

Fundamento de la punición en la tentativa

José Ramón Serrano-Piedecasas*

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Una cuestión de especial importancia consiste en establecer el criterio o los criterios que permitan justificar la punición de la tentativa. De la solución adoptada se deducirán las condiciones que permitan fijar los límites dentro de los cuales la tentativa despliega sus efectos. Es decir, la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en el que el delito alcanza su consumación. Así mismo, la decisión adoptada precisará el ámbito operativo del desistimiento.

La doctrina ha sido especialmente prolífica en proporcionar toda clase de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de realización del delito¹. Estado de la cuestión al que nos referiremos con criterio selectivo, es decir, centrandó el interés solamente en aquellas teorías que, de alguna manera, sigan siendo hoy referentes de discusión. Por este motivo, a la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del derecho penal —en última instancia, de la noción de injusto de la que se parta— se pueden encuadrar las teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?

* Catedrático de derecho penal. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

¹ Sobre el estado de la cuestión, véase a FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, págs. 3 y ss.; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, págs. 63 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht*, págs. 20 a 125.

La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última mediante la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (*teoría de la lesión del bien jurídico*)². La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (*teoría del quebrantamiento de la norma*)³.

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incremine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, es decir, supone la exigencia de un derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad⁴. De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en una fase anterior a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código Penal⁵. Por el contrario, los que se inclinan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un *quebrantamiento absolutamente perfecto* de la misma⁶. De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos⁷.

Para la comprensión de esta última posición, resultan muy ilustrativas las siguientes consideraciones de JAKOBS: "Al igual que un delito consumado es una lesión causal de un bien jurídico, así también un delito intentado es una puesta en peligro de ese bien jurídico. Pero como el delito no es primariamente la causación de lesiones de bienes, sino la validez de la norma, así también la tentativa de delito no se debe concebir como la puesta en peligro de bienes, sino como la lesión de la validez de la norma"⁸.

2. Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico, la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es, sin duda, la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido. Según la teoría de la desautorización de la norma o de aquellas que se formulan en torno a la infracción del deber u otras perspectivas similares, encuentran su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante el acto ejecutivo. Por último, existen otra serie de concepciones que exhiben una naturaleza

mixta o ecléctica, de suerte que en algunos casos aparecen como teorías objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas.

La primera versión de la teoría objetiva se formula en Alemania y basa el fundamento jurídico de la punición en el peligro próximo de la producción del resultado. La tentativa se castiga a tenor de la alta probabilidad lesiva de la acción; es decir, en el marco de una noción ontológica del peligro. Esta concepción conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y a rechazar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea⁹. La nueva regulación que el Código Penal establece para la tentativa ha provocado que esta teoría adquiera de nuevo actualidad en España al ser reformulada en términos normativos y en donde se hace aparecer el peligro del intento como un resultado en sí mismo¹⁰.

Las diversas teorías subjetivas nacen en Alemania al amparo de la regulación que hace de la tentativa el § 22 del StGB y tienen en común fundar la pena en la voluntad contraria al derecho. Para ellas lo importante no es la puesta en peligro del objeto jurídico, sino lo injusto de la acción. La teoría subjetiva conduce a una ampliación de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, al castigo de las tentativas inidóneas y a la equiparación, desde el punto de vista del merecimiento de la pena, de la tentativa con la consumación¹¹.

3. Conviene hacer algunas observaciones respecto al estado de la cuestión en la doctrina española. Por lo pronto, el marco legal establecido en los artículos 16.1 y 62 del vigente Código Penal se inclina por una clara orientación objetiva, distanciándose así de la subjetiva seguida por el legislador alemán. Sin embargo, estas exigencias normativas propias se ven atemperadas por la fuerte influencia que sigue teniendo el pensamiento dogmático alemán entre nuestros autores; en particular el proveniente de la "antigua" y, recientemente, de la "nueva" Escuela de Bonn. Por esta razón, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas, sin que nadie haga renuncia expresa al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Como veremos, la piedra de toque en toda esta discusión interna la conforma el tratamiento que se propone para la tentativa inidónea. Precisamente, de acuerdo con las consideraciones que unos y otros hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación por la jurisprudencia y que, salvo estimables aportes doctrinales¹², no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

⁹ HANS HEINRICH JESCHECK, *Derecho penal*, Parte general, pág. 701.

