

sarse que la simple mención de la situación jurídica no puede ser punible. Quien p. e. explica a alguien incurso en una necesidad, que su responsabilidad penal estaría excluida bajo los presupuestos del art. 35, no puede volverse punible cuando el que ha recibido la aclaración correcta comete a continuación un hecho de estado de necesidad. Finalmente también en los casos relativamente raros de la participación punible debe pensarse que para la medición de la pena tiene que contarse a favor del partícipe la preservación del bien jurídico reductora del injusto, la cual ha sido causada por él junto con la lesión del bien jurídico.

## ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL DE LA TENTATIVA\*

\* N. d. T.: artículo publicado bajo el título original en alemán "Über den Strafgrund des Versuchs", en el L.H. a Nishihara, Japón (de próxima aparición). No es posible indicar aún el número de las páginas.

Ningún participante olvidará el Coloquio de Derecho Penal germano-japonés, realizado en Septiembre de 1988 en la Universidad de Colonia, y en el cual Haruo Nishihara, el ilustre homenajeado ahora, tuvo a su cargo el discurso de apertura<sup>1</sup>. Un tema central de las discusiones dogmático-penales de estas jornadas fue la cuestión de si el Derecho penal debería orientarse más en criterios objetivos que en criterios subjetivos. Mientras que la ciencia alemana prefiere mayoritariamente concepciones subjetivas, en el Japón predominan más bien las tendencias objetivas. La problemática se vuelve especialmente clara en el fundamento penal de la tentativa, el cual fue tratado con detalle por tres ponencias<sup>2</sup> durante las jornadas, y que también jugó un papel muy importante en el intercambio de opiniones. Esto me ha motivado a tratar nuevamente el tema sobre la base de la situación jurídica y la perspectiva alemanas. Ciertamente, en ello se muestra también que debería merecer más atención que la que actualmente tiene en el

<sup>1</sup> NISHIHARA, "Die Rezeption des deutschen Strafrechts durch Japan in historischer Sicht", publicado en Hirsch/Weigend (ed.), "Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland", 1989, p. 13-17.

<sup>2</sup> En el libro mencionado en la nota 1: Ryūichi HIRANO "Deutsche Strafrechtsdogmatik aus japanischer Sicht" (p. 81-89); Yoshikazu NAKA, "Der Strafgrund des Versuchs" (p. 93-100); Thomas WEIGEND, "Die Entwicklung der deutschen Versuchstheorie" (p. 113-128).

Derecho alemán una orientación más objetiva, tal como resalta en la ciencia y praxis japonesas.

Entiéndase, pues, este pequeño intento como la continuación de las conversaciones que tan fructíferamente comenzaron en Colonia hace diez años.

El fundamento de la tentativa atañe a la cuestión de por qué el legislador sanciona penalmente la tentativa en la medida prevista. La respuesta a ello es importante porque algunos problemas de la teoría de la tentativa ofrecen ayuda para la interpretación y porque proveen la base para cualquier juicio político-jurídico sobre su punibilidad. A continuación se esbozará primeramente una concepción personal y, seguidamente, se profundizará confrontando ésta con las concepciones divergentes más importantes.

#### 1.- LA TENTATIVA COMO PUESTA EN PELIGRO CERCANA AL TIPO O INFRACCIÓN CERCANA AL TIPO DE LA NORMA, QUE CAUSA UNA CONMOCIÓN JURÍDICA (TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN)

La formulación del título a la manera de frase puede expresarse en una oración como sigue: el fundamento penal de la tentativa radica en la necesidad preventivo-general o preventivo-especial de sancionar penalmente, la cual por regla general se derivará de la puesta en peligro dolosa cercana al tipo, pero excepcionalmente también a partir de una infracción normativa que conmueva al Derecho y que se manifiesta en una acción cercana al tipo.

La peculiaridad de esta concepción radica en que atribuye el fundamento penal de la tentativa a dos raíces distintas. Primeramente se basa en la puesta en peligro cercana al tipo, la cual se encuentra en la tentativa idónea, pero subsidiariamente incluye también la infracción de la

norma cercana al tipo que causa una conmoción [o impresión] jurídica, la cual caracteriza a la tentativa inidónea. No obstante puede justificarse la preeminencia del principio de la puesta en peligro de la tentativa idónea a través de cuatro fundamentos, sin que por ello el merecimiento de pena —por cierto mínimo— de la tentativa inidónea tenga que ser cuestionado en lo fundamental.

En primer lugar, la circunstancia de que la pena para la tentativa puede ser menor que para la consumación (art. 23, segundo párrafo)<sup>3</sup> habla a favor de que la tentativa se basa en la idea de la puesta en peligro. Pues, el que la puesta en peligro sea algo menor en relación con la lesión, es una idea que por lo demás también atraviesa nuestro Derecho penal; por ejemplo al penarse de manera más benigna a los delitos dolosos de peligro en relación con los correspondientes delitos de lesiones o con la amplia impunidad de las puestas en peligro culposas. Si, por el contrario, para el interés punitivo estuviera en primer plano la idea de la "infracción de la norma", sería consecuente que la tentativa y la consumación tengan la misma sanción penal. Pues con respecto a la voluntad delictiva no hay diferencias entre la consumación y la tentativa.

