

SOBRE EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA

Eduardo Demetrio Crespo

<http://www.cienciaspenales.net>

# **SOBRE EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA\***

*Eduardo Demetrio Crespo\*\**

*Universidad de Castilla La-Mancha*

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **1.1 La simetría estructural entre autoría mediata y tentativa acabada.**

Como señalara en su día FARRÉ TREPAT<sup>1</sup> las consideraciones generales que puedan realizarse en torno al comienzo de la tentativa, adquieren o al menos parecen adquirir contornos diferentes en determinados grupos de casos como los delitos de omisión, la autoría mediata y la *actio libera in causa*, que conducen a plantearse si la fórmula del “dar principio directamente a la ejecución” puede también dar una respuesta satisfactoria a los mismos, o si por el contrario es preciso buscar otros criterios. Se trata, ciertamente, como advertía la autora, de una problemática muy compleja pues no sólo afecta a la teoría de la tentativa, sino también a la naturaleza misma de instituciones como la autoría mediata o la *actio libera in causa*<sup>2</sup>.

---

\* Este artículo apareció por vez primera en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba (República Argentina), Lerner, 2001, pp. 273-294. A la versión original sólo he agregado alguna referencia bibliográfica puntual. Una visión más amplia de la dogmática de la tentativa se ofrece en: DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Prólogo de José Ramón Serrano-Piedecabras, Granada, Editorial Comares, 2003.

\*\* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

<sup>1</sup> FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, y en la *actio libera in causa*», en *EPC*, XIII, 1990, p. 48.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 49.

Ahora bien, la pregunta que hemos de formularnos es precisamente por qué resulta especialmente problemática la cuestión del comienzo de la tentativa en la autoría mediata. Sobre las razones que lo explican se pronunció ROXIN en un artículo publicado en el año 1972 acerca del comienzo de la tentativa acabada<sup>3/4</sup>, y se vuelve a plantear más recientemente en Alemania a raíz del llamado «caso del veneno»<sup>5</sup>. El autor se refiere en este trabajo a una consecuencia hasta entonces inadvertida: la *Ansatz-formel* propuesta por WELZEL y acogida en el § 22 StGB sólo abarca la problemática de la tentativa inacabada. ROXIN advirtió que nadie se había cuestionado, sin embargo, lo relativo al comienzo de la tentativa acabada, debido a que la doctrina partía del presupuesto de que un comienzo de la tentativa debe concurrir en cualquier caso cuando el autor ha hecho todo lo necesario, según su representación, para consumir el delito<sup>6/7</sup>. Sin embargo, ROXIN cuestiona si esto es cierto a la luz de un caso académico propuesto por SCHIDHÄUSER en su Manual<sup>8</sup>:

A mezcla veneno con el café molido de X mientras éste está de viaje. Según la representación de A, cuando X vuelva, se preparará una taza de café y como consecuencia se producirá su muerte

---

<sup>3</sup> ROXIN, «Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten», en *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 213-233

<sup>4</sup> Cfr, además, las siguientes referencias: GÖSSEL, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», en *JR*, 1976, pp. 249-251; HERZBERG, «Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt», en *MDR*, 1973, pp. 89 -96; el mismo, «Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft», en *JS*, 1985/1, pp. 1-9; el mismo, «Nochmals: Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft», en *JuS*, 1986/11, pp. 931-932; KADEL, «Versuchbeginn bei mittelbarer Täterschaft-versuchte mittelbare Täterschaft», en *GA*, 1983, pp. 299 y ss; KRACK, «Versuchbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft», en *ZStW*, 1998/110, pp. 611 y ss; KÜPER, W, «Der Versuchbeginn bei mittelbarer Täterschaft», en *JZ*, 1983, pp. 361-372; OTTO, H, «Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten», en *JA*, 1980, pp. 641 y ss; el mismo, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», en *NJW*, 1976, pp. 578 y ss; RATH, «Grundfälle zum Unrecht des Versuchs», en *JuS*, 1998, Heft 11, pp. 1006-1013; ROXIN, «Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», en *JuS*, 1979, pp. 1-13.

<sup>5</sup> BÖSSE, «Der Beginn des beendeten Versuchs: Die Entscheidung des BGH zur "Gifffalle"», en *JA*, 1994/4, pp. 342-348; MARTIN, «Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers-Gifffalle», en *JuS*, 1998, Heft 3, pp. 273-274; ROXIN, «El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997)», trad. de Roca Agapito, en *AP*, n° 30, 1999, margs. 589 y ss; WOLTERS, «Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigen Tatmittlers», en *NJW*, 1998, Heft 9, pp. 578-580

<sup>6</sup> En este sentido, BUSCH, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 9ª ed, 1970, § 43, marg. 33 a (citado por Roxin).

<sup>7</sup> ROXIN, «Der Anfang...», *Op.cit.*, p. 213

<sup>8</sup> SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1970, 15/58, p. 490.

Si en el caso mencionado se afirmara la tentativa -aún cuando finalmente X no decida nunca volver- se estaría adelantando así la punibilidad a un momento en el que desde el punto de vista objetivo no concurre todavía peligro alguno y desde el punto de vista subjetivo todavía no existe una situación irreversible de acuerdo con un desarrollo normal de los acontecimientos. Por ello niega ROXIN que en este caso pueda afirmarse ya la existencia de una tentativa, y ello pese a haber hecho ya el autor todo lo necesario según su plan para que se produzca el resultado, siempre que el autor mantenga todavía el dominio sobre la situación (p.e si A espera tranquilamente sentado el regreso de X), lo cual no debe conducir a la conclusión de que lo que concurre es sólo un acto preparatorio porque también la tentativa inacabada mantiene el autor todavía el dominio del hecho sin que ello signifique que el resultado se presente ya necesariamente próximo<sup>9</sup>.

El problema es destacado también por JAKOBS, que le dedica un apartado independiente en su Manual, en el que subraya que el § 22 StGB regula el comienzo de la tentativa sólo para el caso en el que el autor, según su representación, al concluir la acción ejecutiva pierde la influencia sobre el suceso o no tiene que realizar más de una acción ejecutiva para la consumación -lo que él llama *ejecución del delito sin posibilidad de revocación*-, señalando que también en los delitos de mera actividad es posible la tentativa acabada (fracasada) si se ejecuta plenamente la acción en una situación inapropiada objetivamente<sup>10</sup>.

Caso: el autor de perjurio, al que se le ha tomado previamente juramento, declara datos falsos en el curso de su testimonio, después de que -sin que se cuenta el autor- se haya ordenado un breve descanso y el tribunal ya no le esté escuchando

Pues bien, JAKOBS matiza que en los casos en los delitos cuya consumación presupone un resultado (incluido el peligro concreto) independiente de la ejecución

---

<sup>9</sup> ROXIN, «Der Anfang...», *Op.cit*, p. 215.