¹⁰ BERDUGO, ARROYO, G. RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones...*, págs. 237 y ss.

¹¹ JESCHECK; ob. cit., pág. 701.

¹² Como monografías dedicadas a la tentativa, más recientes, existe una de FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986; y otra de SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.

² Por todos CLAUS ROXIN, *Allgemeiner Teil*, § 2, págs. 8 y ss.

³ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, págs. 339 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, Parte general, págs. 43 y ss.

⁴ IGNACIO BERDUGO, *Concepto, método y fuentes*, págs. 42 y ss.

⁵ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, pág. 352, no obstante, el autor aclara a continuación que estas figuras realizan a su vez otros tipos legales.

⁶ ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, pág. 153; KAUFMANN, *Normantheorie*, pág. 12 I; JAKOBS, *Estudios*, págs. 325 y ss.

⁷ JAKOBS, ob. cit., pág. 855.

⁸ JAKOBS, ob. cit., § 25/15. Obsérvese la completa identidad que en este sistema funcionalista se asigna al bien jurídico con la norma.

2. TEORÍA OBJETIVA DE LA PELIGROSIDAD

4. FEUERBACH es el primer autor que fundamenta la punición de la tentativa en "la peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado"¹³. Concepción dimanante de un derecho penal liberal e ilustrado desvinculado de la moral y distanciado de aquellas posiciones tradicionales que, influidas por el derecho canónico, situaban el juicio de reproche en el ánimo o actitud del autor.

En su versión más antigua, la teoría objetiva adopta una perspectiva *ex post* en la valoración del peligro¹⁴; circunstancia que permite distinguir entre tentativa relativa y absolutamente inidónea. La primera es considerada peligrosa y por tanto punible, la segunda impune. A VON HIPPEL se debe una reformulación de la teoría, según la cual la valoración debe realizarse *ex ante*¹⁵. Para efectuar este análisis se recurre a un método heurístico-hipotético: el que efectuaría una persona observadora situada en el momento anterior del hecho y en posesión de los conocimientos del autor. De esta forma, la tentativa de homicidio realizada con un arma, que un tercero sin el conocimiento del autor había descargado momentos antes, es idónea para la moderna teoría objetiva, siendo absolutamente inidónea para la antigua¹⁶.

Sin perjuicio del momento en que se efectúe la valoración del peligro, la alta probabilidad de producción de lo *injusto del resultado* fundamenta el castigo de la tentativa¹⁷. De aquí se siguen importantes consecuencias deducibles de la proximidad del peligro en relación con el bien jurídico protegido. Por una parte, se pretende proporcionar un criterio objetivo de delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación del delito; por otra, la situación del peligro sirve de criterio para valorar la gravedad de la amenaza y, en consecuencia, la medición de la pena. El contenido, por último, de la manifestación externa del peligro permite descartar como penalmente irrelevante la tentativa absolutamente inidónea.

La peligrosidad como único elemento justificativo de la punición de la tentativa sitúa a esta teoría en el marco del pensamiento causalista. En efecto, solo el acontecer objetivo del mundo exterior pertenece al ilícito. En el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir su peligrosidad.

Llegar a estas conclusiones solo fue posible partiendo de estos dos presupuestos: el concepto de una acción causal que permite prescindir del contenido de la voluntad del autor en la constatación de la infracción de la norma; y la caracterización de esta norma como norma de valoración. Precisamente, del carácter objetivo de la norma de

valoración es de donde se deduce con claridad la esencia del ilícito. En este orden de cosas, injusto será la lesión objetiva de una norma de valoración, en donde el contenido objetivo de la lesión está determinado por la perturbación impuesta al bien jurídico. Así pues, el núcleo esencial del injusto se integra exclusivamente por el disvalor del resultado.