En segundo lugar, para la importancia preponderante de la idea de la puesta en peligro en la punición de la tentativa puede hacerse valer el que las acciones que apuntan a la realización del tipo, pero que no son especialmente peligrosas, no deben ser tener una pena menor o no deben tener ninguna pena, tal como lo muestran la tentativa por una grave incompreensión [grob unverständige]\* y

<sup>3</sup> Todas las referencias a artículos se refieren al C. P. alemán.

\* N. d. T.: el art. 23, tercer párrafo del C. P. alemán, conoce un tipo de tentativa que atenua la sanción penal o puede llevar a eximir de ella: la tentativa por "grave incompreen-

la tentativa irreal [o supersticiosa], igualmente impune según el Derecho alemán. Por el contrario, también aquí existen actos de ejecución delictiva, según la representación del autor; si en este componente subjetivo (en la infracción de la norma) radicara el fundamento esencial de la tentativa, sería desatinado retirar tan ampliamente la punibilidad.

En tercer lugar, sólo puede explicarse también la punición de los actos preparatorios, tal como se encuentra en varios lugares de la ley, porque el legislador la considera especialmente peligrosa pese a su amplia lejanía del resultado. Cuando p. e. es punible la concertación para delinquir (art. 30, segundo párrafo), a diferencia de la resolución criminal de un autor solitario que se manifiesta en los masivos actos preparatorios, esto se debe a la puesta en peligro especialmente peligrosa, la cual, según la opinión del legislador parte de la obligación contraída, de la vinculación volitiva. Ambas conductas no se diferencian en lo referente a la voluntad delictiva y a la cercanía al hecho, de manera que no puede explicarse el tratamiento legal diferenciado que surge de allí. Pero si en la punición de los actos preparatorios pasa a primer plano claramente la idea de la puesta en peligro, sería una contradicción valorativa hacer que rija algo distinto en la fundamentación penal de la tentativa.

#### En cuarto lugar, sólo la punibilidad de la tentativa idó-

sión<sup>4</sup>. Para la doctrina alemana, esta tentativa es diferente de la "tentativa inidónea", punible en lo fundamental, o que la "tentativa irreal" que siempre es impune. Con la tentativa inidónea se diferencia en que constituye solamente una parte de aquella, en los casos en que hubo error grave en el sujeto activo sobre la plena idoneidad de su acción para llegar a la consumación, especialmente en cuanto a errores de un ciudadano con conocimientos prometidos sobre la relación causal; p. e. cuando cree que el azúcar tiene facultades venenosas. Con la tentativa irreal existe la diferencia de que ésta siempre presupone la creencia en supersticiones, es decir en fuerzas sobrenaturales, distintas de las conocidas según las leyes de la naturaleza. Ver al respecto ESER en: Schönke/Schroeder, "Strafgesetzbuch", Munich, 1997, p. 359 y s., n. marg. 12 y ss.

nea puede armonizar sin más con los fundamentos dogmáticos y de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal, mientras que la tentativa inidónea, como particularidad dogmática, precisa de una justificación adicional. El Derecho criminal alemán es un Derecho penal del tipo. La tentativa idónea se mantiene dentro del marco que de allí se deriva pues ella constituye una cuasi-realización del tipo y un hecho penal de puesta en peligro sui generis, pareciendo a un delito de peligro concreto<sup>4</sup>, por lo que cuenta entre las reconocidas formas delictivas. Esto concuerda con el hecho de que la tentativa idónea es un nivel previo a la consumación, de la misma manera que lo es la puesta en peligro. Todos estos presupuestos faltan en la tentativa inidónea, la cual no sólo es irrelevante para el tipo sino también inofensiva y no lleva a ningún sitio. Igualmente, sólo la tentativa idónea encaja dentro de la teoría de la imputación objetiva, constitutiva del tipo<sup>5</sup>: la tentativa idónea consiste en la creación de un peligro no permitido, cuya realización caracteriza a la consumación. Pero precisamente en la tentativa inidónea no existe ningún riesgo.

Por otro lado, la tentativa inidónea tiene tantos parecidos con la tentativa idónea, que se puede justificar incluir la primera, en principio, en la punibilidad de la segunda como una forma deficitaria de la tentativa. En primer lugar, La tentativa inidónea se equipara a la idónea bajo el punto de vista de la necesidad preventivo-especial de pena: el autor de la tentativa idónea al igual que de la inidónea, al entrar en el estadio de los actos de ejecución (aun cuando

<sup>4</sup> No existe una identidad, pues en un delito de peligro concreto el resultado sólo queda sin producirse por una casualidad, mientras que en la tentativa idónea la frustración puede deberse a acciones de defensa previstas en el plan.

<sup>5</sup> Así también WEIGEND, ver nota 2, 1989, p. 127.

esta entrada sólo ocurra en su imaginación) muestra que es capaz y tiene la voluntad de cometer el delito (reservándose un desistimiento). En consecuencia, no puede hablarse de que la punición de la tentativa inidónea desemboque en un Derecho penal de la actitud interna, pues el autor no solamente ha demostrado su voluntad negativa, sino también la ha volcado en acciones de ejecución.