<sup>10</sup> JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, pp. 889 y ss.

de la acción, la delimitación entre tentativa y preparación puede modificarse para el caso en que, incluso después de concluir todas las acciones que son necesarias según la representación del autor para realizar el tipo, exista aún la posibilidad de revocación por parte del autor, según la representación de éste (*delitos con posibilidad de revocación*). Por ello llega JAKOBS a la conclusión de que en estos casos la aplicación literal de la regulación del § 22 StGB sólo sería adecuada desde el punto de vista jurídico-conceptual, pero materialmente equivocada. Y ello porque la ley refiere su regulación en el supuesto básico a la comisión, mientras que el tratamiento de un proceso compuesto de comisión (acción de tentativa) y omisión (no revocación) debe llevarse a cabo también teniendo en cuenta el elemento omisivo.

Caso: Si un autor deja preparada para la víctima, cuya llegada se espera para dentro de unas horas, una bebida envenenada, dispuesta para que se la sirva la propia víctima, pero se queda en el lugar con posibilidad de intervenir, mientras que otro autor se mantiene preparado para servir una bebida envenenada a la víctima tan pronto como ésta llegue, no cabe fundamentar que haya tentativa en el primer caso (porque el autor ya lo ha hecho todo y la víctima sólo tiene que servirse), pero no en el segundo (porque todavía hay que servir a la víctima)<sup>11</sup>.

No debe perderse de vista en todo caso que el caso analizado por ROXIN es en realidad un *supuesto de autoría mediata* en el que el instrumento resulta ser la propia víctima, lo cual conduce a la idea de que entre tentativa acabada y autoría mediata existe una simetría estructural<sup>12</sup>. En ésta última los problemas surgen debido a la propia estructura típica de esta forma de autoría, que se caracteriza porque el autor (mediato) no ejecuta el tipo de propia mano, por lo que se plantea la pregunta relativa a en qué momento debe localizarse el comienzo de la tentativa ¿en la actuación del autor mediato o en la actuación del instrumento?. La doctrina mayoritaria estima que debe ser localizado en el momento de incidencia del autor mediato sobre el instrumento («solución individual»). Otro sector doctrinal entiende

---

<sup>11</sup> *Ibidem*,

<sup>12</sup> En este sentido, ALCACER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001, pp. 116-117.

que dicho comienzo no tiene lugar hasta que el instrumento da comienzo directamente a la realización del tipo («solución global»). Una tercera posición lo sitúa en uno u otro momento dependiendo de que el instrumento actúe de buena (caso equiparable a la utilización de un mecanismo automático) o mala fe (casos relativos a la utilización de un instrumento doloso no cualificado y a la actuación sin el elemento subjetivo del injusto de la tentativa). Finalmente ROXIN<sup>13</sup> entiende comenzada la tentativa en la autoría mediata, y coherentemente con un modelo del injusto típico, también en los casos de *actio libera in causa*, cuando el autor mediato ha perdido la posibilidad del dominio responsable del desarrollo posterior del hecho.

## **1.2 Teoría objetivo-formal (de la autoría), Teoría del dominio del hecho y autoría mediata**

Cuál sea la respuesta correcta a los distintos casos, como veremos con más detalle en el análisis particularizado de cada una de estas opciones doctrinales o “modelos de solución” va a depender en último término de las opciones adoptadas previamente tanto en el ámbito de la dogmática de la tentativa como en el ámbito de la dogmática de la autoría mediata<sup>14</sup>. BOLEA BARDÓN, en una reciente monografía sobre la autoría mediata, advierte que si bien la autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del tipo, dicha función resulta incompatible con un concepto primario de autor según el cual tanto la extensión como el contenido de cualquiera de las formas de autoría han de ser determinadas directamente, de forma primaria y no de forma secundaria<sup>15</sup>. Con carácter general puede afirmarse que la autoría mediata es una figura con sustantividad propia reconocida como forma de autoría en el CP

---

<sup>13</sup> ROXIN, «Der Anfang...», *Op.cit*, pp. 213 y ss, esp. pp. 227 y 230.

<sup>14</sup> En este sentido señala HERNÁNDEZ PLASENCIA que el comienzo de la tentativa en la autoría mediata presenta complicaciones «porque depende de cómo se conciba la tentativa en general, de cuándo se realizan actos de tentativa y cuándo se comienzan a ejecutar esos actos, de quién los ejecuta y, en última instancia y por encima de todo, de cuándo estamos ante un caso de autoría mediata» (Cfr: HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, p. 104)

<sup>15</sup> BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, p. 148.

español, cuya necesidad se manifiesta en todos aquellos casos en que el autor no ejecuta el hecho de forma físico-corporal, sino que en lugar de una ejecución de propia mano del tipo opta por la realización del mismo a través de un instrumento. Pueden aparecer divergencias, sin embargo, ya en la propia concepción de este último elemento de la definición, pues para un sector doctrinal ese instrumento puede ser no sólo una persona, sino también un animal o un mecanismo automático, mientras que para otros estos son casos de autoría directa pues la autoría mediata exigiría otra persona, de modo que sólo se empieza a considerar la posibilidad de admitir autoría mediata cuando se da un *mínimo de voluntad en el sujeto de delante*<sup>16</sup>.

Como explica ALCÁCER GUIRAO en una reciente monografía dedicada a la tentativa y formas de autoría, la dificultad para determinar el comienzo de ejecución típica viene dada justamente porque no es el autor quien fácticamente ejecuta los actos típicos sino que –en una contemplación naturalística del hecho– es el instrumento quien realiza los actos que supondrían normalmente el paso de la preparación a la tentativa en el caso de que toda la conducta hubiera sido realizada por un autor individual:

Caso. En el supuesto de quien entrega a la enfermera una inyección envenenada para que esta, desconociendo su cualidad lesiva, la inocule a un paciente, es la enfermera y no el médico, la que realiza los actos que podrían calificarse como un inicio inmediato de la acción típica de matar<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> BOLEA BARDÓN entiende que este mínimo de voluntad impide afirmar que el hombre de atrás controla el curso causal de la misma forma que lo haría de propia mano, pero permite atribuirle el *dominio del peligro*, ya sea de forma exclusiva (autoría mediata en sentido estricto), ya sea de forma compartida (autor tras el autor). Para esta autora el empleo de otra persona cuya voluntad queda completamente anulada remite también a la autoría inmediata individual o unipersonal, sin que sea necesario acudir a la autoría mediata pues la persona de delante es equiparable a una fuerza inanimada (*Ibidem*, p. 149).