5. Todas las carencias sistemáticas deducibles de una teoría del delito fundada desde una perspectiva ontológica son aquí aplicables. En efecto, los causalistas, llevados de la mano por el positivismo, entienden que lo único accesible al conocimiento racional (científico) son los "hechos" perceptibles experimentalmente, junto con la legalidad manifiesta en ellos. Hechos, que pueden provenir del "mundo exterior", perceptibles por los sentidos, o del "mundo interior", de naturaleza psíquica. Tanto unos como otros se rigen determinísticamente por la ley de la causalidad.

El gran reto que se presentó a esta escuela positivo-naturalista es la de descubrir las leyes que rigen ese determinismo¹⁸. Pues bien, el éxito obtenido es relativo, ya que ignoran algo esencial al derecho: la imposibilidad de deducir directamente de proposiciones del ser —por ejemplo, de las características del objeto, del sujeto o de los medios empleados— consecuencias jurídicas¹⁹. En otros términos, olvidar el momento del deber ser.

Crítica que alcanza también a sus particulares conclusiones, como aquella que pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa solo con base en un concepto natural del riesgo. El peligro, como concepto cuantificable, no permite trazar un límite normativo entre la tentativa y los actos preparatorios. Téngase en cuenta, que el peligro para el bien jurídico aparece desde que el autor adopta la resolución delictiva y de manera ininterrumpida a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos²⁰.

Las carencias sistemáticas de esta teoría provienen de la falta de una concepción normativa de peligro. En efecto, cualquier forma adelantada de punibilidad solo se justifica por la existencia de una perturbación referida a la integridad del bien jurídico. El contenido de esa perturbación aparece en dos momentos distintos: en la peligrosidad de la acción y en la creación de un estado de peligro. Los juicios que permiten constatar su presencia consisten en operaciones cognoscitivas dirigidas a la explicación racional de determinados fenómenos empíricamente perceptibles. Juicios que conforman la base fáctica a partir de la cual se realizará la valoración jurídico-penal; por eso, los mismos carecen de un valor normativo directo como pretenden estas primeras versiones de la teoría objetiva. De lo contrario, dejar librada la decisión valorativa

¹⁸ KARL LARENZ, *Metodología...*, pág. 53.

¹⁹ KLUG, *Pseudoschluß*, pág. 99.

²⁰ MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, *Derecho penal*, Parte general, § 40-U, pág. 25. Como afirma RODRÍGUEZ MOURULLO, si esta resolución es manifiesta y vertida en el círculo de autor-partícipe, que sería en el caso de los actos preparatorios punibles (C. P., arts. 17 y 18), no puede desconocerse que el peligro que entraña para el bien jurídico pueda ser mayor o similar al que encierran los actos preparatorios realizados por un autor aislado (RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, pág. 297).

¹³ LUDWIG FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 42.

¹⁴ *Ibidem*, § 42, nota 3.

¹⁵ THEODOR VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, vol. I, 1925 y vol. II, 1930, Berlín. Reimpresión, Aalen, 1971.

¹⁶ HANS WELZEL, *Derecho penal*, § 24, IV, pág. 266.

¹⁷ HANS HEINRICH JESCHECK, ob. cit., vol. II, § 49, II, 1.

a meras consideraciones ontológicas, implicaría abrir la puerta a un derecho penal de la responsabilidad objetiva.

La teoría de la falta de tipo

6. Se puede considerar también como objetiva la teoría de la falta de tipo²¹. Según la misma, solo existe tentativa cuando falta el resultado, *la pieza final*, del delito. Al contrario, se da una falta de tipo en sentido estricto si el tipo objetivo presenta un déficit por la falta de otras circunstancias. Así, resultan impunes la utilización de medios inidóneos o la ausencia de objeto típico; por ejemplo, se comprueba posteriormente que el autor del disparo era propietario del valioso objeto dañado.