Por cierto que, del lado del tipo, y con ello en sentido objetivo y bajo puntos de vista preventivo-generales, ambos tipos de tentativa no son equiparables. Pues mientras que la tentativa idónea toca la esfera del tipo y desafia, debido a la puesta en peligro que radica en ella, una reacción del ordenamiento jurídico; en la tentativa inidónea, un peligro cercano al tipo sólo existe en la representación del autor. Si esto significara que la tentativa inidónea fuera objetivamente una nulidad, su punición difícilmente podría justificarse, pues una pena sólo puede ser justificada por los efectos de dañosidad social de una conducta y no solamente por la peligrosidad de un autor. Pero aquí tampoco faltan tales efectos dañosos socialmente. Pues la tentativa inidónea fundamenta, después de todo, una perturbación de la paz; altera el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad y ocasiona, a través de esto, una "impresión de conmoción jurídica". Cuando alguien p. e. lanza una bomba, la cual no pudo estallar a consecuencia de un error de construcción desconocido por el autor —aunque reconocible—, esto provocará inquietud en la colectividad y frecuentemente la exigencia de una intervención sancionadora del Estado. Ciertamente, esta inquietud y la necesidad de sanción son esencialmente menores que si la bomba hubiera realmente estallado y solamente por un milagro no hubiera lesionado a nadie. Precisamente aquí radica la diferencia, respecto al daño social, entre la tenta-

tativa idónea y la inidónea. La tentativa inidónea es un delito de perturbación de la paz sin una real puesta en peligro.

Por cierto que la vida común pacífica entre ciudadanos es considerablemente menos perturbada por una tentativa inidónea que por una idónea, tal como debiera resultar claro a través de las dos variantes del ejemplo de la bomba. Por ello se plantea la cuestión de cómo podría justificarse que la tentativa idónea y la inidónea —independientemente del art. 23, tercer párrafo— estén bajo el mismo marco penal. Esto puede explicarse por el hecho de que la culpabilidad, que en primera línea sirve de orientación para la pena, es la misma en el autor de la tentativa inidónea como en el de la idónea y que, en muchos casos, tampoco se diferencian las necesidades de pena preventivo-especiales. El menor peso objetivo de la tentativa inidónea puede hacerse valer para atenuar la pena al considerar las consecuencias del hecho (art. 46, segundo párrafo).

Por otro lado, la atribución aquí realizada de la tentativa inidónea a los dos elementos (la peligrosidad subjetiva del autor y la impresión objetiva de la conmoción jurídica) explica sin problemas la menor punición de la tentativa por una grave incomprensión y la plena impunidad de la tentativa irreal. Pues el efecto perturbador de la paz de una tentativa por grave incomprensión es considerablemente menor que en las acciones de tentativa (incluso inidónea) que, por su planificación y su ejecución, deben ser tomadas seriamente en cuenta. Una tentativa por grave incomprensión provoca más hilaridad que preocupación; por eso puede tratarse con más benignidad o incluso eximirse totalmente de sanción. La tentativa supersticiosa, finalmente, en la cual el autor se sirve de fuerzas irrealizables (como la magia), provoca sólo movimientos negativos con la cabeza y dudas sobre la salud mental del autor. Por ello, dado

que sus efectos sociales son irrelevantes, puede quedar totalmente impune.

La concepción aquí desarrollada es una **teoría unificadora**, en la cual se vinculan elementos de la teoría "objetiva" de la peligrosidad, elementos de la "teoría (subjetiva) del autor" y de la "teoría de la impresión". Ella explica la tentativa idónea con la nueva teoría de la peligrosidad (comp. 2) y fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea, en sentido subjetivo, con ayuda de la teoría del autor (comp. 3), y en sentido objetivo, mediante la teoría de la impresión (comp. 4). Luego, esta teoría no puede clasificarse preponderantemente en una concepción subjetiva u objetiva, sino lleva a una síntesis entre los numerosos elementos subjetivos y objetivos de la tentativa. La exposición alberga con ello una teoría que ya había sido desarrollada en una manera muy similar (pero por cierto de manera mucho más breve) por KOHLRAUSCH/LANGE. Según ellos<sup>6</sup>: "Teoría de la unificación. La tentativa punible se da cuando la acción era peligrosa para el bien jurídico atacado o cuando muestra al autor como peligroso atacante del bien jurídico". Entonces, también aquí se separan claramente las dos raíces de la tentativa punible: la peligrosidad objetiva del hecho y la peligrosidad subjetiva del autor. Tampoco se soslaya el lado objetivo de la tentativa inidónea cuando se dice: "Adicionalmente hay que considerar de manera preventivo-general la impresión hacia afuera".

Cuando aquí se deduce la tentativa de dos raíces —primariamente de la puesta en peligro cercana al tipo y, subsidiariamente de la infracción de la norma cercana al

<sup>6</sup> KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 1959 (42ª ed.), com. previo art. 43, tercer párrafo, núm. 3.

tipo y que causa conmoción al Derecho., esto debe aguzar la comprensión de que no es tan evidente la punibilidad de la tentativa inidónea (o de todas sus formas de aparición), tal como por lo general se supone en Alemania<sup>7</sup>. Todavía alrededor de 1930 casi la totalidad de la ciencia alemana veía en la puesta en peligro el único motivo de punición de la tentativa; e incluso actualmente en el Derecho extranjero (p. e. en Austria, Italia, Holanda, Estados Unidos, Japón) la tentativa inidónea es, en muchos casos, impune<sup>8</sup>. El que la ciencia alemana hoy en día sólo rara vez plantee problemas para el merecimiento de pena de la tentativa inidónea guarda relación, según la historia dogmática, con el reconocimiento del injusto personal impuesto por la teoría final de la acción: puesto que a la tentativa inidónea se le atribuye el mismo desvalor de la acción que a la tentativa idónea, no se pone en duda su merecimiento de pena. Pero con ello se pasa por alto que a la tentativa también le debe corresponder un desvalor específico de resultado (peligrosidad o perturbación de la paz, el cual, si bien no está ausente en la tentativa inidónea, es considerablemente menor.