<sup>17</sup> Para ALCÁCER en este caso estamos, pues, ante una acción de tentativa acabada del autor del delito, pues el médico ha realizado todo lo necesario para la realización del delito, con la única diferencia respecto a la tentativa acabada en autoría directa de que mientras que en ésta última la realización se lleva a cabo mediante un instrumento mecánico, en la autoría mediata ese instrumento es un ser humano (ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit.*, p. 120).

El problema es saber, como ya destacábamos al principio, si la fórmula del principio de ejecución establecida en el artículo 16 CP es válida para resolver este grupo de casos, o si hay que acudir a un tratamiento diferente. Una primera hipótesis de trabajo sería la de que el artículo 16 CP no puede aplicarse directamente a la autoría mediata y ello porque, dado que esta última viene caracterizada por la coexistencia de dos sujetos que realizan dos acciones distintas no puede determinarse con carácter previo a cuál de ellas ha de remitirse la fórmula del principio de ejecución: si dijéramos que a la del autor mediato podría argüirse que él no ejecuta el tipo, si dijéramos que al instrumento, podría argüirse que él no es el autor del delito<sup>18</sup>.

Otra hipótesis argumentativa sería negar el problema diciendo simplemente, desde una concepción objetivo-formal de la autoría, que el autor mediato sencillamente sí ejecuta el tipo<sup>19</sup>. La teoría objetivo-formal de la autoría se caracteriza por definir al autor como aquel sujeto que ejecuta total o parcialmente la acción descrita en los tipos de la parte especial<sup>20</sup>, criterio que servirá además para establecer la distinción entre preparación y tentativa, pues la conducta de quien tan sólo realiza actos preparatorios abocará todo lo más en una complicidad<sup>21</sup>. Según esta argumentación la no-ejecución de acciones pertenecientes al tipo impide efectivamente fundamentar la autoría, aunque quepa la posibilidad de que la acción sea calificada como una forma de participación<sup>22</sup>.

Ha sido precisamente ROXIN (la máxima autoridad científica, como es sabido, en materia de autoría tras la publicación de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* de la

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>19</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA menciona en este sentido a BELING, que se apoyaba en el lenguaje común como base para la configuración de los tipos penales; a FRANK que apoyándose en la teoría de la prohibición de regreso estimó que ésta no entraba en juego cuando el último actuante lo hace de forma no dolosa o no culpablemente al no constituir su actuación causa del resultado (HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *Op.cit.*, pp. 23-24).

<sup>20</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, p. 411.

<sup>21</sup> Sobre estos aspectos Cfr, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 24 y ss.

<sup>22</sup> En este sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *Op.cit.*, p. 23.



que ya se han publicado siete ediciones en Alemania<sup>23</sup>), quien más ventajas ha visto en esta teoría considerándola una precursora de la teoría del dominio del hecho pues contempla al autor precisamente como el sujeto que de propia mano dirige el acontecer del hecho, considerando autor de un hecho doloso (en una época en la que nadie contemplaba el dolo como parte del tipo) al que realizaba finalmente la acción típica<sup>24</sup>. Sin embargo la teoría objetivo-formal ha sido objeto de críticas importantes como su indefinición (o indeterminación), pero sobre todo su incapacidad para explicar tanto la autoría mediata como la coautoría<sup>25</sup>. En concreto la crítica relativa a que esta teoría no explica la autoría mediata ha sido decisiva en el abandono de la misma tanto en Alemania como en España. En nuestro país, con todo, se ha desarrollado otra versión de la misma, según la cual la incompatibilidad entre un concepto restrictivo de autor y la autoría mediata desaparecería si la realización del tipo no se identifica equivocadamente con la ejecución física (directa y corporal) del mismo.

Esta última vía ha sido desarrollada significativamente por GIMBERNAT ORDEIG y RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>26</sup>. La peculiaridad del pensamiento de GIMBERNAT radica en que para él autor en sentido estricto sólo puede ser aquel cuya conducta es subsumible en el tipo de la parte especial, tarea perteneciente a la Parte Especial del Derecho Penal. Para este autor en los delitos de resultado es posible con relativa facilidad subsumir directamente en el tipo la conducta del autor mediato, pero resulta más complicado en los delitos de actividad tipificada<sup>27</sup>. Se pretende resolver, pues, por esta vía, el problema presentado en la autoría mediata, pues lo relevante es la conducta del autor mediato sea subsumible en el tipo. Por su parte, para RODRÍGUEZ MOURULLO autor en sentido estricto es quien realiza antijurídica y

---

<sup>23</sup> ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ª ed alemana del 2000 de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, *passim*.

<sup>24</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *Op.cit*, p. 442.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 464 y ss.

<sup>26</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, *Op.cit*, pp. 215 y ss; y RODRÍGUEZ MORURULLO, "El autor mediato en Derecho penal español", en *ADP*, 1969, pp. 461-487, esp.p. 476; también en, CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Arts. 1-22)*, Barcelona, 1972, p. 802.

<sup>27</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, *Op.cit*, pp. 219 y ss.

culpablemente por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento del hecho punible descrito en una figura delictiva, por lo que el concepto restrictivo de autor debe apoyarse en la realización del tipo y no en la ejecución física (directo-corporal)<sup>28</sup>. Estos desarrollos de la teoría objetivo-formal, sin embargo, no resuelven el problema pues, como ha puesto de relieve HERNÁNDEZ PLASENCIA, refiriéndose a la “teoría de la subsunción en el tipo” de GIMBERNAT, ésta, si bien parte de un presupuesto correcto como es la imposibilidad de considerar autor de un delito a un sujeto si su conducta no es subsumible en un tipo penal, no aporta más ventajas que la teoría objetivo-formal pues nos dice qué hay que hacer pero no cómo hacerlo<sup>29</sup>. Además la debilidad de la misma se manifiesta también cuando el autor se enfrenta a los delitos con modalidades delimitadas de acción, pues una reconducción de los mismos a la inducción o a la cooperación necesaria quedaría vedada por el principio de accesoriadad limitada de la participación en conductas en la que el instrumento no ha actuado típica y antijurídicamente<sup>30</sup>.

Por estas razones hay que convenir, con un amplio sector doctrinal, que la teoría que mejor permite establecer un *fundamento unitario de la autoría* para todas sus formas es la del *dominio del hecho*<sup>31</sup>: mientras que en la autoría directa es el agente el autor en cuanto posee el dominio de su propia acción, en la autoría mediata puede considerarse autor al sujeto de atrás aunque no ejecute por sí mismo el tipo y ello en virtud del dominio sobre la voluntad del instrumento. Esta forma de dominio sobre el hecho punible, que da lugar a la autoría mediata, no es incompatible, sin embargo, con la autoría directa, sino que en un mismo acontecimiento típico pueden presentarse simultáneamente un dominio de la acción y un dominio de la voluntad<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, Op.cit*, pp. 802 y ss.

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *Op.cit*, p. 27.

