, también podría sostenerse que el inicio de la tentativa mediante la última actividad del autor mediato es justamente lo que pretende el art. 3,3 del Código Penal, pues en él se establece claramente que es el "culpable" quien inicia directamente la ejecución del delito y no el instrumento ni mucho menos la propia víctima. Pero de entenderse así con respecto a la tentativa debería también someterse a revisión el concepto de frustración, al que normalmente la doctrina penal imprime un carácter objetivo, ya que también el Código Penal en el art. 3,2, considera que hay frustración cuando el "culpable" (y no el instrumento ni la víctima) practica todos los actos ejecutivos. De interpretarse subjetivamente la frustración habría que entender que la tentativa da comienzo con el *inicio* de la última actividad del autor mediato.

7. Pero incluso si a pesar de las consideraciones expuestas hasta aquí se desea fundamentar el comienzo de la tentativa en la autoría mediata y en la A.L.I.C., en un momento más próximo a la producción del resultado, cabe, a mi entender todavía otra posibilidad. Esta consistiría en construir el tipo penal de la tentativa añadiendo al injusto, que, como hemos indicado, sólo puede conectarse a la última actividad del autor mediato o del autor en situación de responsabilidad penal (en la A.L.I.C.), una condición de punibilidad que consistiría en la puesta en peligro inminente del bien jurídico protegido. La prohibición -es decir, la antijuricidad-, atiende, según el punto de vista que aquí se sostiene, a la voluntad del Derecho de evitar un hecho y a la posibilidad de evitarlo a través del envío de normas de motivación. Pero además, como es sabido, para que una conducta prohibida sea punible se exige que concurran ciertas condiciones, que

obedecen a razones de oportunidad o de conveniencia político-criminal de la pena. Estas circunstancias, que condicionan la punibilidad, es decir el castigo, del hecho, pero no su prohibición son las condiciones de punibilidad. Lo injusto típico de cada delito y estas condiciones de punibilidad, cuando se exigen, conforman el tipo penal de cada figura delictiva, que podría definirse, siguiendo a Mir Puig, como el conjunto de elementos que condicionan la objetiva relevancia jurídico-penal de un hecho delictivo; lo específico de cada figura delictiva, mediante lo cual ésta se distingue de otras formas delictivas (96). Pues bien, atendiendo a estas consideraciones, cabría observar que el tipo penal de la tentativa de delito no podría estimarse totalmente realizado, en los casos que estamos estudiando, con la sólo infracción de la norma penal; sino que se requeriría además que se diera "principio directamente a la ejecución del delito", es decir, que se realice un ataque directo al bien jurídico protegido, una puesta en peligro inminente de aquél. El dar principio a la ejecución directamente constituiría una condición de la punibilidad del hecho, pero no de su prohibición. Ciertamente y tal como indicábamos con anterioridad, puede que el Ordenamiento jurídico desee evitar la realización de la conducta en un momento muy anterior a la puesta en peligro inminente del bien jurídico y por esta razón la prohíba, pero hasta que dicho peligro inminente no concorra realmente no tendrá necesidad de considerarla punible a efectos de prevención general. Por ejemplo, a nadie puede importarle que el sujeto que se emborracha en su casa con intención de matar a su vecino, quede impune si se duerme en su sillón. En cambio la función de prevención general que cumple la pena reclamará el castigo para el sujeto que tras entrar en un estado de exención de responsabilidad llegue a poner en peligro inminente el bien jurídico vida humana del vecino en cuestión. De igual forma la tentativa del delito de

---

(96) *Derecho Penal*, P.G., págs. 93 ss.

asesinato sólo podrá considerarse comenzada en el caso 3 de autoría mediata en el momento en que el marido se sirve la sopa con intención de comérsela, sin que sea relevante a estos efectos que la mujer permanezca en casa o haya salido.

