

Nº 211
Año LXX
Enero-Junio 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

LA TENTATIVA INIDONEA EN LOS DELITOS DE OMISION PROPIOS EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL

GERMAN LUIS OVALLE MADRID*
Abogado

I. ASPECTOS ESENCIALES DE LA TENTATIVA INIDONEA

En una primera aproximación, podría afirmarse que la noción de “inidoneidad” dice relación con la característica propia de las acciones u omisiones que no son aptas para producir el resultado a que se dirigen. Desde una perspectiva del Derecho Penal, el problema reside en que para un sector doctrinal todas las tentativas son inidóneas y para otro, las tentativas por definición deben ser idóneas, sirviéndose del concepto de delito imposible como asociativo de las tentativas inidóneas¹. Así, también se ha resaltado que el desacuerdo conceptual

* Lic. Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Master en Derecho Penal y Cs. Penales, Universidad de Barcelona y Universitat Pompeu Fabra, Doctor en Derecho Penal Universidad de Barcelona.

¹ Respecto a los orígenes del concepto de tentativa, véase Esteban Sola Reche, La llamada “tentativa inidónea” de delito, Comares, Granada, 1996, pp. 8 y ss., quien sostiene que “algunos supuestos comúnmente enmarcados en la figura de la tentativa inidónea ya eran considerados por el Derecho Romano, aunque no eran integrados bajo una categoría común, y su resolución tampoco ofreció un planteamiento sistemático. El Derecho Romano carecía de un concepto de tentativa, de modo que esas referencias consideran casos concretos asimilados al delito cuya consumación pretendía. Aún así, es acervo de aquel período la acotación de un sector comprendido entre la simple voluntad delictiva no punible, y la punible manifestación de voluntad por actos que no llegan a producir el resultado [...] Pero, [...] el nacimiento de la cuestión sobre la punibilidad de la tentativa inidónea se produce en 1804, con la aparición de la obra de Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes [...], y en su formulación de principios para castigar la tentativa, aparecida en la 4ª edición de su Lehrbuch en 1808, en la que señala que una acción exteriorizada, intencionadamente dirigida a la producción del delito consumado es, por sí sola, una infracción, y será punible si 1. no se produce la consumación debido únicamente a impedimentos externos y no al libre desistimiento del autor, y 2. la acción misma es objetivamente peligrosa conforme a sus condiciones externas en relación causal con el delito propuesto. R. Maurach, K.-H. Gössel y H.

viene dado por una confusión entre los distintos planos –conceptual, valorativo y legal– que confluyen en el debate².

En el antiguo Código Penal se dividían las opiniones al momento de decidir la punibilidad de la tentativa inidónea. Para algunos, y quienes constituían la opinión dominante, consideraban que era punible no sólo la tentativa relativamente, sino también la absolutamente inidónea por inidoneidad de los medios o inexistencia del objeto³, quedando impune sólo la tentativa supersuicida o irreal.

Quizás el origen de ésta controversia suscitada en España puede atribuirse a una circunstancia muy determinada y es el intento de acomodar el margen de punición defendido a la desgraciada redacción del antiguo artículo 52.2 CP que establecía una definición de la tentativa inidónea de “casos de imposibilidad de

Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, 7ª ed., traducido por Jorge Bofill Genzsch, § 40, IV, 137, para quienes “tradicionalmente se describen como tentativas inidóneas aquellas que bajo ninguna circunstancia pueden conducir a la consumación del delito (es opinión general; cfr., Vogler, LK, § 22, n° 133; Schönke-Schröder-Eser, § 22, n° 60; Lackner, § 22, nota 2b, y Jakobs, 25/36) y ello debido a que los elementos típicos que el autor se ha representado en el marco de su dolo no se encuentran presentes, razón por la cual se distingue también la tentativa sobre un objeto inidóneo, con medios inidóneos y, finalmente, la tentativa de parte de un sujeto inidóneo”; Rafael Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 148 y ss.; Para Marcelo A. Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito de Jakobs*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 49, la “expresión ‘tentativa inidónea’ pretende denominar a la tentativa que justamente según un juicio objetivo se puede juzgar de antemano como seguramente ineficaz”.

² Respecto al problema terminológico que encierra la tentativa, frustración y sus diferentes acepciones y categorías relacionadas, véase a este respecto, Esteban Sola Reche, *La llamada “tentativa inidónea” de delito*, Comares, Granada, 1996, pp. 11 y ss. El mismo, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 348 y ss.; Rafael Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 8 y ss. Para este autor hay un sector doctrinal encabezado por Santiago Mir Puig, en *Función de la pena en un estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Bosch, 1982, p. 64, nota 95 y *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 13/81, que parte de la peligrosidad ex ante como fundamento de punición; sin embargo, la cuestión relativa a la inidoneidad de la conducta es analizada desde una perspectiva ex post. A dicha clasificación se opone otro sector doctrinal encabezado por José Cerezo Mir en *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 1994, pp. 393 ss., especialmente nota 150 y siguiéndole, su discípulo Gracia Martín en *Anuario Penal*, 1994, pp. 351-354, afirmando la identidad del empleo de los conceptos de idoneidad y peligrosidad: tentativa idónea será toda acción que resulte peligrosa, tanto de una perspectiva ex ante como de una perspectiva ex post, todo ello basado en un fundamento subjetivo de punición cuya consecuencia es que la tentativa inidónea (ex ante) es, por tanto, también punible. Cfr. también, José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, p. 449, nota 140, quien sostiene que ex post toda tentativa resulta inidónea, ya que a ésta le falta todo peligro ex ante, y sólo queda en ella la voluntad de consumar el delito.

³ Cfr. José Cerezo Mir, “La regulación del ‘Iter Criminis’ y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 1, 1998, p. 20, quien agrega que la opinión minoritaria “consideraba que era sólo punible la tentativa relativamente inidónea, pues únicamente en ella podía apreciarse un principio de ejecución del delito, exigido en la definición del artículo 3º”.

ejecución o de producción del delito", el que amenazaba el carácter objetivo⁴ de la tentativa del artículo 3 CP⁵, lo que llevó a la doctrina a desvincular la "tentativa inidónea" de la "tentativa", considerándolo en un título autónomo de imputación, como si se tratara de una figura *sui generis*.

⁴ Con el fin de salvar la evidente contradicción en los principios que entraña concebir objetivamente la tentativa (artículo 3º), y al mismo tiempo considerar punible el delito imposible, se han propuesto algunas interpretaciones doctrinales que tienden a unificar el campo de aplicación de ambas figuras. La unificación se ha ensayado en dos direcciones. Por un lado, tomando como punto de salida el artículo 3º se trató de entender en sentido objetivante el párrafo 2º del artículo 52. Por otro, partiendo del propio artículo 52, párrafo segundo, se pretendió atribuir un significado subjetivamente al artículo 3º. Sobre el tema, véase Gonzalo Rodríguez Mourullo, "Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal español" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, pp. 369-374.

⁵ Elena Farré Trepas, *La tentativa de delito*, Bosch, 1986, pp. 49 y ss., para quien "el art. 3.3 constituye una causa de extensión de la tipicidad, conformando conjuntamente con los preceptos de la PE, tipicidades distintas del delito consumado"; Esteban Sola Reche, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Comares, 1996, pp. 222 ss. Respecto a los fundamentos de esta larga disputa doctrinal véase, ampliamente, Rafael Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 13 y ss. Este autor concluye que no debe asumirse una distinta naturaleza prejurídica entre la tentativa idónea y la inidónea, más allá de lo que el legislador y la doctrina pretendan otorgarles; diferencia que, en todo caso, será valorativa, y en absoluto ontológica (así también, véase Enrique Bacigalupo Zapater, *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 198). La tentativa inidónea, en suma, no es más que un caso particular de la más amplia noción de tentativa, por lo que la discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa inidónea no podrá deslindarse del fundamento de punición de la tentativa en general. Otra cuestión distinta, que asimismo se debe dilucidar, es si la justificación de la punición ha de ser la misma para ambas figuras. Véase, a este respecto, también Günther Jakobs, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. y ss., para quien la tentativa no es sino un "defecto cognitivo" por medio del cual el autor supone erróneamente que su comportamiento generará determinadas consecuencias típicas y éstas luego no se producen. Llama la atención este autor a la circunstancia que la pena de un hecho imprudente, por regla general, es muy inferior a la de un hecho doloso y, sin embargo, la pena de la tentativa está cerca de la pena de la consumación dolosa, para luego preguntarse: "¿De dónde viene esa diferencia, si imprudencia y tentativa son ambas supuestos de error?" Frente a dicha interrogante, este autor responde "que tanto el autor imprudente como el autor de una tentativa sólo producen un esbozo incompleto de la realidad, y en ese sentido, ninguno de los dos comportamientos es determinante; pero las conclusiones que cabe sacar de ellos son distintas, ya que el autor imprudente demuestra que cuando no se tiene cuidado, se lesiona a los demás y también a uno mismo, mientras que el autor de la tentativa enseña que hay que tener más cuidado si se quiere delinquir con éxito. Correspondientemente, se invierte el significado de la densidad del error: la ignorancia inevitable de las consecuencias producidas ya ni siquiera es imprudencia, es totalmente impune; pero en cuanto mayor es el nivel de evitabilidad, más se aproxima la culpabilidad a la máxima expresión que alcanza en los supuestos de indiferencia. Por el contrario, en el caso del autor de la tentativa, la ignorancia inevitable de la idoneidad del comportamiento para producir el resultado lleva al comportamiento cerca de la consumación, mientras que el error fácilmente evitable conduce al hecho más bien cerca del ridículo; correspondientemente, la ley conoce una atenuación extraordinaria para los casos de burda incomprensión del autor (§ 23 párr. 3 StGB)". Por su parte, el § 23 StGB, párr. 3 prescribe que: "Punibilidad de la tentativa... (3) Si el autor desconocía, por burda incomprensión, que la tentativa, según la naturaleza del objeto, del hecho o de los medios con los que el hecho iba a ser cometido, en ningún caso podía conducir a la consumación, el tribunal podrá no imponer pena alguna o atenuarla a su prudente arbitrio".