<sup>30</sup> En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit*, p. 132.

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA entiende que el dominio del hecho responde a un reflejo de la teoría final de la acción, puesto que autor finalista era para WELZEL aquel que es señor sobre su decisión y la ejecución, es decir, señor sobre «su» hecho; en el que el contenido ético-social del hecho resulta decisivo para determinar el objeto del dominio del hecho (HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *Op.cit*, pp. 30 y ss).

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 40.

Esto obliga a una distinción entre ejecución material y realización típica cuya validez debe ser examinada a la luz de la regulación sobre la tentativa en nuestro CP. La mencionada distinción podría resultar contradictoria con la regulación que de la tentativa hace el artículo 16 CP al exigir un principio de ejecución del delito, pues desde el punto de vista puramente gramatical, el autor mediato no ejecuta el delito. Sin embargo tiene razón ALCÁCER GUIRAO al advertir que hay razones sistemáticas y teleológicas para admitir otra exégesis de dicho precepto<sup>33</sup>. Una de ellas es la de que parece razonable llevar a cabo una interpretación conjunta del artículo 16 CP, con el art. 28 CP, y el art. 11 CP; de la que cabría extraer que el término «ejecución» del delito debe interpretarse como «realización» del delito pues de lo contrario no sería ya posible una tentativa de un delito omisivo, pues, quien omite no ejecuta nada.

De todos modos, aún interpretando la regulación de la tentativa de esta forma, puede afirmarse que legislativamente no se ha resuelto el problema del comienzo de la tentativa en la autoría mediata pues tanto podría afirmarse que puesto que lo relevante es la conducta del autor mediato es en ésta en la que debe localizarse dicho comienzo, como que, dado que el autor mediato posee el dominio sobre la decisión de la ejecución delictiva, la actividad del instrumento puede imputarse al autor mediato como propia y de esta forma considerar comenzada la tentativa con la actividad del instrumento<sup>34</sup>. Es por ello necesario profundizar en los modelos básicos de solución propuestos por la doctrina al objeto de argumentar con mayor profundidad nuestra opción a favor de la teoría del dominio del hecho.

FARRÉ TREPAT propone partir en el análisis del tema de estos tres casos propuestos por la doctrina alemana<sup>35</sup>, que serán utilizados también aquí como referencia:

---

<sup>33</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit.*, p. 137.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>35</sup> FARRÉ TREPAT, "Sobre el comienzo...", *Op.cit.*, p. 66.

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.

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.

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

## 2. MODELOS DE SOLUCIÓN

### 2.1 Introducción

La doctrina ha planteado frente al problema de la tentativa en la autoría mediata básicamente dos modelos de solución: la llamada *solución individual*, que atiende exclusivamente a la acción del autor mediato; y la llamada *solución global*, que atiende a la acción global compuesta por la acción de influencia, en conexión con los aportes dejados al intermediario. Estos son, como señalan MAURACH / ZIPPF / GÖSSEL, los dos modelos básicos los cuales se presentan en numerosas variaciones que conducen a soluciones diferentes, en especial en la determinación del comienzo de la tentativa y de su desistimiento<sup>36</sup>. Explican estos autores que para la delimitación entre preparación y tentativa en esta materia se han adoptado todas las posiciones imaginables entre la solución individual y la solución global<sup>37</sup>: a) para BAUMANN existe tentativa cuando el hombre de atrás ejerce o intenta ejercer influjo sobre el instrumento ejecutor del hecho; b) una versión modificada fue defendida por BUSCH que sólo equipara al instrumento mecánico al intermediario de buena fe, mientras que si el instrumento es doloso el comienzo de la tentativa se ve en el comienzo de la realización típica por el intermediario; c) una posición mayoritaria

---

<sup>36</sup> MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal. Parte General 2*, (Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho), trad. de la 7ª edición alemana de Bofia Genzsch, Buenos Aires, 1995, p. 357.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 358-359.

reconoce la solución individual, pero incluyendo en la misma puntos de vista propios de la delimitación entre tentativa e inacabada, de modo que si con carácter general existe tentativa cuando el autor efectúa, según su representación, todo lo necesario para la producción del resultado típico, ello seguirá siendo así en la autoría mediata en cuanto el acontecer haya salido de las manos del hombre de atrás sin consideración de la buena o mala fe del intermediario (RUDOLPHI, ROXIN, LACKNER, HERZBERG).

## 2.2 Solución «individual» o del autor mediato

### 2.2.1 Exposición

Como su propio nombre indica esta opción doctrinal entiende que el comienzo de la tentativa debe tener lugar con la conducta del autor mediato: más concretamente con la incidencia del autor mediato sobre el instrumento (*Einwirkungslehre*). Esta primera versión de la solución del autor mediato resultaba aplicable p. e en el caso 2, pero no en los casos 1 y 3 en los que no hay incidencia alguna del autor mediato sobre el instrumento<sup>38</sup>. Este inconveniente se resuelve en otra versión de este modelo de solución según la cual el instrumento (sea de buena o mala fe) se compara con un mecanismo automático, porque se entiende que el autor mediato, al término de su actividad, ha puesto en marcha una cadena causal de la misma manera que quien dispara un arma o coloca una bomba ya programada para que explote en un determinado período de tiempo. Lo decisivo es pues que el autor pierda de sus manos el proceso causal que conduce a la consumación del delito, siendo pues con la práctica de la última actividad cuando el autor “da principio directamente a la ejecución del tipo”<sup>39</sup>. Por ello afirma KÜPER que a la solución individual subyace un entendimiento de la realización delictiva que parte de dos premisas. La primera es el significado esencial que adquiere la puesta en marcha del instrumento que ejecuta el hecho como acción típica en la autoría

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>39</sup> En este sentido, Cfr: SCHILLING, *Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, Köln-München, 1975, pp. 100 y ss; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho penal, Op.cit*, p. 362

mediata, basada en una concepción estrictamente “no accesoria” de la actuación de éste último: el “hombre de delante” sirve al “hombre de atrás” para la consecución de la realización delictiva sin que se vea la necesidad de imputar a éste último la actuación de aquél de modo *quasi* accesorio. En segundo lugar, y como consecuencia, la actuación del instrumento es vista como mero proceso causal, que, en cualquier caso, pertenecerá al injusto cometido por el autor mediato en la medida en que pueda dominar controladamente sus consecuencias<sup>40</sup>.