Por eso, además de los mencionados buenos motivos para la punibilidad de la tentativa inidónea, hay también apreciables argumentos en contra. Uno podría preguntarse si realmente necesita punición una tentativa totalmente inidónea, y por ello inocua *in concreto*, cuando queda impune un autor con un proyecto delictivo idóneo y altamente peligroso que fracasa faltándole muy poco para alcanzar la frontera de la tentativa. También puede dudarse de

<sup>7</sup> En este sentido también DICKKE, Jus, 1968, p. 157 y ss.; RUDOLPH, LH a Maurach, 1972, p. 51 (70 y ss.); WEIGEND, ver nota 2, 1989, p. 128.

<sup>8</sup> Comp. FESCHER/WEIGEND, "Strafrecht, AT" (5ª ed.), cap. 49 IX; y especialmente sobre el Derecho japonés, NAKA, ver nota 2, 1989, p. 93 y ss.

la necesidad de sanción penal por el hecho de que las tentativas inidóneas que no son cometidas de forma típicamente delictiva (el decidido a envenenar vierte sin querer azúcar en el café), apenas podrían ser descubiertos y por ello, generalmente, permanecen impunes por este motivo. Luego, el que se sancione penalmente la tentativa inidónea, no se deriva sin más de un solo motivo penal de la tentativa, válido para todos los casos, sino necesita una decisión especial del legislador que amplíe y complete el fundamento penal de la tentativa inidónea. La decisión que ha tomado el legislador alemán es, por cierto, defendible, pero de ninguna manera obligatoria

## 2.- LAS TEORÍAS OBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Las teorías objetivas que, tal como se ha expuesto y en contra de la actual concepción mayoritaria en Alemania, mencionan correctamente el fundamento penal de la tentativa para el caso normal de la tentativa idónea, predominaban antes en Alemania. Por cierto que el C. P. de 1871 también había dejada abierta expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea<sup>9</sup>. Hoy en día, estas teorías ya no son apropiadas para explicar plenamente la punibilidad de la tentativa, debido a la indudable punibilidad de la tentativa inidónea en el Derecho vigente. Pero aun así ellas deben ser todavía explicadas debido a su importancia para la tentativa idónea. No obstante la explicación puede ser realizada de manera breve, pues ya han sido ponderadas las ventajas de estas teorías en el marco de nuestra propia concepción, y las parcialmente complicadas cuestiones de la delimitación entre tentativa idónea e inidónea,

<sup>9</sup> Comp. al respecto RGSt. I, 439 (411); von HIPPEL, "Strafrecht II", 1939, p. 416, c. más ref.

que antes habían determinado la discusión, ya no necesitan ser tratadas con profundidad, pues carecen de importancia debido a la punibilidad de la tentativa inidónea.

La designación de estas teorías como "objetivas" lleva a confusión. Pues cualquier teoría "objetiva" tiene que incluir en sí elementos subjetivos: el dolo y el plan del hecho también son importantes para determinar la tentativa en cualquier teoría objetiva. Por eso, hubiera sido mejor hablar de teorías de puesta en peligro o, en todo caso, de teorías mayoritariamente objetivas. Sin embargo, para no dificultar la comprensión, también se empleará aquí la terminología tradicional.

Deberá tenerse como una verdadera forma de teoría objetiva a la (nueva) **teoría de la peligrosidad**<sup>10</sup>, la cual considera como idónea a la tentativa peligrosa, determinando el peligro igual como ya antes lo había hecho la teoría de la adecuación y como lo hace ahora la teoría de la imputación objetiva. Según ella, una tentativa es peligrosa (y con ello, idónea) cuando un observador promedio razonable, el cual está provisto además con cualquier conocimiento especial del autor, tuvo que haber considerado ex-ante que el resultado era seriamente posible. Esto puede ilustrarse imaginando los comentarios sobre los hechos de nuestro espectador hipotético acabado de describir. En la tentativa idónea éste gritaría al autor: "Déjalo"; en la inidónea: "Oye tonto"<sup>11</sup>.

El primero que defendió la teoría de la peligrosidad en esta forma fue Von LISZT<sup>12</sup>; después fue von HIPPEL quien

<sup>10</sup> La denominación proviene de von HIPPEL, "Strafrecht II", 1939, p. 425.

<sup>11</sup> Von HIPPEL, "Strafrecht II", 1930, p. 428.