En el Código Penal español de 1995 se mantiene, con carácter general, el principio de impunidad de los actos preparatorios, que corresponde a una manifestación del Derecho Penal liberal. Es precisamente a partir del concepto de tentativa, en el artículo 16, por medio del cual se deduce dicha impunidad, al establecer que "hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores..." Sin perjuicio de lo anterior, en el Código Penal actual se castigan la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, tal como se dispone en el artículo 17, pero ya no de un modo general, sino sólo en los casos establecidos en la ley⁶.

Otra de las grandes novedades introducidas en el Código Penal de 1995 es precisamente la impunidad de la tentativa inidónea o imposible, lo que hace por la vía de definir el tipo de tentativa en su artículo 16, a partir de una teoría objetiva de ésta, excluyendo todos los supuestos de tentativas que no sean idóneas: "Practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado". Esta norma exige la peligrosidad de la acción, en un juicio *ex ante* ("que objetivamente deberían producir el resultado"; "atendiendo al peligro inherente al intento", artículo 62). *Ex post* toda tentativa es inidónea⁷.

Probablemente toda la controversia sobre los fundamentos de la punición de la tentativa inidónea⁸ se agudiza respecto a los delitos de omisión propios en

⁶ Cfr. José Cerezo Mir, "La regulación del 'Iter Criminis' y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 1, 1998, p. 13.

⁷ José Cerezo Mir, "La regulación del 'Iter Criminis' y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 1, 1998, pp. 20-21.

⁸ Sumariamente, las teorías construidas a través del tiempo para fundamentar la punición de la tentativa inidónea son las siguientes: a) Basadas en la voluntad contraria a derecho: Aquí se encuentran las teorías subjetivas clásicas de Franz von Liszt (*Lehrbuch*, 1881) y V. Buri (*GS* 32, 1880), que dejan atrás el objetivismo de Feuerbach, por medio de considerar que como toda tentativa es inidónea puesto que no ha producido el resultado, la parte objetiva del hecho no puede tener ninguna relevancia en cuanto a la decisión de la antijuridicidad de la conducta, en términos que su fundamento sólo puede serlo la voluntad manifestada rebelde "a la autoridad de la ley". A fin de moderar las consecuencias de las doctrinas subjetivas, finalistas (Welzel) y finalistas extremas (Armin Kaufmann y Zielinski) que incorporaban al ámbito de lo punible las tentativas supersticiosas e irreales, se construyeron las teorías de la idoneidad del plan del autor (Kohler), del error ontológico y nomológico (Finger, Dohna y Frank) y de la causalidad putativa (Struensee); b) Basadas en la peligrosidad del autor: Así, no es la amenaza del hecho para el bien jurídico concreto sino el sujeto como fuente de peligro potencial para otros bienes jurídicos. Al respecto, la frase de V. Liszt: "No el hecho sino el autor debe ser penado"; c) Basadas en el peligro de la acción para el bien jurídico: Se trata de la manifestación liberal de la separación entre derecho y moral a que adhería Feuerbach, para quien la determinación de la punición no estaba en la intención delictiva del autor sino en el carácter lesivo de la acción para los derechos subjetivos de los demás individuos. De estas bases se han construido las teorías formales de la falta de tipo y aquellas que exigen juicios *ex ante* y *ex post* o que la consideran como un delito de peligro abstracto; d) Basadas en el quebrantamiento de la vigencia del ordenamiento jurídico: En esta línea se encuentran las teorías de la impresión que muden la alteración del sentimiento de seguridad que en la sociedad se produce cuando se toma en consideración

tanto manifiestan un menor contenido de injusto que los delitos de comisión⁹. La razón de lo anterior radica en que el contenido de injusto está directamente vinculado a la calificación del desvalor de acción antes señalado, entendiendo como tal la creación de un peligro típicamente desvalorado, peligro que reside en el pronóstico sobre la posibilidad de producción de un resultado¹⁰, y en el caso de esta clase de delitos, el riesgo ya está in curso, y lo que se espera del sujeto activo, por excepción, es que despliegue una conducta interruptora o salvadora.

II. ASPECTOS ESENCIALES DE LA TENTATIVA INIDONEA EN LOS DELITOS DE OMISION PROPIOS

En general, hay "tentativa inidónea" o "delito imposible", cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado¹¹. Según Mir Puig: "Aunque ex

que el resultado se habría producido en otras circunstancias (V. Bar y Horn). Se trata de la teoría dominante hoy en Alemania (Roxin). Por su parte, otra línea doctrinal (Sax) recurre a una idea "espiritualizada" del bien jurídico y como tal no debe reducirse únicamente a su substrato material, sino que ha de entenderse como un "valor abstracto", un "estado ideal", lo que conlleva a la punición de la tentativa inidónea por la vía de que dicha conducta pone de manifiesto un desprecio de la vigencia del bien jurídico que el autor cree lesionar. Finalmente, se erigen las teorías de la expresión que, por medio de las posiciones de Jakobs y, moderadamente, de Kindhäuser, explican la punición de la tentativa inidónea a partir de considerarla como "conducta expresiva del quebrantamiento de la norma": e) Basadas en la lesión de bienes jurídicos: Se propone recuperar el fin genérico de protección propio del Derecho Penal, de bienes jurídicos, lo que se traduce en la configuración del injusto mayoritariamente aceptada en el desvalor de acción y el desvalor del resultado, entendiendo por el primero en forma esencialmente objetiva, como creación (dolosa e imprudente), desde una perspectiva ex ante, de un peligro para el bien jurídico y, por otra parte, entendiendo al segundo como la producción de la lesión del bien jurídico imputable a la creación desvalorada del riesgo. Mediante estos presupuestos y considerando el fin de protección de la vigencia de la norma como medio para la protección de los bienes jurídicos, sólo será punible la tentativa inidónea con la creación de un peligro ex ante. Cfr. Elena Farré Trepal, *La tentativa de delito*, Bosch, 1986, pp. 5 ss.; Rafael Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 17 ss.; R. Maurach, K.-H. Gössel y H. Zipf, *Derecho Penal, Parte General*, Astrea, 7ª ed., traducción de Jorge Bofia Genzsch, § 40, I, 26-44 y 40 IV, 140, para quienes "la punibilidad de la tentativa inidónea halla su justificación en la teoría de la impresión..."

⁹ Así, de acuerdo al artículo 62 CP: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado".

¹⁰ Por todos, véase a este respecto la obra de J. M. Paredes Casteñón, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, 1995, pp. 193 y ss.

¹¹ También se incluyen aquí los supuestos en los que el objeto de la acción previsto por el autor no se encuentra en el lugar del hecho o, contra lo esperado, se mantiene alejado del mismo (inidoneidad del medio). Al respecto, véase, a Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal PG*, 4ª ed., Comares, Granada, pp. 480 y ss.; cfr. También Santiago Mir Puig, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 346 y ss.; véase, a este respecto, STS 10 de marzo de 1993: acerca de la corriente doctrinal española que sostiene que en el caso de inidoneidad del sujeto activo no concurre tentativa inidónea, sino delito putativo, véase, a este respecto, C. Sáinz de Robles, "Sobre la tentativa del sujeto inidóneo",

post toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumir el delito, pueden distinguirse entonces (ex post), una vez que se conocen las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Sólo éstas constituyen tentativa inidónea¹².