La única vía argumentativa que nos parece aceptable en un Derecho penal democrático para fundamentar una solución de este tipo es la del peligro que de la conducta deriva para el bien jurídico, así como la necesidad de que el mensaje prescriptivo de la norma pueda todavía ser eficaz, pues aquella que entiende que el fundamento radica en que con dicha actuación el autor mediato ha manifestado plenamente su voluntad hostil al Derecho es contraria a mi entender a las exigencias constitucionales del principio de lesividad. Desde este punto de partida estima FARRÉ TREPAT, no obstante, que hay casos de autoría mediata en que en la conducta del autor mediato todavía no concurre un peligro inminente de producción del resultado (ni en el tiempo ni en el espacio) cabría afirmar, atendiendo exclusivamente al factor de lejanía con respecto al resultado, que nos encontramos más frente a conductas de preparación que de ejecución, por lo que, a su juicio, la idea de peligro inminente tendría que ser rechazada del concepto de tentativa por quienes trasladan su comienzo a la última actividad del autor mediato. Esto no regiría sin embargo, según su concepción, en aquellos casos 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 bien jurídico protegido, lo que tendrá lugar 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<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> KÜPER, W, «Der Versuchbeginn...», *Op.cit*, pp. 368-369.

<sup>41</sup> FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo...», *Op.cit*, pp. 73 y ss.

Sin embargo, dadas las dificultades que presenta la llamada solución global – a las que luego aludiremos- y teniendo en cuenta que también se aceptan supuestos de autoría directa en los que no concurre todavía un peligro inminente de producción del resultado y pese a ello la tentativa se estima comenzada (p.e suministro de la primera dosis de veneno por quien pretende envenenar a otra persona mediante pequeñas dosis de veneno hasta conseguir su muerte), la autora termina concluyendo que la antijuridicidad del delito intentado debe conectarse a la última actividad del autor mediato) “que es el último momento de que dispone para infringir la norma de prohibición” (¡sólo el autor y no el instrumento puede infringir la norma prohibitiva!)<sup>42</sup>. En cualquier caso para FARRÉ TREPAT la menor proximidad del peligro influirá, no obstante, en la pena aplicable, al entender que la proximidad del peligro que crea la conducta constituye un factor a tener presente para determinar la peligrosidad global de la misma y su contenido de antijuridicidad material<sup>43</sup>. Por ello esta penalista sugiere la posibilidad de construir el tipo penal de la tentativa añadiendo al injusto (que sólo podría conectarse a la última actividad del autor mediato o del autor en situación de responsabilidad penal (en los supuestos de alic), una condición objetiva de punibilidad consistente en la puesta en peligro inminente del bien jurídico protegido. No se cuestionaría así –señala la autora- la prohibición manifestada en la voluntad del Derecho de evitar un hecho y la posibilidad de evitarlo a través del envío de normas de motivación, sino solamente la corrección político-criminal de su punición<sup>44</sup>.

### **2.1.2 Valoración crítica**

HERNÁNDEZ PLASENCIA se pregunta si esta solución consistente en situar el comienzo de la tentativa en la autoría mediata en el momento en el que el hombre de atrás despliega su influencia sobre el instrumento, es recomendable y defendible a la luz de la regulación de la tentativa y resulta congruente con los principios de

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 81-82.

legalidad y mínima intervención<sup>45</sup>. Ciertamente este es el punto clave de la discusión y la principal crítica que puede dirigirse frente a la llamada «solución individual»: en aras de una mayor eficacia preventiva se acabaría adelantando en exceso el comienzo de la tentativa sacrificando las exigencias de principios como el de mínima intervención y el de lesividad. En este sentido cree KÜPER que frente a la solución global (de la que nos ocupamos a continuación) por él defendida no existen tanto objeciones dogmático-sistemáticas como político-criminales relativas a los fines de la pena puesto que los representantes de la solución individual -que parten de la llamada "*Aus-der-Hand-Geben Formel*"- entienden que no sería político-criminalmente aceptable que quedara impune la conducta de quien ya ha hecho todo de su parte para la realización delictiva y sin embargo el instrumento no llega a actuar, y ello por motivos de prevención general y especial. Frente a este argumento arguye KÜPER que le parece cuestionable que en virtud de unas necesidades político-criminales más o menos plausibles se deban modificar las estructuras dogmático-sistemáticas de la autoría mediata, por lo que entiende que no es posible sólo por necesidades de punición sostener un modelo de autoría mediata que a su juicio no sólo es equivocado sino además insostenible para el delito consumado (pues el autor alude a que la consecución del resultado dependería de un factor aleatorio como es la actuación o no actuación del instrumento)<sup>46</sup>.

Ciertamente no le faltan buenas razones a KÜPER y en general a los autores que han denunciado que con la solución individual puede llegar a adelantarse en exceso el comienzo de punición de la tentativa, lo que se demostraría en casos en los cuales el instrumento debe todavía realizar ciertos actos preparatorios antes de que la ejecución delictiva sea inminente, y que ello no puede justificarse en virtud de necesidades político-criminales de punición. Estas consecuencias insatisfactorias quieren ser evitadas por FARRÉ TREPAT, como vimos, mediante el recurso a una condición objetiva de punibilidad consistente en la puesta en peligro inminente del bien jurídico, lo cual no deja de ser una solución hasta cierto punto insatisfactoria.

---

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *Op.cit*, p. 105.

<sup>46</sup> KÜPER, W, «Der Versuchbeginn...», *Op.cit*, p. 371.



En ese sentido ha señalado ALCÁCER GUIRAO, en una crítica a la postura de FARRÉ TREPAT, que con ello se relega a mero requisito objetivo de punibilidad aquello que determina el comienzo de lo penalmente relevante, trastocando los presupuestos materiales que definen una concepción del injusto penal fundada en el peligro al bien jurídico y no meramente en la vulneración formal de la norma<sup>47</sup>. En último término, advierte ALCÁCER GUIRAO, “considerar el dar principio a la ejecución como una condición objetiva de punibilidad, adelantando el comienzo de lo prohibido a un momento anterior, supone considerar contrarios a Derecho la totalidad de los actos preparatorios”. Por otro lado estima este autor que si el peligro para el bien jurídico es el criterio esencial del merecimiento de pena, el grado de peligro necesario para castigar la conducta tendrá que ser el mismo que el necesario para considerar la conducta como contraria a Derecho<sup>48</sup>. Por último rechaza igualmente ALCÁCER la argumentación de que una vez finalizada la acción del autor mediato la norma no puede seguir motivando al sujeto al haber hecho todo lo necesario para producir el resultado, matizándola en el sentido de que “la norma puede seguir motivando perfectamente al sujeto una vez acabada su contribución *activa*, porque el autor, dado que controla el foco de riesgo por él iniciado, puede todavía intervenir para impedir la continuación de ese proceso lesivo”<sup>49</sup>. La crítica de este autor a la concepción de FARRÉ TREPAT nos parece, sin embargo, excesiva y puede que incluso contradictoria porque, por un lado, la acusa de no respetar los presupuestos de un concepto de injusto basado en el peligro al bien jurídico (siendo así que la autora deja bien claro que éste es precisamente su punto de partida), y por otro, prescindiendo ahora de la sólo “posible” corrección de la crítica acerca del recurso a la “condición objetiva de punibilidad”, de limitar en demasía la punición de la tentativa de autoría mediata frustrando lo necesario desde el punto de vista preventivo-general<sup>50</sup> (lo cual no parece correcto toda vez que la autora asume justamente el modelo de solución individual o del autor mediato, que satisface ampliamente las exigencias preventivas).