<sup>12</sup> En todas las ediciones de su "Manual", la última en 1919 (21ª/22ª ed.), p. 200. La poste-

la perfeccionó brillantemente<sup>13</sup>. Esta teoría es preferible a otras expresiones de la teoría objetiva pues armoniza con el concepto de peligro de la teoría de la imputación objetiva y, con ello, se integra sin rupturas en los fundamentos dogmáticos de la teoría del tipo. Una de las debilidades de esta teoría objetiva de la tentativa, al igual que de todas las que solamente se basan en la idoneidad de la acción del autor, radica en que el concepto de peligrosidad no constituye un parámetro para la delimitación entre tentativa y acto preparatorio impune: también los actos preparatorios ya constituyen un peligro que se incrementa continuamente hasta llegar al resultado. Es mejor para la delimitación basarse en un peligro concreto<sup>14</sup>. No obstante, no toda tentativa idónea constituye un peligro concreto tal como hoy se entiende este concepto<sup>15</sup>. Por ello, sería mejor hablar de un peligro cercano al tipo, y con ello, de un peligro sui generis.

### 3. LAS TEORÍAS SUBJETIVAS DE LA TENTATIVA

Según la teoría subjetiva, propugnada por la jurisprudencia, el fundamento penal de la tentativa radica en la **puesta en acción de la voluntad hostil al Derecho** [Betätigung des rechtseindlichen Willens] a través del autor. Esta concepción ha sido defendida desde antiguo por el Tribunal del Reich, y asumida por el Tribunal Supremo

rior reelaboración de E. Schmidt (1927, 25ª ed., p. 302 y ss.) la transformó en la teoría de la "ausencia de tipo". Von HIPPEL comenta esto: "Con ello se ha separado del Manual de von Liszt una de sus partes más brillantes" ("Strafrecht II", 1930, nota 4).

<sup>13</sup> Von HIPPEL, "Strafrecht II", 1930, cap. 30; otros seguidores de esta doctrina ver en op. cit. p. 427, nota 1. Comp. al respecto también en el discípulo de von Hippel, Hans HENCKEL, "Der Gefährbegriff im Strafrecht", 1930, p. 37 y ss.

<sup>14</sup> Von HIPPEL, "Strafrecht II", 1930, p. 425 y ss.  
<sup>15</sup> Sobre la explicación de la diferencia comp. supra nota 4.

sin esforzarse por realizar una fundamentación independiente<sup>16</sup>. Frecuentemente se afirma que desde 1975 esta teoría constituye la base del Derecho vigente. Así, la Comisión especial para la reforma penal habla de "la teoría subjetiva de la tentativa reconocida expresamente en el nuevo C. P."<sup>17</sup>. Por otro lado, también en la literatura ella no deja de tener adeptos<sup>18</sup>.

La fundamentación de la teoría subjetiva se apoya sobre todo en dos argumentos, contenidos ya antes en una sentencia de la Cámara penal unificada del Tribunal del Reich (RGSt. 1, 439). En primer lugar, el RG opina que "no podría haber dudas de que en la tentativa la **voluntad criminal es aquel fenómeno contra el cual se dirige la ley penal**, a diferencia del resultado antijurídico manifestado en la consumación y proveniente de la voluntad criminal. Propiamente dicho, cualquier referencia a la consumación como opuesto de la tentativa tendría que quedar fuera de consideración, y no debería exigirse nada más que el pensamiento criminal se haya manifestado en acciones externas" (idem, p. 441 y s.).

Junto a este énfasis en la voluntad criminal, aparece como un segundo argumento principal la idea de que no podría diferenciarse entre tentativas peligrosas y no peligrosas, porque en cada tentativa faltaría la causalidad para el resultado. Puesto que no podría distinguirse entre las diferentes formas de causalidad y de no-causalidad, cual-

<sup>16</sup> RGSt. 1, 439; 1, 451; 8, 198; 17, 158; 24, 382; 38, 423; 42, 92; 47, 189; 49, 20; 50, 35; 58, 303; 60, 138; BGSt. 11, 324 (327).

<sup>17</sup> En ese sentido BAUMANN/WEBER, "Strafrecht AT" (9ª ed.), cap. 32, 1, 2c; crítica y acertadamente MEYER ZSW 87 (1975), p. 603.

<sup>18</sup> Comp. por mención sólo la literatura reciente, BAUMANN/WEBER, "Strafrecht AT", (9ª ed.), cap. 32, 1, 2, c; DREHER/TRÖNDLE (48ª ed.), cap. 22, n. marg. 24; LANKNER (21ª ed.), cap. 22, n. marg. 11.

quier tentativa resultaría no peligrosa. "Ya que, si la acción, en el caso concreto, no ha lesionado el bien jurídico, esto demuestra rotundamente que no podía lesionarlo en el caso concreto; y si no estaba en condiciones para ello, entonces la acción no ha puesto objetivamente en peligro al bien jurídico..."

Estos fundamentos no son convincentes<sup>19</sup>, e incluso tampoco cuando, siguiendo el derecho vigente, se parte de la punibilidad fundamental de la tentativa inidónea. En lo que concierne primeramente a la voluntad criminal puesta en actividad como fundamento de la punibilidad de la tentativa se objeta tres cosas. En primer lugar, esta suposición no puede explicar por qué la tentativa sólo en una parte de los casos (y aún entonces por regla general) es penada de manera más benigna que la consumación, por qué en la tentativa por una grave incomprensión (según el art. 23, tercer párrafo) la pena se reduce aún más e incluso puede prescindirse de ella, y por qué la tentativa superticiosa es totalmente impune. Pues en todos estos casos se da por igual una actividad de la voluntad hostil al derecho, de manera que las diferencias de punibilidad sólo pueden ser explicadas por graduaciones de la peligrosidad (comp. supra 1).