Con esta teoría se pretendió, sin éxito, delimitar la punibilidad de la tentativa con la sola ayuda del tipo. Desde un punto de vista dogmático, el tipo representa “un anillo del ilícito legalmente acuñado” que no admite su separación en porciones²². En efecto, decidir que el resultado en el delito de daños es el daño de una cosa y que la ajeneidad es un elemento del tipo, no pasa de ser una arbitraria y opinable *explicación de signos*²³.

Sin embargo, en sentido general, es cierto que la tentativa implica un defecto en el tipo. Junto a un tipo subjetivo plenamente cumplido, se da un tipo objetivo incompleto: el autor supone erróneamente la presencia de unas circunstancias de hecho, que de estar presentes, configurarían la presencia íntegra del tipo objetivo²⁴. Con ello, se pone de relieve la importancia de la representación del autor como elemento confundante del tipo de la tentativa. De esta forma se abre una vía útil en la solución del problema. En lugar de dirimirse la controversia en un plano preponderantemente ontológico, riesgo frente a intención, como resultaba desprenderse de las tradicionales posiciones objetivas y subjetivas, se introduce un nuevo componente, el plan del autor, el cual puede y debe ser ponderado desde una perspectiva axiológica.

3. TEORÍA DEL DOLO (SUBJETIVA)

7. Según la teoría subjetiva, se castiga en la tentativa “la actuación de la voluntad contraria al derecho”²⁵, “el acto final contrario al deber (norma)”²⁶, o “la manifiesta re-

²¹ Principales representantes fueron: ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª ed., 1950, págs. 56 y ss.; EDMUND MEZGER, *Strafrecht, ein Lehrbuch*, 1ª ed., 1939, pág. 396, y LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, pág. 298.

²² MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, ob. cit., t. II, págs. 51 y 52.

²³ Las “explicaciones de signos” tienen como único cometido establecer con exactitud en “uso lingüístico” que, por supuesto, no exigen ningún criterio de verdad, sino de adecuación al referente legal o sociológico utilizado (KLUG, *Zür problematik...*, pág. 148), videre JAKOBS, ob. cit., pág. 861.

²⁴ MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, ob. cit., t. II, pág. 18.

²⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, § 22, núm. 63.

²⁶ KAUFMANN, *Normentheorie*, págs. 121, 126 y 138.

belión del autor contra la ley”²⁷. Lo decisivo no es la puesta en peligro del bien jurídico, sino lo injusto de la acción exteriorizada en la conducta del autor.

La teoría subjetiva, a diferencia de la precedente, ha admitido distintas formulaciones²⁸, según sea el tratamiento dogmático que unos y otros otorgaron a los componentes subjetivos del ilícito penal. Así, en la versión más primitiva de esta teoría, se trata de hacer compatible el descubrimiento de los elementos subjetivos del tipo con una concepción puramente objetiva del ilícito. El finalismo, sin embargo, barre con cualquier régimen excepcional de los mismos al decidirse en favor de un injusto cuyo contenido viene dado por el disvalor de la acción. En lo que sigue, la exposición se referirá a estas dos alternativas. La primera, la situaremos dentro de la corriente neoclásica, considerando a MEZGER como su expositor más definido, y la segunda, obviamente, la situaremos en el seno de la teoría de la acción final, eligiendo a KAUFMANN como interlocutor.

A) Teoría de las condiciones subjetivas del ilícito

8. Con el neokantismo se elabora un concepto del delito, no encerrado en sí mismo, como acontecía con los clásicos, sino definido a partir de las perspectivas valorativas (fines) que sirven de base al derecho penal. Por ello, la respuesta que esta escuela da al interrogante ¿por qué la tentativa es punible?, se hizo posible con el descubrimiento de los elementos subjetivos del ilícito²⁹. “Que el abuso sexual, la no denuncia de un homicidio, la falsedad constituyan un ilícito —reflexiona MEZGER— no depende únicamente de la forma exterior de la acción, sino, también de la actitud interior del autor”³⁰.