---

<sup>47</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit.*, p. 147.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 148.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 149.

## 2.2 Solución «global» o del instrumento

### 2.2.1 Exposición

Desde esta posición se afirma que la actuación del instrumento no puede entenderse como un “ciego proceso causal” comparable a un mecanismo automático o un animal, sino que se trata de un comportamiento específicamente humano dirigido por la voluntad. Se alega desde esta perspectiva que la especificidad propia de esta modalidad de ejecución delictiva debe ser caracterizada normativamente: al hombre de atrás le es imputado el comportamiento del hombre de delante “como si” él personalmente hubiera actuado en virtud de su dominio del hecho ejercido a través del instrumento<sup>51/52</sup>. Este modelo de solución entiende, pues, de acuerdo con estos planteamientos, que la tentativa comienza cuando el instrumento da comienzo directamente a la ejecución del tipo. Atendiendo a los casos propuestos más arriba para el análisis 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 con su escopeta hacia los matorrales a punto de disparar y en el caso 3 cuando el marido fuera a tomar la sopa que él mismo se ha servido<sup>53</sup>.

### 2.2.2 Valoración crítica

No resulta difícil “adivinar” que si al modelo de la solución global le era achacable su tendencia a maximizar la función preventiva adelantando en exceso el comienzo de la tentativa, el modelo de la solución global ahora examinado resulta criticable por lo contrario, es decir, por retrasar excesivamente dicho comienzo

---

<sup>51</sup> KÜPER, W, «Der Versuchbeginn...», *Op.cit*, p. 369.

<sup>52</sup> En el mismo sentido también: KADEL, «Versuchbeginn ...», *Op.cit*, p. 308; KRACK, «Versuchbeginn bei Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft», en *ZStW*, 1998/110, p. 629; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, 4ª ed, Köln.Berlin.Bonn.München, 2000, 12/105.

<sup>53</sup> FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo...», *Op.cit*, p. 68.

sacrificando la función preventiva que el Derecho Penal debe cumplir<sup>54</sup>. Ello se debe a que, como ya ha sido señalado, de acuerdo con este modelo de solución, la conducta del autor mediato en la que, aún habiendo hecho todo lo necesario para la realización delictiva, el instrumento no llega a actuar, habría de quedar impune<sup>55</sup>. Como señala FARRÉ TREPAT existen casos en los que la conducta del autor mediato crea ya un peligro inminente para el bien jurídico, y otros en los que, pese a no ser esto es así su impunidad resultaría injustificable (¿no se comprende que la autor tenga que quedar impune si ningún vecino llega a conectar el interruptor y la instalación explosiva ha sido descubierta!)<sup>56</sup>.

Pero además existe otra objeción de peso frente al modelo de la solución global expuesto en su día por ROXIN y es que según esta teoría puede estarse afirmando que la tentativa da comienzo en algunos supuestos sin que el autor tenga siquiera conocimiento de ello, por no estar presente o hallarse inconsciente<sup>57</sup> (p.e en el caso 3 si la mujer se va a dormir después de preparar la sopa, y entretanto regresa del trabajo su marido<sup>58</sup>). Esto resultaría contrario a la exigencia de que la tentativa esté dirigida por un dolo actual de realización del resultado y daría lugar a que el comienzo de la tentativa se hiciera depender de casualidades, contradiciendo

---

<sup>54</sup> ROXIN, «Tatenschluß...», *Op.cit*, p. 10.

<sup>55</sup> ALCÁ CER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit*, p. 158; FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo...», *Op.cit*, pp. 75-76.

<sup>56</sup> FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo...», *Op.cit*, p. 76.

<sup>57</sup> Expresamente dice ROXIN con relación a los casos de alic lo siguiente: «Pero sí hay que seguir manteniendo con énfasis que existe tentativa acabada cuando un responsable pone en marcha un curso causal y pierde su dirección, al traspasarlo a otra persona que actúa sin culpabilidad o sin dolo y que es la que, en definitiva, tiene que llegar al resultado. En tales casos, el autor ha pasado “la prueba de fuego de la situación crítica” (Bockelmann) y realizado todo lo que por su parte era necesario para producir el resultado. La ley *no* atiende a la inmediata puesta en peligro de la víctima, ni *tampoco* al actuar del intermediario, sino sólo al “comenzar a” que realiza el autor; pero éste no puede comenzar más que cuando el suceso ha salido claramente de su esfera de influencia. También el dolo y la culpabilidad, que tienen que estar presentes en el momento de la tentativa, sólo pueden referirse al momento en que el autor todavía actúa. Si, por ejemplo, tras “traspasar” el asunto al intermediario que actúa sin capacidad de culpabilidad o sin dolo, se echa a dormir, nada impide que, si todo transcurre conforme a lo previsto, pueda ser castigado por delito doloso. Si se mantiene otra opinión ¿cómo puede explicarse que alguien que está durmiendo comience dolosamente (i) a ejecutar un hecho?» (ROXIN, «Observaciones sobre la actio libera in causa», trad. de Muñoz Conde, en *ADPCP*, 1988, pp. 21-37, esp. p. 30)..

<sup>58</sup> FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo...», *Op.cit*, p. 76.

además la exigencia legal de que sea el autor y no un tercero (que puede ser la propia víctima) quien inicie inmediatamente el tipo<sup>59</sup>.

Por otro lado estima ROXIN que aunque evidentemente existen diferencias materiales entre los supuestos en los que el mediador es equivalente a un ciego instrumento mecánico equiparable a un perro al que se azuza para morder a otro y aquellos en los que el mediador, pese a su incapacidad, puede omitir la ejecución, esto no cambia el que en estos tres casos haya que tratar por el mismo rasoero el comienzo de la tentativa con los criterios normativos decisivos: «Si se afirma como algo indiscutible el dominio del hecho tanto en el empleo de un instrumento “mecánico” como en el de un mediador que actúa sin culpabilidad o sin dolo, “hay que admitir la equivalencia normativa ya conocida de las formas de dominio del hecho también para la descripción del comienzo de la tentativa por encima incluso de diferencias puramente fácticas”»<sup>60</sup>. En el mismo sentido se pronuncia HERZBERG, que entiende que no existe razones para dar relevancia normativa a estas diferencias fácticas pues no puede resultar convincente que el caso de utilización de mecanismos automáticos se haga comenzar la tentativa en un determinado momento (p.e el del abandono del lugar en el caso de quien prepara un dispositivo explosivo para que estalle horas más tarde) y haya que esperar a uno posterior en el caso de un instrumento humano (p.e el momento en el que el niño se dispone a apretar el detonador en el caso de que el autor mediato haya pensado servirse de un niño mediante engaños para que apriete el detonador), con la consecuencia de que de ser descubierta la bomba antes de su explosión existiera tentativa de asesinato en el primer caso, pero no en el segundo<sup>61</sup>. Esta crítica puede tal vez resultar todavía más convincente si se piensa, como señalan WESSELS/BEULKE, que la propuesta de delimitación entre preparación y tentativa de la solución global en realidad implica trasladar a la autoría mediata un modelo pensado para la coautoría, que no respeta por ello la peculiaridad propia de la autoría mediata en la que, a diferencia de aquélla, no existe comisión conjunta alguna y tampoco una resolución delictiva

---

<sup>59</sup> ROXIN, «Tatentschluß...», *Op.cit.*, p. 10.