En segundo lugar, la teoría subjetiva tampoco puede aclarar por qué los actos preparatorios son fundamentalmente impunes; pues también en ellos se manifiesta una voluntad hostil al derecho. La teoría subjetiva también ha llevado, pues, a un dudoso adelantamiento de la punibili-

<sup>19</sup> Comp. acerca de la crítica de la teoría subjetiva de la tentativa, entre otros, von HIPPEL, "Strafrecht II", 1930, p. 421 y ss.; SPENDEL, NJW 1965, p. 188 f.; DICKKE, Jus 1968, p. 157; WELGEND, como en la nota 2, 1989, p. 123 y ss.; JAKOBS "Strafrecht AT" (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 17.

dad de la tentativa en la jurisprudencia del RG<sup>20</sup>, el cual ha tratado de ser corregido por el legislador de la nueva Parte General a través de la fórmula conceptual del art. 22. Ya esta circunstancia muestra lo errado que es el que la Comisión especial hable de un reconocimiento legal de la teoría subjetiva. Por el contrario, la normal impunidad de los actos preparatorios resulta sin más de su escasa peligrosidad (comp. ya supra 1).

Finalmente, tampoco convence que la tentativa deba ser algo totalmente opuesto a la consumación (RGSt 1, 441) al considerar que en aquélla el fundamento penal sea la voluntad, mientras que en ésta lo sea el resultado. Pues con ello se desconoce que la tentativa, por regla general, constituye un estadio de tránsito y previo a la consumación y, con ello una afección real del bien jurídico, aunque sólo en forma de una puesta en peligro. La suposición de una relación de oposición separa a la tentativa del tipo y rompe el sistema del Derecho penal en dos partes separadas. Esto no se corresponde con los fundamentos dogmáticos de nuestro Derecho penal (comp. supra 1).

El segundo argumento del RG, de que la no-producción del resultado siempre probaría la no-peligrosidad de la acción del autor, de tal manera que no podría diferenciarse por este motivo entre acciones peligrosas y no peligrosas del autor, ha sido hoy en día claramente desvirtuado y es apenas defendido<sup>21</sup>. Este argumento se basa en

<sup>20</sup> Una impresionante recopilación de esta jurisprudencia en MAURACH/GÖSSEL, "Strafrecht, AT" (7ª ed.), cap. 40, n. marg. 29 y ss., en donde se enfatiza acertadamente "que el extremo subjetivismo violenta la ley" (n. marg. 37).

<sup>21</sup> Se exceptúa a BAUMANN/WEBER, "Strafrecht, AT" (9ª ed.), cap. 32, I, 2, c: toda tentativa mostraría "a través de su no-consumación, que era inidónea para madurar en un hecho delictivo consumado".

la teoría de la equivalencia de von Buri y en la conclusión naturalística equivocada de que no habría más diferencias que las causales, en la cual también se basa la similarmente errónea teoría subjetiva de la participación. Pero naturalmente puede diferenciarse entre acciones ex-ante peligrosas y no peligrosas, tal como desde hace tiempo lo hacen la teoría de la adecuación y la teoría de la imputación objetiva. También el legislador emplea el concepto de peligro en distintos contextos, si bien no siempre con el mismo contenido (comp. solamente los arts. 34, 35, 223a, 315a, b y c), lo cual no sería posible si no existiera algo así. Ya von HIPPEL<sup>22</sup> ha juzgado sarcástica, pero acertadamente: "Según von Buri y el Tribunal del Reich, todos nuestros participantes en la guerra que regresaron a casa no estuvieron expuestos a ningún peligro. Si bien ellos decían que sí..., esto era un... error. ¡Sólo estuvieron en peligro los que cayeron! Puesto que el curso causal es objetivamente necesario, ¡quien quedó vivo, tampoco estuvo en peligro!"

Entonces, la teoría subjetiva no es sostenible en su forma conocida hasta ahora y contradice el Derecho vigente. Dos modernas variantes de la teoría subjetiva formulan mejor sus aspectos aceptados, pero tampoco son apropiadas para servir como el único fundamento penal de la tentativa.

Una "rama de la teoría subjetivista de la tentativa"<sup>23</sup>, nunca perfeccionada, pero digna de atención, sigue una "orientación preventivo-especial en la peligrosidad del autor" (teoría del autor). Esta concepción se remite a E. von LISZT<sup>24</sup>, para el cual el fundamento penal de la tentativa

<sup>22</sup> VON HIPPEL, "Strafrecht II", 1930, p. 422.

<sup>23</sup> Sobre esto y lo que sigue, WEIGEND, como en nota 2, 1989, p. 118.

<sup>24</sup> E. v. LISZT, ZStW 25 (1905), p. 24, 27, 36.

es "la voluntad maligna comprobada una vez y, según toda probabilidad, duradera... la cual todavía puede procrear miles de nuevas acciones peligrosas. También LANGE (comp. sobre este autor supra 1)<sup>25</sup> considera que existe una tentativa punible cuando la acción muestra "al autor como un atacante peligroso" del bien jurídico. También la concepción de BOCKELMANN<sup>26</sup>, "de que la tentativa recién puede existir donde el dolo delictivo ha pasado la prueba de fuego de la situación crítica" puede emplearse para la teoría del autor.