Así, la apariencia de idoneidad ex ante implica, por otra parte, la realidad de la peligrosidad estadística del hecho. Según un sector de la doctrina, se trataría de un peligro abstracto, a diferencia del peligro concreto que concurre en la tentativa idónea¹³. En consecuencia, para este sector doctrinal, la fundamentación

en Libro Homenaje a Beristain, 1989, pp. 621 y ss.; Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Comares, Granada, pp. 579 y ss.; acerca de la imputación objetiva en la tentativa inidónea y en la determinación alternativa, véase, a este respecto, Jürgen Wolter, "Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la aberratio ictus", en Bernd Schünemann (compilador), El sistema moderno del Derecho Penal: Cuestiones fundamentales, Tecnos, 1991, p. 132, quien señala que "la cuestión de la burda falta de entendimiento en la tentativa inidónea debe responderse de forma estrictamente objetiva por el juez, dado que el dolo del autor se ha agotado en su error sobre la idoneidad"; respecto al concepto de acción y omisión en Derecho Penal, véase Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, 2ª ed., traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, 2000, pp. 235 y ss. y G. Marinucci, El delito como "acción", M. Pons, 1998, esp. pp. 171 y ss.; véase, a este respecto, Hans Welzel, Derecho Penal alemán, traducido por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 244, quien sostiene que la llamada tentativa de omisión "es concebible sólo como tentativa inidónea (fallida)... En realidad se trata de la omisión de la tentativa de ejecutar la acción mandada. En los delitos de omisión propios se pena sólo raramente esta llamada tentativa, p. ej., en el § 347 StGB 41 § 41 inc. Wehrstg.

¹² Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Barcelona, 1998, pp. 346 y ss. Como fundamento de la punición de la tentativa inidónea, cuestión que mantiene dividida a la doctrina española, este autor sostiene que adhiere a una perspectiva objetiva, que cree necesaria en el derecho penal preventivo que impone un Estado social y democrático de derecho. Así, sostiene que "un tal derecho debe penar comportamientos que ex ante, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa ex ante en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera no podido concurrir en ella la idoneidad y producirse por su virtud el delito". Cfr. el mismo autor en Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, 2ª ed., Bosch, 1982, p. 69. El mismo, respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal de 1995, véase su monografía, "Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal", en Problemas específicos de la aplicación del Código Penal, Manuales de Formación Continuada Nº 4, 1999, Consejo General del Poder Judicial, p. 42, quien sostiene a favor de su punición que "la incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la conminación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la idónea". En contra, José Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, p. 449, nota 140, quien sostiene que ex post toda tentativa resulta inidónea, ya que a ésta le falta todo peligro ex ante, y sólo queda en ella la voluntad de consumir el delito; Diego Manuel Luzón Peña, Curso de Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Universitat, 1999, p. 457, a propósito de "los supuestos error inverso o al revés, en los casos en que el sujeto cree erróneamente concurrente la cualidad en el objeto o la persona afectados por la conducta que daría lugar al tipo más grave, hay una tentativa imposible o inidónea".

¹³ Cfr. Francisco Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, Bosch, 1994 pp. 118-119 y nota 250, quien sostiene que las tentativas inidóneas deben ser castigadas porque, si bien no ponen en peligro

que proponen les permite incluir a la tentativa inidónea en la definición del actual Código Penal¹⁴, ya que los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado exigido por la norma, deben entenderse en el sentido de intersubjetividad que supone el criterio del hombre medio situado ex ante, no pudiendo llegar a exigirse una objetiva y concreta aptitud ex post, porque la tentativa se castiga precisamente en la medida en que no se ha producido la consumación y ex post se ha demostrado, por tanto, en alguna medida insuficiente. De esta manera concluyen que el límite entre la tentativa inidónea y la denominada tentativa irreal se verifica cuando para un espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación¹⁵.

efectivo el bien jurídico que aparentemente agreden, sí que ponen en peligro "efectivo" otros bienes jurídicos que, a su juicio, legitiman su sanción. Dichos otros bienes jurídicos que se ponen en peligro de forma idónea son, ante todo, la "libertad" y "seguridad" de las personas. Agrega que coincide con Cerezo Mir en que la idoneidad o inidoneidad de una acción debe juzgarse ex ante –el juez juzgará ex post ipso situándose ex ante ipso–, pero no puede sino negar que el ejemplo dado (el de quien dispara sobre una cama en la que erróneamente cree que duerme su enemigo, confundiéndole con un bulto que éste ha preparado cuidadosamente para engañarle) sea de tentativa idónea conforme a un tal juicio –en contra de la que afirma J. Cerezo Mir–. Cita a este autor en Curso de Derecho Penal español. Parte General I (Introducción. Teoría jurídica del delito/I), 3ª ed. (1985), p. 366 (not. 139); en contra de distinguir ex ante entre idoneidad e inidoneidad de la tentativa. Finalmente, refiere a si el espectador normativo, situado en la posición del autor, también hubiera estimado la conducta como peligrosa –pese a serlo objetivamente–, hablaremos de error de "tipo objetivo" "inverso" "invencible" –máxima apariencia de peligro–, lo cual conducirá, a su juicio, inequívocamente, a una responsabilidad conforme a las reglas del delito imposible –tentativa inidónea– (art. 52, 2º del CP). Para Rafael Alcácer Guirao, La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, Comares, Granada, 2000, pp. 148 y ss.: "La tentativa puede definirse, genéricamente, como la realización de una acción tras la que no se produce el resultado perseguido por el autor. A sensu contrario, puede afirmarse que las acciones que hayan producido el resultado perseguido por el autor no pueden concebirse como tentativas: 'La tentativa es conceptualmente una acción no consumada', se afirma, por lo que 'una acción consumada no puede constituir un delito intentado'". Cita al respecto a Grafzu Dohna, Güterbock-FG, p. 48.

¹⁴ Dicha norma dispone que "hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor". Por su parte, la norma del artículo 3º del CP anterior, vigente desde 1822, disponía que el delito intentado tiene lugar cuando "el culpable da principio a la ejecución directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".

¹⁵ Por todos, véase, a este respecto, Hans Heinrich Jescheck, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Comares, Granada, pp. 480 y ss., quien señala que "existe una tentativa inidónea cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación en las circunstancias dadas, sea por razones fácticas, sea por razones jurídicas". Véase, a este respecto, también, Gonzalo Rodríguez Mourullo, "Delito imposible y tentativa en el Código Penal español", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1971, pp. 381 y ss., quien sostiene que "existe delito imposible si la acción, que tiende a la realización de un tipo penal, no puede por razones objetivo-reales o jurídicas alcanzar la consumación [...] En definitiva, en la tentativa inidónea acepta erróneamente la existencia de una ausente característica objetiva del tipo. Error al revés sobre el tipo (umgekehrter Tatbestandsirrtum)".

Ante todo, cabe resaltar que la tentativa, en cuanto delito imperfecto, representa un menor injusto con relación al delito consumado, ya que, aunque la voluntad del hecho apunte a la consumación, el tipo legal no se ha completado, sino que únicamente se le ha dado principio¹⁶.

La problemática que encierra la tentativa inidónea en los delitos de omisión propios viene dada por la dificultad de reconocer la producción de la lesión o peligro concreto para el bien jurídico en los delitos de mera actividad, formalmente equiparables a los delitos de omisión propios, en cuanto a la estructura del tipo¹⁷. En los delitos de mera actividad la consumación se produce con la realización de la conducta prohibida. Aparentemente tendría que suponer la consumación inmediata, y lógicamente la imposibilidad de seccionar una fase de tentativa¹⁸.

Básicamente, la premisa de "omitir equivale a consumir" es la que ha servido para desechar la posibilidad de tentativa en los delitos de mera actividad, considerando infraccionable la acción. Así, la tentativa de omisión resulta inimaginable, ya que no se puede establecer una realización graduable en fases ejecutivas diferenciadas¹⁹. El fundamento de los autores que sostienen aquello proviene de la observación de una distinta morfología de la norma infringida en los delitos de omisión. Si el comportamiento típico es comisivo, se infringe una prohibición y si es omisivo, un mandato. Y "el mandato se cumple o no se cumple, pero no se puede decir que no se empezó a cumplir o que se frustró al cumplirlo, no hay omisión tentada o en grado de frustración, es conceptualmente imposible"²⁰.

Otro sector doctrinal, partiendo de otra premisa acerca de cuándo se estima consumado el delito, llega a una conclusión distinta. Así, si se localiza el momento consumativo en el primer instante en el que el autor tuvo la oportunidad de cumplir el mandato, sin duda no es imaginable la tentativa. Pero si se estima que la consumación del delito propio de omisión se produce en el momento en que

¹⁶ Cfr. Sergio Politoff Lifschitz, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 106 y ss., quien agrega que "no es bastante, pues, la voluntad que apunta a la realización de una parte de la acción típica mediante hechos directos". Respecto a la denominación delito imperfecto, véase Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Buenos Aires, 1985, pp. 390 y ss.