<sup>60</sup> ROXIN, «Observaciones...», *Op.cit.*, p. 31.

<sup>61</sup> HERZBERG, «Der Anfang...», *Op.cit.*, pp. 3-4.

común. Por esta razón señalan estos autores que del hecho de que la actuación del instrumento le sea imputada al hombre de atrás como propia no se deduce necesariamente que éste último no traspase la barrera de la tentativa en un momento anterior<sup>62</sup>.

## 2.3 Solución de Roxin

### 2.3.1 Exposición

La posición de ROXIN, si bien puede ser considerada una “variante” de la solución individual o del autor mediato, representa de alguna manera un punto intermedio entre la solución del autor mediato *sensu stricto* y la solución global. La diferencia con el modelo del autor mediato en sentido estricto consiste, como ya se matizó más arriba, en que el modelo de Roxin sitúa el comienzo de la tentativa al término de la actividad del autor mediato cuando existe ya un peligro inmediato para el bien jurídico, pero al mismo tiempo, permite situarlo en un momento posterior si todavía no existe en ese momento un peligro directo. ROXIN afirma que «aún cuando ha hecho todo lo necesario por su parte para la consumación del delito se mueve todavía en el marco de la preparación impune en tanto en cuanto: *primero*, el objeto de la acción no esté todavía en peligro inminente, y *segundo*, el suceso permanezca en el ámbito de dominio de quien actúa y pueda ser parado en cualquier momento»<sup>63</sup>. Para ROXIN el comienzo de la tentativa en la autoría mediata viene dada por dos criterios alternativos: que el bien jurídico sea puesto inmediatamente en peligro según los criterios desarrollados para la tentativa inacabada o que el autor abandone el dominio del suceso que según su plan debería llevar al resultado, pues si el acontecimiento permanece en el ámbito de dominio del

---

<sup>62</sup> A su juicio el estadio de desarrollo del “hecho total” y la aportación al hecho que debe realizar el mediador adquiere solamente significado para la pregunta acerca de si desde la perspectiva del hombre de atrás concurre ya un concreto peligro para el bien jurídico protegido y si por consiguiente se ha cumplido el requisito de inmediatez exigido por el § 22 (WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihre Aufbau*, 28ª ed, 1998, marg. 614, p. 186).

<sup>63</sup> ROXIN, «Der Anfang...», *Op.cit*, pp. 218-219; el mismo, «Tatentschluß...», *Op.cit*, p. 10; el mismo, «El comienzo...», *Op.cit*, p. 594.

autor y puede ser detenido por él en cualquier momento todavía no cabe afirmar dicho comienzo.

En el caso de la mujer que deja preparada una limonada envenenada a su marido sobre la mesa de la cocina que éste se la tome, como hace cada día, cuando vuelva del trabajo, y se queda esperando hasta que éste vuelva, la tentativa no comenzaría hasta que el marido se sienta en la mesa y se disponga a beber; pero si la mujer abandona el dominio del hecho en un momento anterior porque p.e se va de la vivienda tras dejar preparada la bebida, la tentativa comenzará en un momento anterior a la existencia de un peligro inmediato<sup>64</sup>.

A esto habría que añadir que para ROXIN en el caso de la utilización de un instrumento no culpable la tentativa comienza con la incidencia sobre el instrumento y termina cuando sale del propio ámbito de dominio, por lo que paralelamente en los casos de *actio libera in causa*, la tentativa comienza al colocarse la propia persona en situación de incapacidad de culpabilidad (el autor se hace instrumento irresponsable de sí mismo y desde el momento en que se produce la incapacidad de culpabilidad pierde el curso causal posterior)<sup>65/66/67</sup>.

---

<sup>64</sup> ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit*, p. 164.

<sup>65</sup> ROXIN, «Observaciones...», *Op.cit*, p.28.

<sup>66</sup> Sobre la figura jurídica *actio libera in causa*, en la doctrina alemana, Vid: : FAHNENSCHMIDT/KLUMPE, «Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*?», 1997, pp. 77-81; HERZBERG, «Gedanken zur *actio libera in causa*: Straffreie Deliktsvorbereitung als "Begehung der Tat" (§§ 16, 20, 34 StGB)?», en *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, 1992, pp. 203-236; HETTINGER, *Die "actio libera in causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?. Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin, Duncker&Humblot, 1988; el mismo, «Zur Strafbarkeit der «fahrlässigen *actio libera in causa*»», en *GA*, 1989, pp. 1-19; el mismo, «"Die *actio libera in causa*": eine unendliche Geschichte?. Eine Kritik neuer Begründungsversuche», en *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friederich Geerds zum 70. Geburtstag*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1995, pp. 623-654; el mismo, «*Actio libera in causa*», en SCHNARR/HENNIG/HETTINGER, *Alcohol als Strafmilderungsgrund, Vollrausch, Actio libera in causa*, Band 1, Baden-Baden, 2001, pp. 193 y ss; HIRSCH, «Alkoholdelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland», Beiheft *ZStW* (1981), pp. 2-38; «Anmerkung z. Beschluß des BGH v. 19.2.1997-3StR 632/96», en *JR*, 1997, Heft 9, pp. 391-393; «Anmerkung z. BGH, Urt. v. 22.8.1996-4 StR 217/96; BGH, Beschl. v. 19.2.1997-3 StR 632/96», en *NStZ*, 1997, Heft 5, pp. 230-232; «Sobre la *actio libera in causa*», trad. de Demetrio Crespo, en HIRSCH, *Obras Completas, Tomo I*, Buenos Aires, 1999, pp. 173-191; HORN, «*Actio libera in causa* -eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?», en *GA*, 1969, pp. 289-306; el mismo, «Der Anfang vom Ende der *actio libera in causa*», en *StV* 5/1997, pp. 264-266; HRUSCHKA, «Der Begriff der *actio libera in causa* und die Begründung ihrer Strafbarkeit-BGHSt 21, 381», en *JuS* 1968, Heft 12, pp. 554-559; el mismo, «Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art.12 SchwStrGB»,