Esta concepción reconoce acertadamente el componente preventivo-especial de la punición de la tentativa (comp. supra 1). Ella también puede explicar mejor que la teoría puramente subjetiva, basada en la "voluntad", la impunidad de los meros actos preparatorios y la menor punición de la tentativa por grave incompreensión. Pues recién se muestra que alguien es capaz de cometer un delito, que es un "atacante peligroso", cuando sobrepasa el umbral de la tentativa sobre la base de su representación. También es evidente la mínima peligrosidad del autor bajo una grave incompreensión.

Pero esta teoría del autor, si se pretende que sólo ella pueda fundamentar la punición de la tentativa, se ve expuesta a la objeción de que en un Derecho penal del hecho no es suficiente para la punición sólo una peligrosidad, por más elevada que sea. También es conocido que no siempre existe una necesidad de punición preventivo-especial, ni siquiera en los delitos consumados; en las tenta-

<sup>25</sup> KOHLRAUSCHLANGE, "StGB" (42ª ed.), 1959, com. previo, art. 43, tercer párrafo, número 3. Sin embargo, allí se evita basarse unilateralmente en la teoría del autor a favor de la teoría de la unificación, también aquí representada (comp. ya supra 1).

<sup>26</sup> BOCKELMANN, JZ 1954, p. 473.

tivas inidóneas esto será todavía más frecuente. Luego, para legitimar la punición de la tentativa se tiene que recurrir siempre también a la puesta en peligro objetiva o por lo menos a la perturbación de la paz desencadenada por el autor.

También podrá verse a la concepción de JAKOBS<sup>27</sup> como una variante de la teoría subjetiva, puesto que, según ella, "el fundamento penal de la tentativa (consiste en) la expresión de un quebrantamiento de la norma". Tal quebrantamiento de la norma faltaría en la tentativa superstitiosa: "Una norma realmente existente no será quebrantada cuando el autor, al formar su dolo, especialmente al escoger sus medios, parte de una configuración del mundo comunicativamente no relevante".

Esta teoría explica bastante bien la punibilidad de la tentativa inidónea al hacer valer, acudiendo a la "expresividad", también su lado objetivo. Ella también evita la estricta separación entre consumación orientada al resultado y tentativa portadora de la voluntad, la cual es el punto de partida de la teoría subjetiva y de la jurisprudencia; pues ve en la tentativa y en la consumación por igual "un ataque perfecto a la validez de la norma"<sup>28</sup>. Pero esta teoría prueba demasiado: cuando no existe ya ninguna diferencia entre hecho consumado y tentativa inidónea en relación con el injusto, esto se vuelve precisamente en el prototipo del injusto. Al ver JAKOBS en el delito "no primariamente la producción de lesiones a bienes", sino "la lesión a la validez de la norma"<sup>29</sup>, se aparta de los fundamentos objetivos del Derecho penal del hecho a favor de una subjetivización, la cual se aproxima mucho al Derecho pe-

<sup>27</sup> JAKOBS, "Strafrecht, AT" (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 21.

<sup>28</sup> JAKOBS, "Strafrecht, AT" (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 17.

<sup>29</sup> JAKOBS, "Strafrecht, AT" (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 15.

nal de la actitud interna. Las graduaciones de punibilidad entre consumación, tentativa y tentativa por grave incompreensión ya no pueden ser explicadas si todas estas conductas contienen el mismo "ataque perfecto a la validez de la norma".

También sería consecuencia de esta concepción la punición de los actos preparatorios como "quebrantamiento expresivo de la norma". Si bien JAKOBS quiere evitar esto exigiendo un quebrantamiento de la norma "cercano al tipo"<sup>30</sup>, esta restricción por sí misma correcta no puede ser fundamentada a partir de su concepto teórico<sup>31</sup>. ¿Por qué el quebrantamiento de la norma debe estar "cercano al tipo" si para el injusto no importa en absoluto la lesión de bienes protegidos en los tipos? Se tiene que concordar con el resumen efectuado por WEIGEND<sup>32</sup>: "Si el injusto merecedor de pena radica en la activa oposición contra el valor social protegido penalmente, entonces no sólo se carece de criterios capaces de ser fundamentados teóricamente para una delimitación entre tentativa y actos preparatorios, sino incluso de una explicación para el hecho de que los actos preparatorios 'inequívocos' sean siquiera exceptuados de la punibilidad".

#### 4.- LA TEORÍA DE LA IMPRESIÓN

Una teoría, defendida antes aisladamente<sup>33</sup> y ahora con

<sup>30</sup> JAKOBS, "Strafrecht, AT" (2ª ed.), cap. 25, n. marg. 21.

<sup>31</sup> Así también WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125, nota 64.

<sup>32</sup> WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 125.