¹⁷ Santiago Mir Puig, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pp. 215-218 y 324-325.

¹⁸ José Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Madrid 1986, p. 444, quien entiende que no se puede apreciar la tentativa de aquellos delitos "en que no existe resultado, o si se quiere, el resultado coincide con la acción del sujeto, como en las injurias o amenazas verbales".

¹⁹ En contra, véase Elena Farré Trepas, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa", en *Estudios Penales y Criminológicos* XIII, 1990, p. 50 con nota 16.

²⁰ Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1994, p. 280.

el sujeto deja pasar la última oportunidad de realizar la acción debida, si se cuenta con un "espacio de tiempo para la realización de la acción", el retraso de la acción ordenada podría ser constitutivo de tentativa (idónea). Pero entonces la tentativa de omisión se presenta como el desistimiento de la misma, lo cual, debido a su intromisión en el concepto mismo de tentativa –como en algún caso se ha interpretado que ocurría en el párrafo tercero del art. 3 del Código Penal de 1973–, podría significar la inexistencia de ésta o, cuando menos, su impunidad²¹.

De cualquier manera, hace bastante tiempo el interés por la tentativa inidónea en los delitos de omisión propia²² no goza del interés que sobre esto mismo tiene en los delitos de omisión impropia. La razón de lo anterior radica en que la primera se castiga raramente, sin perjuicio de lo cual no reduce su interés, aun cuando meramente dogmático. Los ejemplos no son muy variados, pero ya Welzel proponía el caso de un preso que, "contra lo esperado por el guardián inactivo", es impedido de escapar por otro guardián (el actualmente derogado § 347 del Código Penal alemán)²³.

III. COMIENZO DE LA TENTATIVA INIDONEA EN LOS DELITOS DE OMISION PROPIOS²⁴

Ya Feuerbach advertía que "hay un crimen omisivo (del. omissionis, por oposición al delict. comissionis), siempre que una persona tiene un derecho a la exteriorización efectiva de nuestra actividad"²⁵. Y es que no existe una actividad que obligue la ley o el contrato si no es efectiva, es decir, útil²⁶.

²¹ Esteban Sola Reche, La llamada "tentativa inidónea" de delito, Comares, Granada, 1996, pp. 159-164.

²² Para Jesús María Silva Sánchez, El delito de omisión, concepto y sistema, Bosch, Barcelona, 1996, p. 158: "La omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada ex ante como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico (concepto material). Bases del juicio de imputación son, pues, la conducta efectiva del sujeto y la pretensión, típicamente establecida, del bien jurídico de recibir una protección positiva y no sólo negativa".

²³ Véase, a este respecto, Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische darstellung, 9ª ed., Berlin, 1965, pp. 567 y ss., citado por Sergio Politoff Lifschitz, Los actos preparatorios del delito tentativo y frustración, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 200, quien agrega que "siguiendo las disquisiciones 'ontológicas' de Armin Kaufmann, se trataría aquí, según Welzel, no de una 'tentativa de omisión', sino de una 'omisión de tentativa' de llevar a cabo la acción debida".

²⁴ Véase, a este respecto, ampliamente, Elena Farré Trepas, La tentativa de delito, Bosch, 1986, pp. 137 y ss.

²⁵ Paul Von Feuerbach, Tratado de Derecho Penal, 14ª ed., traducida al castellano por Enrique Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66.

²⁶ Paul von Feuerbach, Tratado de Derecho Penal, 14ª ed., traducida al castellano por Enrique Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 66, quien advierte "que siempre la omisión surge de una obligación originaria del ciudadano, el crimen omisivo siempre presupone un especial fundamento jurídico (ley o contrato), que da base a la obligatoriedad de la comisión. Sin esto no puede haber ningún crimen por omisión".

Así, conectando con el denominado "Poder final del hecho para el cumplimiento del mandato", ya Welzel advertía que "de acuerdo a la concepción tradicional, aunque raramente tratada y aun más raramente revisada, es necesario el conocimiento (la conciencia) del omitente de su poder de hecho para la ejecución de la acción omitida (el llamado "dolo" de omisión en analogía al dolo de hecho)"²⁷.

Lo anterior conlleva a aceptar como principio para la punición de los delitos de omisión, la posibilidad real-física de llevar a efecto la acción mandada. El plan de acción proyectado tiene que ser realizable o posible²⁸. Aquél será el fin de la tentativa y el principio de la consumación.

Puesto que todo retraso de la acción ordenada representa ya la consumación del hecho, en los delitos propios de omisión sólo resulta imaginable la tentativa en la forma de tentativa inidónea²⁹. Para arribar a esta conclusión debemos

²⁷ Hans Welzel, *Derecho Penal alemán* (traducido por Juan Bustos y Sergio Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 244, quien agrega que "por ello ha de bastar, que habiendo conocimiento de la situación de la cual se desprende el deber de actuar, al omitente le haya sido reconocible el camino para la realización de la acción mandada (capacidad de planeamiento). Por ejemplo, tiene que poder reconocer cómo puede efectuar una denuncia oportuna o prestar una ayuda eficaz".

²⁸ Véase, a este respecto, Eduardo Novoa Monreal, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 81, quien sostiene que "las segundas de esas situaciones pueden verse afectadas por la no realización de movimientos corporales humanos aptos para corregirlas..."; Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de F. Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, pp. 257-258, quien señala que "la discusión habida en los últimos años en la ciencia alemana del Derecho Penal, en torno al problema de si la omisión en general puede considerarse como un comportamiento jurídico penalmente relevante -el omitente no ha puesto en marcha el desgraciado proceso causal y, sin embargo, responde como si fuera causante-, se ha apagado, una vez que en el § 13 StGB se regula expresamente la punibilidad del omitente, cuando se dan determinados presupuestos limitadores: el proceso que desemboca en la producción de un resultado lesivo debe ser 'dominable' por la persona que permanece inactiva...". Acerca de la posibilidad del juicio hipotético necesario en los delitos de omisión propios de resultado, véase Jesús María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 399 y ss., quien señala que "sólo respecto de procesos interpretables, esto es, susceptibles de una atribución de sentido (conductas humanas conscientes y voluntarias), puede predicarse la existencia de un injusto penalmente típico". Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares, Granada, pp. 580 y ss., quien agrega que "son escasos los preceptos penales en los que también se penaliza la tentativa de un delito propio de omisión". Respecto al término "posible", cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XL, Fascículo III, 1987, p. 589, nota 23.

²⁹ Así, véase Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares Granada, pp. 580 y ss., quien sostiene que "en la omisión de posibles delitos (§ 138) es imaginable asimismo tentativa idónea, ya que aquí hay un espacio de tiempo para la realización de la acción, el cual empieza con la primera posibilidad de la denuncia y concluye con la posibilidad última de presentarla a tiempo. Sin embargo, sólo cabe apreciar un "dar comienzo inmediato" cuando el autor por omisión deja transcurrir, sin aprovecharla, la mejor oportunidad para tener éxito, como, por ejemplo, la posibilidad de una comunicación segura, escrita u oral, a la autoridad, mientras que luego sólo le resta la posibilidad de avisar telefónicamente a la persona en peligro o impedir el delito (§ 139 iv 1). El inactivo debe, ciertamente, estar decidido a no actuar tampoco después, lo que será fácil de probar".

considerar los delitos de omisión propios como delitos de mera actividad³⁰.

Como ya se esbozó, en los delitos de omisión pura se ha negado mayoritariamente la posibilidad de tentativa idónea³¹, si bien existen también autores que la aceptan³². 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 terceros³³. Tal como apunta Farré Trepát, 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 artículo 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

³⁰ Sobre los delitos de mera actividad, véase Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª ed., traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña y otros, Civitas, 2000, pp. 328 y ss., quien los conceptúa como "aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella". Véase también, José Antón Oneca, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1986, p. 411; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado*, Tomo III, p. 435; Gonzalo Rodríguez Mourullo, *La omisión de socorro en el Código Penal*, 1966, pp. 276 y ss.; Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal español. Parte General*, 1984, p. 322; Joan Queralt Jiménez, *Derecho Penal español. Parte Especial, Volumen I*, 1986, p. 175, en relación con el delito de omisión del deber de socorro; Rodríguez Ramos, *Compendio. Parte General*, p. 243, quien estima que la frustración es inviable y la tentativa "no es fácil de admitir" en estos supuestos. Véase también, R. Maurach, K.-H. Gössel y H. Zipf, *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, 7ª ed., traducido por Jorge Bofill Genzsch, § 46, VI, 278, para quienes "la acción típica de los delitos de resultado debe encontrarse necesariamente descrita como actividad actuante, de manera tal que los delitos de omisión propios jamás pueden ser realizados como delitos de resultado (doctrina dominante)". En contra, Elena Farré Trepát, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa", en *Estudios Penales y Criminológicos XIII*, 1990, pp. 54 y ss., para quien en los delitos de omisión propio, "considerados como la contrapartida de los delitos de mera actividad, deberá excluirse la posibilidad de una frustración idónea".