### 2.3.2 Valoración crítica

SchwZStr 90, 1974, pp. 48-77; el mismo, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed, Berlin.New York, 1988, pp. 37 y ss; el mismo, «Probleme der actio libera in causa heute», en *JZ* 7/1989, pp. 310-316; el mismo, «Die actio libera in causa - speziell bei § 20 StGB mit zwei Vorschlägen für die Gesetzgebung», en *JZ*, 2/1996, pp. 64-72; el mismo, «Die actio libera in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten. Zur neuesten Rechtsprechung des BGH», en *JZ*, 1/1997, pp. 22-27; JAKOBS, «Die sogenannte actio libera in causa», en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp 105-121; JEROUSCHEK, «Die Rechtsfigur der actio libera in causa: Allgemeines Zurechnungsprinzip oder verfassungswidrige Strafbarkeitskonstruktion?», en *JuS*, 1997, Heft 5, pp. 385-389; el mismo, «Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 241-258; el mismo, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker&Humblot, 1996, pp. 445-448; KRAUSE, «Probleme der actio libera in causa», en *Jura*, 1980, pp. 169-175; KÜPER, «Aspekte der «actio libera in causa». Ein Dialog», en *Festschrift für Heinz Lefrenz z. 70 Geburtstag. Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht*, Heidelberg, 1983, pp. 573-592; MAURACH, «Fragen der actio libera in causa», en *JuS*, 1961, pp. 373-382; NEUMANN, «Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa», en *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 581-593; «Anmerkung (actio libera in causa bei Straßenverkehrsdelikten)», en *StV* 1/1997, pp. 21-25; OTTO, «Actio libera in causa», en *Jura*, 1986, pp. 426-434; PAEFFGEN, «Actio libera in causa und § 323 a StGB», en *ZStW* 97 (1985) Heft 3, pp. 513-541; PUPPE «Grundzüge der actio libera in causa», en *JuS*, 1980, Heft 5, pp. 346-350; ROXIN, «Observaciones sobre la actio libera in causa», en *ADPCP*, 1988, pp. 21-37 (Trad. de F. Muñoz Conde) [Original alemán: «Bemerkungen zur actio libera in causa», en *Festschrift für K. Lackner*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1987, pp. 307-323]; SCHLÜCHTER, «Zur vorsätzlichen actio libera in causa», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, 1999, pp. 345-362; SCHMIDHÄUSER, *Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1992; SPENDEL, «Actio libera in causa und Verkehrsstraftaten», en *JR*, Heft 4, 1997, pp. 133-137; el mismo, «Actio libera in causa und kein Ende», en *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1999, pp. 379-390; STRENG, «Der neue Streit um die “actio libera in causa”», en *JZ*, 14/1994, pp. 709-714; WOLFF, «Das Ende der actio libera in causa», en *NJW*, 1997, pp. 2032-20

<sup>67</sup> Sobre la figura jurídica actio libera in causa, en la doctrina española, Vid: ALONSO ÁLAMO, «La acción «libera in causa», 1989, pp. 55-107; DEMETRIO CRESPO, «La actio libera in causa: ¿una excepción a las exigencias de la culpabilidad por el hecho?», en ARROYO ZAPATERO / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dts.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Vol. I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2001, pp. 993-1012. También en: *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Bogotá (Colombia), Abril-Junio 2003, pp. 5-30; DÍAZ PITA, *Actio libera in causa, culpabilidad y Estado de Derecho*, Valencia, 2002; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa” en Derecho Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Barcelona, 1992; la misma, «Actio libera in causa y delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: una nueva orientación en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo» en *LL*, 1994-1, pp. 1097-1109; MUÑAGORRI LAGUIA, «Sobre la presencia de la «actio libera in causa» en el art. 8.1 del Código Penal», en *ADPCP*, 1991, pp. 414-460; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Síndrome de abstinencia y actio libera in causa (Comentario a la STS 3 enero 1988)», en *PJ*, 1989, pp. 129-143; ROMÁN PINA-FUSTER, *Embriaguez, alcoholismo y Derecho Penal*, Barcelona, 2000, pp. 91 y ss; SILVA SÁNCHEZ, «La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (Una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial)», en *LL*, 22 enero 1988, pp. 1-4.

La concepción de ROXIN se ha convertido en la actualmente dominante precisamente por lograr una “solución de compromiso” político-criminalmente correcta que no adelanta en exceso el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, pero que tampoco lo retrasa de modo inadmisibles. También es la solución que me parece personalmente más correcta. Sin embargo, también ha sido objeto de algunas críticas basadas sobre todo en supuestas incongruencias dogmáticas<sup>68</sup>: a) el criterio de la pérdida del dominio del hecho es más una imagen un concepto con un contenido fijo; b) resulta contradictorio afirmar que el dominio del hecho fundamenta la autoría mediata y al mismo tiempo que la tentativa comienza con la pérdida del dominio del hecho; c) el criterio del dominio del hecho es incompatible con la exigencia de inmediatez del § 22 StGB pues no supone siempre un «*jetzt geht's los*» ni tampoco la existencia de un peligro inmediato; d) incurre en una confusión entre la realización comisiva y omisiva.

Como señala ALCÁCER GUIRAO ninguna de estas críticas resultan convincentes. Este autor esgrime, frente a las objeciones anteriores, los siguientes argumentos<sup>69</sup>: a) lo que se necesita en el ámbito de la autoría mediata es justamente es un criterio plástico, una imagen, que sirva para analizar grupos de casos (Gimbernat); b) una cosa es el dominio del hecho como requisito de la autoría (fundado con la incidencia efectiva directa sobre el instrumento) y otra el control actual sobre la actividad peligrosa de dicho instrumento cuya pérdida fundamenta la tentativa (el abandono del control sobre el riesgo) (Herzberg); c) el problema de la autoría mediata consiste precisamente en si la regulación general de la tentativa pensada para los supuestos de tentativa inacabada en autoría directa son aplicables y en qué forma en este ámbito por lo que la exigencia de la inmediatez funcional entre la acción de tentativa y la conducta propiamente típica puede ser un criterio de que se corresponda materialmente los presupuestos de dicha regulación; d) por último, autores como Roxin, Jakobs, o Herzberg, entienden que dentro del ámbito de

---

<sup>68</sup> Sobre ello, Cfr: ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa...*, *Op.cit*, pp. 169 y ss.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. 170-172.



dominio propio no existen diferencias relevantes entre actuar y omitir, de modo que la fase omisiva podría entenderse como parte integrante de la acción del autor.