<sup>33</sup> Acerca del desarrollo histórico ampliamente ZACZYK, "Das Unrecht der versuchten Tat", 1989, p. 21 y ss. Anteriores defensores de esta teoría son, entre otros, BÜNGER, ZStW 6 (1886), p. 291 y ss., 361; HORN, ZStW 20 (1900), p. 309 y ss., 357; von BAR, "Gesetz und Schuld im Strafrecht II", 1907, p. 490 y s., 527 y ss.; von GEMMINGEN, "Die Rechtswidrigkeit des Versuchs", 1932.

más frecuencia y con diversas acentuaciones<sup>34</sup>, basa el fundamento penal de la tentativa en la **impresión de conmoción jurídica** que ocasiona la conducta del autor. Aunque no se produce el resultado, la conducta del autor fundamenta una perturbación de la paz social que exige una sanción. Esta teoría mantiene un término medio entre lo subjetivo y lo objetivo, entre injusto de la voluntad y la puesta en peligro, tomando como motivación para la punición no solamente la voluntad criminal puesta en acción, sino también la impresión que causa en la colectividad, pero sin exigir una puesta en peligro, la cual sólo se presenta en la tentativa idónea. Ella también explica bastante bien la diferencia de punibilidad entre consumación, tentativa común, tentativa por grave incompreensión y tentativa supersticiosa: la impresión que conmociona jurídicamente, y con ello la necesidad de pena, disminuye cada vez más en el orden descrito. Igualmente se puede decir que los actos preparatorios quedan plenamente impunes porque todavía no ocasionan una impresión que conmocione jurídicamente, o que esa impresión es todavía tan pasajera que no exige una punibilidad.

Aunque esta teoría es hoy en día casi dominante, ha experimentado decididas objeciones en nuevas publicaciones<sup>35</sup>. No es acertada la objeción de que "las impresio-

<sup>34</sup> Comp. entre muchos otros GRÜNWARD, LH a Weizel, 1974, p. 712; LK (10ª ed.), VOGLEER en com. previo art. 22, n. marg. 52; MAURACH/GÖSSEL, "Strafrecht AT", tomo 2 (7ª ed.), cap. 40, n. marg. 40 y ss.; J. MEYER, ZStW 87 (1975), p. 604; PAPAGEORGIOU, "Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch?", 1988, p. 200 y ss.; ROXIN, Jus 1979, p. 1; ESER en Schöke/Schröder (25ª ed.), com. previo art. 22, n. marg. 22; RUDOLPH en SK (6ª ed.), com. previo art. 22, n. marg. 13 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 311; WESSELS, "Strafrecht AT" (26ª ed.), n. marg. 594; WOLTER, "Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem", 1981, p. 79 (pero con justicia sólo para el caso excepcional de la tentativa inidónea).

<sup>35</sup> Así p. e. en JAKOBS, "Strafrecht, AT", cap. 20, n. marg. 20; KÜHL, Jus, 1980, p. 507;

nes que conmocionan al Derecho" serían en la realidad demasiado cambiantes e indeterminadas como para poder explicar algo con ellas. Pues no pueden importar las impresiones de observadores reales, los cuales no tienen por qué estar presentes en el hecho. Lo decisivo tiene que ser si la acción del autor es apropiada para ocasionar una impresión de conmoción jurídica en un observador promedio imaginario que conoce todos los hechos externos e internos. Entonces, se trata de un juicio de valor. Pero incluso bajo esta base todavía persisten las dudas.

En primer lugar, al igual que en la teoría del "quebrantamiento expresivo de la norma" -teoría cercana a la de la impresión- es criticable que esta concepción encaje en todas las formas de aparición de la conducta delictiva, incluyendo a la consumación. Es decir que, en realidad, no contiene nada específico para la tentativa, y sin embargo atribuye todas las acciones punibles a un punto de vista que está precisamente elaborado para la tentativa inidónea (y cuyo lado "objetivo" efectivamente explica de manera correcta, comp. supra 1).

A continuación, sólo de manera muy imprecisa puede delimitarse la tentativa de los actos preparatorios recurriendo a la "impresión de conmoción jurídica". Y es que también las medidas preparatorias ya decididas son apropiadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica. Si bien la impresión de conmoción jurídica es cada vez más persistente conforme se acerque a la consumación, la frontera entre la impunidad y la punibilidad no se puede extraer del criterio de la impresión, sino de un punto de vista sobre

el mismo autor, "Strafrecht, AT", cap. 15, n. marg. 40 y ss.; WEIGEND, como en la nota 2, 1989, p. 121 y ss.; ZACZYK, como en la nota 33, 1989, p. 21 y ss.

la cercanía al tipo orientado en los fundamentos de Estado de Derecho de nuestro Derecho penal.

Finalmente, el criterio de la impresión aparentemente unitario tampoco cambia nada el que la impresión de conmoción jurídica que fundamenta la punibilidad de la tentativa sea derivada en parte de la objetiva puesta en peligro, y también en parte solamente de la perturbación de la paz ocasionada por el quebrantamiento de la norma. Luego, esta doble vía, de hecho inevitable para la fundamentación de la tentativa, tampoco puede ser realmente superada mediante el compromiso expresado en la fórmula de la teoría de la impresión.

## LA TENTATIVA FRUSTRADA \* \* \*

*Al mismo tiempo, una contribución acerca del problema  
de la repetición de la acción ejecutiva*

---

\* Cuando no se da información sobre la ley, se trata del C. P. alemán [Nota del autor].  
\*\* N. d. T.: artículo publicado, bajo el título original en alemán: "Der fehlgeschlagene Versuch", en la revista Juristische Schulung (JS), 1981, p. 1-9.