³¹ Santiago Mir Puig, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal. Parte General de Jescheck*, V. II, p. 884; Francisco Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, 1984, p. 193, si bien "en la práctica no se castiga", y José Manuel Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, 1984, pp. 581 y ss.

³² Cfr. Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Comares, Granada, p. 580, cita 4, enumerando la doctrina favorable en dicho sentido.

³³ Cfr. Elena Farré Trepát, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa", en *Estudios Penales y Criminológicos XIII*, 1990, pp. 45 y ss.; Gonzalo Rodríguez Mourullo, *La omisión*, pp. 274 y ss. y *Comentarios*, Tomo I, p. 143. También la STS de 16 de noviembre de 1976.

delitos de omisión. En este sentido un sector de la doctrina española parece haber atribuido un carácter causal 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. 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. Sin embargo, es discutible que el término ejecución deba interpretarse como causación y no como realización del delito. Como ya señaló Córdoba Roda³⁴, 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 (hoy art. 16 CP 1995), sino a la no "producción del delito", que lógicamente deberá entenderse como el delito consumado. "Producción del delito" no equivale a causación de un resultado, ni principio de ejecución del delito significa comienzo de los actos dirigidos a la causación³⁵ 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 omisión³⁶.

Así, tal como ya se dijo, el fundamento por medio del cual un sector mayoritario de la doctrina no admite la tentativa en los delitos de omisión pura se encuentra en la circunstancia de que toda demora dolosa de la acción ordenada equivaldría a su consumación, ya que lo prescrito por el tipo se cumple o se desobedece³⁷.

³⁴ Cfr. Notas al Tratado de Derecho Penal de R. Maurach, tomo II, 1962, pp. 187 y ss.

³⁵ Al respecto, véase Giorgio Marinucci, *El delito como "acción". Crítica de un dogma*, Marcial Pons, 1998, traducido por J. E. Sáinz-Cantero, Caparrós, p. 105, para quien en los delitos de omisión propios e impropios existe una peculiaridad surgida de una obligación jurídica de actuar incumplida. "Y la distinción entre la omisión 'propia' y la 'impropia' desciende sólo de la extensión del deber actuar: sólo si el deber se lleva hasta garantizar el no verificarse de un resultado típico se estará en presencia de la omisión de impedir un resultado penalmente relevante y, por tanto, de una omisión 'impropia'. De esta peculiaridad normativa se sigue, por tanto, lentamente, la verdadera composición del llamado nexo causal entre omisión y resultado: no se tratará de reconstruir una secuencia causal verificada en la realidad, sino de formular un juicio causal hipotético. Según la fórmula de la *conditio sine qua non*, aquí se tratará no ya de eliminar sino de añadir mentalmente la acción 'esperada', para construir el hipotético efecto impeditivo que se hubiera derivado".

³⁶ Elena Farré Trepas, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la acción libera in causa", en *Estudios Penales y Criminológicos XIII*, 1990, pp. 50-51, nota 18.

³⁷ Cfr. Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 320; José María Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 331 y ss., para quien "la decisión de si las omisiones propias –singularmente las de socorro e impedir determinados delitos– se corresponden con delitos de mera actividad de lesión o con delitos de peligro abstracto es de importantes consecuencias. Concretamente, en relación con la consumación del delito. Para exponerlo, tomaremos el ejemplo de la omisión de socorro. A este respecto hay que señalar que, se opte por una u otra alternativa, el delito se consuma con independencia de si la víctima no socorrida sufre el resultado lesivo o no, esto es, aunque sea un tercero quien la salve. Ahora bien, no sucede lo mismo cuando de una divergencia de los juicios

Resulta oportuno indicar que no debe perderse de vista la posibilidad de justificar el hecho omisivo incluida la comisión por omisión, por la vía de acoger supuestos de legítima defensa, obediencia debida y colisión de deberes y en los casos específicos de las omisiones propias, la denominada "cláusula del riesgo" que desempeña el papel de una causa de justificación específica³⁸. Los partidarios

ex ante y ex post se trata. De acoger la opción del delito de peligro abstracto, es suficiente con el juicio ex ante. El delito de omisión de socorro se consuma, pues, desde el momento en que ex ante es posible advertir la existencia de una situación de peligro y la no realización de la acción típicamente requerida. Ello, aunque el juicio ex post no podía prestarse socorro. La acogida de la opción del delito de mera actividad de lesión exige, en cambio, para la consumación, la concurrencia del juicio ex ante y el juicio ex post. Si este último revela que no había tal víctima o que no podía prestarse socorro, a lo sumo cabrá hablar de tentativa inidónea de omisión de socorro, pero no de consumación del mismo delito. La solución del delito de mera actividad de lesión como correspondencia comisiva de la omisión de socorro, en concreto, es la acogida en la práctica, a mi entender, por Rodríguez Mourullo. El punto de partida de la opinión de este autor se halla en la consideración de la seguridad de la vida e integridad física como bien jurídico protegido en el mencionado delito. Según esto, la lesión de tal bien jurídico sólo se produce a través de omisiones reales de socorro que, según un juicio ex post, dejan inmutada una situación de peligro, pudiendo modificarla. Ello implica, por un lado, que el delito, también para Rodríguez Mourullo, se consume aunque después un tercero salve a la víctima. Por otro lado, que no hay delito consumado cuando el juicio ex post desmiente los resultados del juicio ex ante, mostrando que realmente no existía tal situación de peligro o que, de cualquier manera, no se podría modificarla. En tal caso deberá, en su opinión, apreciarse tentativa inidónea de omisión de socorro (tentativa imposible, por utilizar su propia expresión) susceptible de ser sancionada por el art. 52 CP. Todo lo anterior permite, a la vez, comprender su crítica a la teoría del 'tipo de tentativa' (o del tipo de emprendimiento) con origen en la obra de Armin Kaufmann. Pese a la coherencia de la argumentación de Rodríguez Mourullo, parecen, no obstante, existir razones de cierto peso a favor de la solución del delito de peligro abstracto como correspondencia activa de la omisión de socorro. La acogida de este último criterio supone, a mi juicio, optar por una postura equidistante de las de Rodríguez Mourullo y Kaufmann. Así, por un lado, implica negar que 'la posibilidad ex post de evitación del resultado' sea elemento del tipo de la omisión pura. Por otro lado, sin embargo, da lugar al rechazo del elemento de la 'posibilidad subjetiva ex ante' como factor determinante. El término medio se halla en la adopción de la 'posibilidad objetiva ex ante' de realizar la acción como elemento integrante, junto con la situación de peligro y la no realización de la acción indicada, del tipo de la omisión de socorro. En favor de la tesis de la correspondencia con los delitos de peligro abstracto, opera, fundamentalmente, la forma en que se concibe de la consumación de los delitos de omisión pura que nos ocupan. El momento consumativo se sitúa, con cierta unanimidad, en la no prestación de socorro una vez que se ha hallado a una persona en peligro o en la abstención de intervenir o de acudir a la autoridad, mientras todavía resultaba posible hacerlo, para impedir un delito. Ello quiere decir que el sujeto que pasa de largo ante una supuesta víctima a la que puede socorrer o ante un hecho delictivo que puede impedir consuma su delito de omisión correspondiente en cuanto ya no le es posible dar marcha atrás para realizar a tiempo la acción indicada ex ante. En absoluto juega papel alguno en este punto de las consideraciones doctrinales la posibilidad efectiva ex post de evitar el delito o la lesión de la víctima. Y lo que parece observarse es que un delito que ya aparece consumado en base a consideraciones ex ante no puede transformarse en una tentativa inidónea por la falta de posibilidad revelada en el juicio ex post". Véase, F. Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte General*, Milán, 1975, Tomo I, p. 408, quien expone que "si el plazo útil para ejecutar la acción prescrita no ha transcurrido, no haberla llevado a cabo no significa todavía violación de la obligación, mientras que, si el término ha vencido, el delito está ya perfecto".

³⁸ Al respecto véase Antonio Cuerda Riezu, "Hechos omisivos y causas de justificación. En particular: la colisión de deberes", en *Omisión e Imputación objetiva en Derecho Penal*, Enrique Gimbernat, Bernd Schünemann y Jürgen Wolter, editores, en Homenaje al profesor Claus Roxin, Madrid, 1994, pp. 33 y ss., especialmente p. 59, quien agrega que la cláusula del riesgo puede interpretarse "como una causa de justificación incluso cuando los deberes contrapuestos sean equivalentes".

de que la cláusula del riesgo constituye un elemento del tipo (negativamente configurado) consideran que si existe un riesgo propio o ajeno, la no prestación de socorro o el no impedir determinados delitos no son siquiera típicos.