Este último ejemplo nos conduce a cuestionarnos si realmente es posible que el autor "de principio directamente a la ejecución del delito" sin ni siquiera saberlo, por que, por ejemplo, se ha marchado, o se encuentra en un estado de inconsciencia. Ciertamente no es posible -como hemos señalado- que el autor desconozca el momento en que infringe la norma, es decir, el momento en el que la norma pretende motivarle. Por ello si el "dar principio directamente a la ejecución del delito" se concibe como el dar principio a la realización del injusto típico, no puede hacerse depender este momento de la actuación del instrumento o del autor que actúa como un instrumento de sí mismo. Tendría que ser el mismo autor el que infrinja la norma. Pero si el "dar principio directamente a la ejecución" se concibe como una condición de punibilidad no importa que el autor no sepa realmente en qué momento va a producirse. De hecho esto sucede con frecuencia en el delito consumado, en el que el autor lleva a cabo la conducta típica y no puede determinar exactamente el momento en el que se producirá el resultado. Si A dispara contra B con la intención de matarle, le deja mortalmente herido y se marcha, la condición de punibilidad del delito consumado que constituye el resultado se producirá en un instante desconocido por el propio autor. A estas consideraciones habría que añadir que la doctrina dominante en España en torno a la frustración admite sin inconvenientes que la ejecución no está terminada hasta que el instrumento no ha realizado todos los actos de ejecución que eran necesarios para consumir el delito. De forma que si el instrumento puede practicar actos ejecutivos, también podrá "dar principio directamente a la ejecución del delito".

Esta construcción dogmática que se acaba de exponer posibilitaría el adecuar el comienzo de la tentativa en los casos que aquí se analizan a los principios generales del comienzo de ejecución, logrando la exigencia de una proximidad temporal entre la conducta que constituye un "principio de ejecución" y el resultado. Una solución en este sentido resultaría satisfactoria sobre todo en relación con los supuestos de A.L.I.C., pues ciertamente parece innecesario desde el punto de vista político-criminal el tener que castigar por tentativa de delito a quien se encuentra todavía bebiendo en su casa con la intención de ir a casa del vecino a darle muerte (97).

## V

Como hemos tenido ocasión de comprobar en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa la tentativa presenta peculiaridades propias. Y si bien no puede plantearse su comienzo estableciendo un paralelismo con los restantes supuestos delictivos, su determinación no precisa ninguna modificación en la fórmula del artículo 3, 3, pues una interpretación de la misma que tenga presente las características de estas figuras, posibilita establecer el comienzo de la tentativa en el "dar principio directamente a la ejecución" también en estos supuestos. De acuerdo con el fundamento de la punición de la tentativa que estimo correcto, considero que la tentativa deberá dar comienzo -en todo caso- cuando concorra según el plan del autor un *perigo directo* para el bien jurídico protegido. He intentado concretar más este criterio distinguiendo grupos de casos en la omisión. En la autoría mediata y en la A.L.I.C. la antijuricidad del hecho sólo puede conectarse a la última conducta del autor mediato o del autor directo en

---

(97) En verdad la A.L.I.C. dolosa tiene muy poca importancia práctica. Así también Roxin, *op. cit.*, A.D.P.C.P., 1988, pág. 26.

situación de responsabilidad. Pero si bien en este momento puede considerarse que concurre un peligro para el bien jurídico que origina la tentativa no se tratará en algunos casos de un peligro inminente. La lejanía de este peligro con respecto a la consumación posibilitaría una mayor atenuación de la pena.

Ello no obstante también sería posible considerar que la tentativa comienza en estos casos con la actividad del instrumento, para lo cual sería preciso reinterpretar el tipo de la tentativa de delito, que se describe en art. 3, 3 del Código Penal y en el precepto correspondiente de la Parte Especial, en la forma anteriormente indicada. La construcción dogmática propuesta, conseguiría evitar, la ampliación excesiva y político-criminalmente innecesaria, de la punición de la tentativa en los casos de A.L.I.C.