En España, cuando en el Código Penal se impone el deber de socorro o el deber de impedir determinados delitos, dicho deber se excepciona en el caso de que exista un riesgo propio o ajeno³⁹. Las opiniones se dividen en considerar la cláusula del riesgo como un supuesto de inexigibilidad, en el sentido de causa de exclusión de la culpabilidad⁴⁰, un caso específico de estado de necesidad justificante⁴¹ o de un elemento del tipo⁴².

De cualquier manera existe un conjunto de supuestos dudosos que se encuentra compuesto por aquellos casos en que el sujeto activo decide incumplir el mandato específico y luego se arrepiente, habiendo transcurrido un tiempo entre ambos actos. Se trata del desistimiento en la tentativa, aplicable tanto a la idónea como a la inidónea⁴³.

³⁹ Al respecto véase Jesús María Silva Sánchez, "Problemas del tipo de omisión del deber de socorro", en *Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 253 y ss., especialmente pp. 258-259, para quien la cláusula "sin riesgo propio ni de tercero" aparece como un contrapunto liberal que va más allá de la exigencia de estado de necesidad y en ese sentido no le parece admisible excluir de modo general del ámbito de aplicación de la cláusula los "riesgos justificados" (como el de la detención por un delito cometido); tal restricción conduce en la práctica a una ampliación de la frontera de lo punible que no tiene en cuenta el tenor legal. Así, este autor estima procedente recurrir a la valoración de las situaciones concretas a fin de decidir en cuáles de ellas se da un riesgo relevante hasta el punto de hacer inexigible la prestación de socorro, todo ello teniendo en cuenta la especial naturaleza del delito del artículo 489 ter del Código Penal (derogado).

⁴⁰ Véase Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª ed., 1993, p. 191 y Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, p. 300.

⁴¹ Santiago Mir Puig, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal. Parte General de Jescheck*, tomo II, 1981, p. 876.

⁴² Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 302; También, Susana Huerta Tocildo, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987, pp. 209 y ss.

⁴³ Respecto a las más significativas cinco teorías del desistimiento en la tentativa, véase, a este respecto, Claus Roxin, "Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 03-03 (2001), quien expone, sumariamente, lo siguiente: La teoría del fin de la pena: Se trata de la teoría dominante que en su formulación más sencilla señala que en el desistimiento voluntario un castigo nunca se encontraría cubierto por un posible fin de la pena: ni las necesidades de prevención general o especial, ni tampoco la retribución por la culpabilidad exigen castigo. Al respecto, véase BGHSt (=Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 9, 48 (52) y 14, 75 (80), que señalan: "Si el autor abandona voluntariamente la tentativa comenzada, ello demuestra que su voluntad criminal no era tan fuerte como hubiera sido necesario en orden a la ejecución del hecho. Su peligrosidad, que ante todo se expresa a través de la tentativa, resulta ser con posteridad sustancialmente menor. Por este motivo, la ley prescinde de castigar 'la tentativa como tal'. Y ello porque el legislador estima que aquí la pena no es necesaria para impedir en el futuro la comisión de delitos por el autor, para evitar que otros los cometan o para restablecer el ordenamiento jurídico infringido"; La teoría jurídica (Rechtstheorien): La concepción más antigua parte de que el desistimiento voluntario excluye al hecho como tal, es decir, su tipicidad y antijuridicidad, y en este sentido constituye un impedimento jurídico obligatorio que impide su castigo (Zacharia, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1839, p. 239). Para Binding, la tentativa y el desistimiento son una unidad y de esta manera deduce que la deserción voluntaria de la

En algunos supuestos los tipos de delitos de omisión pura exigen que el sujeto realice la conducta que se le ordena, sólo en un determinado momento, casos en los cuales, frente a un incumplimiento, estaremos frente a una consumación dolosa, cuando se dan en la especie los demás requisitos de la figura típica. Las demás hipótesis, y que son las más frecuentes, se desarrollan en un tiempo que permite al autor disponer de varias oportunidades para desplegar la acción debida, una primera y una última, después de la cual no será posible realizarla con éxito, por lo que estará consumada. Así, 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 tiempo⁴⁴.

consumación elimina la "causa de un resultado perjudicial" y, con ello, la antijuridicidad misma (véase su obra *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, tomo I, pp. 125 ss.). Contemporáneamente, se ha interpretado el desistimiento como un "elemento negativo del tipo", esto es, como causa de la exclusión de la tipicidad (así, R. von Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, p. 66): La teoría del puente de oro; también denominada "teoría político-criminal", descansa sobre la idea de que al autor se le debe ofrecer un estímulo para alejarle de la consumación del delito, consistente en la promesa de que la tentativa en la que se desiste voluntariamente no será castigada (así, véase el precursor de esta teoría Franz von Liszt, *Manual*, 1ª ed., 1881, p. 143). Por su parte, Feuerbach formula la misma teoría en forma negativa, señalando que "si el Estado no deja impune a la persona que se arrepiente del hecho ya comenzado, entonces en cierto modo se le apremia para su consumación; y es que el infeliz que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe de cualquier modo que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la terminación del hecho". Actualmente esta teoría, con matices, mantiene sostenedores como Puppe (NStZ, 1984, p. 490) y su discípula Weinhold (*Rettungsverhalten und Rettungsvoratz beim Rücktritt vom Versuch*, 1990, pp. 31 ss.); La teoría del perdón o del premio (Gnaden-oder Prämientheorie): Esta teoría se fundamenta en que el beneficio que el autor alcanza con su desistimiento es recompensado a través del "perdón" o el "premio" de la impunidad (véase, a este respecto, Bockelmann, NJW, 1955, p. 1421). Por su parte, Wessels expresa que "la ley recompensa el mérito de la elección voluntaria del desistimiento con la concesión de la impunidad" (véase, a este respecto, AT, 26ª ed., Nº 626): Teoría del resarcimiento de la culpabilidad (Schulderfüllungstheorie): Elaborada y aportada por Herzberg en el año 1987 se sostiene sobre el principio de naturaleza extrapenal que rige en el derecho común y civil, de "que la conminación coactiva decae con la compensación dada al comportamiento inicial" (véase, a este respecto, su obra Lackner-FS, 1987, p. 325, pp. 349 ss. y también en NStZ, 1990, p. 172). Así sostiene que "la ratio de la liberación de la pena [...] consiste en la observancia del principio general del Derecho según el cual la intimidación coactiva (aquí: la amenaza penal) se liquida cuando el autor, como consecuencia de la conminación y a través de una contribución que le es imputable, cumple su deber de satisfacción y reparación del comportamiento del injusto". En su formulación más abreviada: "El que desiste voluntariamente se libera de la conminación estatal coactiva porque cumple con su culpabilidad a través de una prestación a él imputable". Ver también, José Cerezo Mir, "La regulación del 'Iter Criminis' y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. 1, 1998, p. 19, para quien "el fundamento de la exclusión de la pena, en los supuestos de desistimiento, se halla, sin duda, en consideraciones de política criminal. A enemigo que huye, puente de plata, dice el viejo refrán castellano, pero es que, además, la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial (Muñoz Conde). Ello resulta aún más claro en el nuevo Código Penal, en el que el desistimiento aparece, como vimos, como una causa personal de exclusión de la pena".

⁴⁴ Cfr. Santiago Mir Puig, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal. Parte General de Jescheck*, volumen II, p. 884.

IV. ¿TENTATIVA IMPOSIBLE DE OMISION DEL DEBER DE SOCORRO? ANALISIS CRITICO DE LA TESIS DE RAMON GARCIA ALBERO Y LA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A propósito de la omisión del deber de socorro, paradigma de los delitos de omisión propios, García Albero sostiene que “no concurre deber de auxilio cuando el sujeto no está en ‘peligro’ por haberse producido la muerte; o la persona no se halla desamparada dada la prestación actual de asistencia por parte de terceros”⁴⁵, aun cuando este autor rechaza la punición de la tentativa inidónea conforme a la configuración de esta figura en el nuevo Código⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, este autor critica la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, anterior al Código Penal de 1995, que ha venido entendiendo que la omisión de todo intento de auxilio por parte del causante del accidente, sin cerciorarse de la muerte instantánea del sujeto, o de que estaba siendo auxiliado por terceros, configura una tentativa imposible punible⁴⁷ por cuanto, dice, “los presupuestos que condicionan la existencia del deber no pueden hacerse depender, como sostiene el Tribunal Supremo, de la supuesta existencia de una obligación, por parte del omitente, de cerciorarse del estado o situación de la víctima: existen o no existen objetivamente”⁴⁸. Así, agrega, quien renuncia a conocer si concurren (dichos presupuestos), pese a la existencia de datos que apuntan a ello, asume simplemente en dolo eventual la posibilidad de infringir su deber de auxilio en caso que efectivamente éste exista –víctima en peligro y desamparada–.

Con todo, para este autor el admitir la punición de la tentativa inidónea en estos casos supone cabalmente inferir del deber de auxilio un previo y adicional

⁴⁵ Ramón García Albero, en Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, 2ª ed., Aranzadi, 2000, p. 954.

⁴⁶ Cfr. Gonzalo Quintero Olivares, en Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigido por él mismo, 2ª ed., Aranzadi, 2000, p. 124, para quien “tanto la tentativa ‘absolutamente inidónea’, como la tentativa irreal y el delito absolutamente imposible constituyen casos de ausencia de desvalor de resultado. En estos supuestos se constata una total desconexión con la acción típica, falta la mínima relevancia para conmocionar a la sociedad y aconsejar la intervención del Derecho Penal y, por lo tanto, no deben generar consecuencias punitivas”.

⁴⁷ Así, SSTs de 5 de diciembre de 1989 en RJ 1989, 9436, de 8 de marzo de 1990, en RJ 1990, 2430, de 20 de diciembre de 1991, en RJ 1991, 9510 y de 25 de octubre de 1993, en RJ 1993, 389 y 8 de junio de 1992. Para un sector doctrinal que considera a la omisión del deber de socorro como un delito de mera actividad –o mejor de inactividad– no puede darse la tentativa y esta interpretación jurisprudencial carece hoy de toda base legal, y se opone frontalmente al principio de ofensividad. Al respecto cfr. Juan Carlos Carbonell Mateu, Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 280.

⁴⁸ Ramón García Albero, en Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, 2ª ed., Aranzadi, 2000, pp. 954-955.

deber penal de cerciorarse si concurre el mismo, extensión de la punibilidad inadmisibles en el contexto del carácter excepcional que asume la punición de la infracción de normas preceptivas, ya que no tendría sentido que el derecho impusiera al sujeto activo un deber de auxilio que, de decidir ejecutarlo, no podría ser cumplido, ya que aquí el único deber infringido resultaría ser el de examinar si concurre o no el deber de auxilio⁴⁹. Ciertamente que es posible concebir la omisión del deber de socorro en dolo eventual, pero el presupuesto del citado autor, sigue siendo erróneo, por cuanto este delito supone –precisamente– conocer el estado de necesidad de auxilio de la víctima. Es precisamente el conocimiento de la situación típica, la base de la punición de este ilícito penal. De otro lado, no es posible la imputación sin conocimiento del estado de necesidad. Los casos de dolo eventual se podrían verificar, por ejemplo, cuando el sujeto activo conociendo perfectamente la necesidad de auxilio del bañista, se aleja del lugar cuando éste es aparentemente atendido por tres niños de escasa edad, lo que hace presumir que un socorro efectivo no tendrá.

En una posición en cierto sentido intermedia, por cuanto inserta el factor temporal, entre el citado autor y el Tribunal Supremo, se encuentra Farré Trepát, para quien 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 afirmarse que ha dejado de socorrerle⁵⁰. Esta postura es para ella consecuente con las reglas generales del comienzo de la tentativa en el sentido de que un principio de ejecución del delito de omisión deberá verse en el momento en que aumente el peligro de que la acción debida no podrá realizarse a tiempo. Hasta donde alcanzo, esta postura acarrea

⁴⁹ Ramón García Albero, en Comentarios al Nuevo Código Penal, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares, 2ª ed., Aranzadi, 2000, p. 955.

⁵⁰ Elena Farré Trepát, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la acción libera in causa", en Estudios Penales y Criminológicos, XIII, 1990, pp. 52 y ss.; en el mismo sentido indicado, pero con matices, véase, Esteban Sola Reche, La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP, Comares, Granada, 1999, p. 137, para quien "por lo allí dicho, entiendo que se debe partir de que el sujeto tiene la posibilidad de realizar la acción ordenada y omite. Sin embargo, y muy especialmente en el caso concreto del art. 450, dicho mandato sigue vigente mientras dura la posibilidad de intervención impeditiva, intervención que como ya he referido más arriba puede cambiar su forma mientras quepa impedir el delito. Dándose todas las posibles formas de intervención, por lo que se ha venido aduciendo, primaria la exigencia de denunciar el delito. Pero si así no se comporta nuestro autor, se le podrá hacer responsable del delito de omisión consumado aunque con posterioridad intervenga impidiendo el delito de otro modo".

dificultades de aplicación y peligros de arbitrariedad, ya que el deber de socorro no desplegado a tiempo podría aumentar la lesión del bien jurídico por la demora e igual quedar impune dicha mayor lesión concreta. En otro orden de cosas, el sujeto activo podría excepcionarse, aun cuando ya era tarde, acreditando que se había decidido a socorrer.

La solución de castigar como delito consumado cuando objetivamente el observador en el lugar del autor no pueda afirmar que la víctima ha fallecido, o ya está convenientemente auxiliada o que la intervención del autor de nada hubiera servido, es lo que sostiene Sola Reche, para quien no se requiere completar lo injusto ningún desvalor del resultado. Así, quien se aleja del lugar en el que debió socorrer al accidentado, o quien demora su intervención para impedir un delito, desde luego lo que no ha hecho es intentar omitir la conducta ordenada por la norma: la ha omitido; y en estos casos no contamos con un resultado típico que nos permita afirmar que el delito no se ha consumado. Por otra parte, la tentativa de omisión se convertiría en el cumplimiento voluntario del mandato: sólo se demora la acción ordenada. Lo que ocurre, dice este autor, es que el mandato pervive en tanto no cambien las circunstancias: se ordena el auxilio mientras la víctima esté en situación de desamparo y peligro. El inicio de la acción durante ese período, determinado por las circunstancias del hecho, supone el cumplimiento del mandato. De esta manera rechaza que la omisión pueda calificarse como inidónea cuando el autor se representa⁵¹.

Lo cierto es que el legislador ha dispuesto, por ejemplo, el tipo de la omisión del deber de socorro a fin de que útiles y posibles conductas se erijan como acciones salvadoras o interruptoras de cursos causales lesivos, del bien jurídico vida o integridad física⁵². Así, la de éste se verificará cuando habiendo podido interrumpirlo, no se hizo⁵³.

⁵¹ Esteban Sola Reche, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, Comares, Granada, 1996, pp. 178-179.

⁵² Respecto de la incorrección del criterio de distinción entre omisiones que infringen un deber de actuar y omisiones que infringen un deber de evitar un resultado, véase Jesús María Silva Sánchez, *El delito de omisión, concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 289-296, para quien "normológicamente siempre se trata de omisiones que infringen un deber de actuar y funcionalmente, siempre se trataría de contribuciones exigibles -las conductas ordenadas- tendentes a la evitación de resultados".

⁵³ Esteban Sola Reche, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999, pp. 104 y ss., para quien "la omisión típica se dará pues cuando teniendo el sujeto capacidad de intervenir, y sea previsible que dicha intervención pudiera evitar el delito o la mayor gravedad de las consecuencias de éste, voluntariamente se abstiene". Este autor agrega que de las premisas establecidas para dicho delito obtiene las siguientes consecuencias: a) La existencia y la consumación del delito (de omisión) no dependen entonces de la producción del resultado que debiera haberse intentado evitar; b) El deber de intervención se basa, en primer lugar en la previsión de un riesgo para alguno de los bienes jurídicos (protegidos), más allá de la mera sospecha; c) Ha de ser objetivamente previsible que la intervención del sujeto tenga capacidad impositiva.

Ya hemos visto que el legislador español abolió la sanción de la tentativa inidónea en todos los supuestos, razón por la cual restará solamente, a nivel dogmático y jurisprudencial, interpretar correctamente los supuesto dudosos como el planteado, a fin de discernir el momento consumativo del respectivo tipo omisivo evitando, por la vía de calificarlo como un caso de tentativa inidónea impune, vaciar de contenido al tipo respectivo.

Para analizar dicha problemática, se pueden distinguir los siguientes supuestos a partir del clásico ejemplo del bañista⁵⁴ en que se manifiesta una tentativa inidónea impune versus un delito consumado:

a) Al momento en que A puede, para él, socorrer a B y no lo hace dentro de un cierto plazo, éste ya no requiere de su ayuda, por encontrarse a salvo sin parecerlo, como en el caso de quien ya reposa parado sobre una roca, sin peligro;

b) Al momento en que A puede, para él, socorrer a B y no lo hace dentro de un cierto plazo, éste ya no requiere de su ayuda, por encontrarse ya sin posibilidad alguna de que le pueda ser útil y de esto no se percata el sujeto activo, como en el caso del bañista que ya está muerto;

c) Al momento que A, puede para él, socorrer a B y no lo hace dentro de un cierto plazo, éste no requiere de su ayuda, como el caso de quien simula, por broma, ahogarse.

En todos los casos antes anotados existe un error de tipo al revés por parte del sujeto activo⁵⁵. Así, en el caso a) no existe un curso causal lesivo que deba interrumpirse; en el caso b), el curso causal lesivo ya no es susceptible de ser interrumpido; y, en el caso c), nunca ha existido un curso causal lesivo que deba interrumpirse conforme al tipo de la omisión del deber de socorro.

⁵⁴ El artículo 195 del Código Penal español de 1995 dispone que "el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiera a imprudencia, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses".

⁵⁵ En un análisis económico del Derecho, lo relevante es saber si la naturaleza del error es tal que resultará improbable el éxito del ejecutor. Si así ocurre, no se impediría ningún delito encarcelando al ejecutor, y entonces no habrá ningún beneficio social y sí grandes costos con el encarcelamiento y de esta manera se provee el argumento más fuerte para castigar una tentativa menos severamente que el delito consumado, a contrario de la tentativa que fracasa por una interrupción (frustración). Al respecto cfr. Richard A. Posner, *El análisis económico del Derecho* (título original *Economic Analysis of Law*), Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 222 y ss.

Pensamos que los tres supuestos anotados, si bien no encierran en un juicio de previsibilidad objetivo *ex ante* una lesión al bien jurídico, porque aparece imposible o inevitable aquélla, deben ser resueltos sobre la base de si son susceptibles de calificarse como acciones (conductas) peligrosas, objetivamente cognoscibles *ex ante*. De este modo, en todos los casos deberá confrontarse al sujeto activo con el hombre medio y recabar acerca de si el conocimiento de la necesidad de auxilio era aparente para este último. Así, en los casos en que resulte que la necesidad de auxilio era aparente para el hombre medio, habrá deber de socorro.

En los casos en que la acción (conducta) no resulte peligrosa –se aleje el sujeto activo–, porque no existe apariencia de necesidad de auxilio, en ellos falta también un resultado de peligro evitable, pues el bien jurídico protegido (si existe) no ha corrido peligro, ya lo corrió o ya se lesionó⁵⁶.

De esta manera resulta insuficiente –y hoy día sería incorrecto– fundamentar la punición por tentativa inidónea, como lo hace el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, por la mera circunstancia de alejarse del lugar sin cerciorarse del estado en que se encontraba la víctima, ya que a nuestro juicio es necesario además que se verifique si la víctima como tal lo requería o no y si dicho conocimiento se traducía en una apariencia objetiva *ex ante*. Así, por ejemplo, no será necesario la acción salvadora cuando la víctima ya esté fallecida al momento en que el sujeto activo decide no hacer nada y esta circunstancia era reconocible por un hombre medio colocado en la situación del autor. De lo contrario, si la circunstancia de estar muerto requería un acercamiento y la auscultación, podrá sancionarse como delito de omisión de socorro consumado.

V. CONCLUSION

Podría haber propuesto e intentado fundamentar la punición o no de la tentativa inidónea de los delitos de omisión propios a partir de los principios materiales que operan en la limitación del tipo, como lo son el merecimiento de la pena y la necesidad de la pena⁵⁷. Sin embargo, lo que intenté exponer

⁵⁶ Cfr. José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, tomo I, 4ª ed., Tecnos, p. 394, nota 136. A contrario sensu, en los delitos de omisión pura es posible admitir 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. Al respecto cfr. E. Farré Trepát, "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIII, 1990, pp. 53.

⁵⁷ Sobre el particular, véase Diego Manuel Luzón Peña, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, coordinador junto a Santiago Mir Puig, Aranzadi, 1995, pp. 199 y ss.

precedentemente se basa en consideraciones de peligrosidad objetiva ex ante a los bienes jurídicos protegidos en un Estado de Derecho y en consideraciones de lege lata.

Conforme al actual Código Penal, no es punible la tentativa inidónea en los delitos de omisión propios.

Pensamos que en el caso de delitos de deber, como la omisión del deber de socorro, la fundamentación del injusto debe encontrarse en la mera desobediencia de los deberes del tipo objetivo, siempre y cuando dicha consciente rebeldía a acatar la norma, en un juicio hipotético, haya sido capaz de evitar el resultado que el legislador quiso evitar mediante la imposición imperativa de la conducta, en este caso, salvadora.

Por su parte es fundamental que el concepto de omisión como "no realización de una determinada acción posible que viene exigida por el ordenamiento jurídico"⁵⁸, se vincule con conceptos de protección de bienes jurídicos. Así, "lo posible" deberá comprender el valor de la utilidad en términos que no baste la simple contravención formal sino que siendo posible la acción salvadora, ésta haya sido apta para interrumpir cursos lesivos.

En los casos dudosos en que ex post se sabe que la acción salvadora hubiese sido inútil, por inexistencia de peligro de la víctima o causación previa del resultado lesivo, deberá situarse al sujeto activo con un espectador objetivo, que posee los conocimientos del hombre medio, pero también los del autor, de manera de, por medio de dicho contraste y baremo objetivo ex ante, elaborar el juicio hipotético

⁵⁸ Véase, a este respecto, Susana Huerta Tocildo, "¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?", Cuadernos de Política Criminal, 1982, pp. 231 y ss., especialmente, p. 255. Destaca esta autora que respecto a qué se entiende por acción posible difieren las opiniones. Así, mientras para algunos, para que la acción presente esta cualidad basta con que el omitente tuviera la posibilidad física de actuar (v. Traeger), otros requieren que, además de tener esta capacidad física, el omitente conociera la situación típica y estuviese en condiciones de planificar su conducta (v. Welzel y A. Kaufmann). Acerca de la irreductibilidad bajo una clase superior de los conceptos de "hacer" y "omitir", véase la obra de Giorgio Marinucci, El delito como "acción". Crítica de un dogma, Marcial Pons, 1998, traducido por J. E. Sáinz-Cantero Caparrós, pp. 73 y ss.; Günther Jakobs, "La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión", en Estudios de Derecho Penal, Civitas, 1997, traducido por E. Peñaranda Ramos, pp. 347 y ss., quien expone que el fundamento de la responsabilidad en el delito comisivo como en el omisivo se encuentra en la lesión de las reglas del status general, poniendo de relieve que la tradicional diferenciación entre ambas, es irrelevante y superficial; K.-H. Gössel, "Estado actual de la teoría del delito de omisión", en Dos estudios sobre la teoría del delito, Temis, Bogotá, 1984, pp. 53 y ss., para quien "es importante la diferenciación entre la acción y omisión, pero no entre delitos de comisión y de omisión. Sobre la delimitación entre acción y omisión, decide la aplicación de actividad corporal como medio de menoscabo de un bien jurídico. Hasta qué punto acción y omisión son punibles, se decide por la concretización legal de la transgresión a la norma en el tipo legal, convirtiéndola en infracción a una prohibición o mandato".

de si era posible conocer la ineficacia o innecesariedad de la acción de salvamento ordenada por la norma. Si la respuesta sea que resulta improbable la producción del resultado, estaremos frente a una tentativa inidónea impune⁵⁹. Se trata de supuestos en que la peligrosidad de la omisión desde un punto de vista ex ante, es decir, la evitación de la lesión querida por la norma, aparezca como una consecuencia no improbable. Si, por el contrario, la conducta resulta peligrosa ex ante, es decir, de probable producción del resultado, o en otros términos, de existencia de peligro de la víctima y eficacia de la ayuda que se puede dispensar por parte del sujeto activo, estaremos frente a una tentativa idónea punible.

La intervención tardía pero significativa que sin embargo sea previsiblemente eficaz, y que en cualquier caso da lugar a una tentativa idónea de un delito de omisión, de acuerdo a lo precedentemente expuesto, ha de comportar la atenuación de la pena inicialmente prevista en consonancia con la entidad de la demora: partiendo de la aplicación (analógica) de la circunstancia atenuante 5ª en relación con la 6ª del artículo 21, cabría considerar la aplicación de las reglas 1ª, 2ª e incluso 4ª del artículo 66, que permitiría –por esta última– llegar a la misma solución (en cuanto establecimiento de la pena) de la tentativa de omisión⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. José Cerezo Mir, "La regulación del 'Iter Criminis' y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, número 1, 1998, p. 22, para quien, con acierto, considera que "si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible ex ante, o aparece ex ante como absolutamente improbable [...] la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Son supuestos de tentativa idónea o peligrosa". En el mismo sentido, aunque en su obra lo propone de lege ferenda, véase Elena Farré Trepát, *La tentativa de delito*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 398 y ss.

⁶⁰ Esteban Sola Reche, *La omisión del deber de intervenir para impedir determinados delitos del art. 450 CP*, Comares, Granada, 1999, p. 143.