Pero, si el contenido del ilícito lo conforma básicamente la lesión exterior (o puesta en peligro) de un bien jurídico ¿es posible que esos elementos subjetivos también puedan fundamentarlo? La respuesta es la siguiente: excepcionalmente se pueden reconocer en el ilícito elementos subjetivos que sustituirían a los ausentes presupuestos objetivos³¹. MEZGER entiende que ello es posible, dado que el legislador puede fundamentar la norma únicamente sobre el suceso externo, o bien hacerlo únicamente sobre la voluntad del autor³². O lo que es lo mismo, el legislador puede hacer que el

²⁷ VON BURI, “Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch”, en *Der Gerichtssaal*, 1888, págs. 504 a 506. El auténtico creador de esta teoría subjetiva fue JULIUS GLASER, aunque el mérito de su desarrollo corresponda a VON BURI. Esta teoría, en su formulación más estricta, encontró su plena aplicación en la jurisprudencia del *Reichsgericht* (Tribunal Imperial) y en la previa a la década de los setenta en el BGH. Su versión moderada, sin embargo, es la que sigue informando la redacción de los §§ 22 y 23 del StGB. En España su influencia doctrinal ha sido también importante, aunque no así en la jurisprudencia.

²⁸ Sobre la evolución histórica consúltese ZACZYK, *Das Unrecht*, págs. 20 a 125.

²⁹ HEGLER, “Die Merkmale des Verbrechens”, en *ZStW*, núm. 36, 1914, págs. 19 y ss. Un amplio resumen de la polémica que suscitó el tema puede encontrarse en SIEVERST, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

³⁰ MEZGER, *Sinn*, pág. 187.

³¹ MEZGER, *Derecho penal*, Parte general, pág. 260.

³² MEZGER, *Moderne Wege*, pág. 22.

contenido de la norma prohíba directamente la producción de un resultado, o que prohíba directamente acciones dirigidas a la producción de ese resultado.

De esta forma, se abre la posibilidad de una fundamentación del ilícito de la tentativa puramente subjetiva en el que el dolo del autor también afecta la validez de la norma de derecho³³. Este componente intencional, a su vez, se convierte en característica objetiva tan pronto como se alcanza la consumación. En cuyo caso, la producción del resultado sustituye a la resolución del autor en la fundamentación del injusto³⁴. En resumen, lo general es la fundamentación objetiva del ilícito consumado; lo excepcional será la fundamentación subjetiva del ilícito de la tentativa.

9. La tesis de MEZGER muestra una absoluta debilidad sistemática. En efecto, las funciones que cumple el dolo en el delito intentado no deben ser diferentes a las que cumple el dolo en el injusto del delito consumado. Por ello, tampoco corresponde admitir la sustitución del disvalor de la acción, fundamento de la tentativa, por el disvalor del resultado si el hecho llega a consumarse³⁵. La tentativa es una parte del delito consumado. Si en la tentativa, la actuación de la voluntad, que sabe y quiere el resultado, pertenece al ilícito, entonces en el delito consumado esa misma actuación de la voluntad, junto con el resultado, también pertenece al ilícito³⁶. En definitiva, no cabe admitir únicamente para el delito consumado una antijuridicidad objetiva, sin dolo, y para el intentado una antijuridicidad subjetiva, con dolo. La antijuridicidad del delito intentado y consumado debe ser la misma.

La posibilidad de concebir a la tentativa y a la consumación como dos delitos diferentes, solo es admisible si se renuncia a un concepto del injusto y de la culpabilidad estructurados uniformemente³⁷. Expresivamente, señala WELZEL: ¿cómo podría depender de que el disparo acierte o no en el blanco, que el dolo constituya un elemento del injusto o de la culpabilidad?³⁸. La admisión de un derecho penal que trabaje con conceptos distintos de tipo, antijuridicidad y culpabilidad en función de la naturaleza del delito, no solo incurre en graves contradicciones lógicas, sino que también conduce irremediabilmente a una injusticia material³⁹.

La teoría de la culpabilidad sin ilícito

10. La polémica doctrinal que suscitó la solución sistemática del problema desembocó en la propuesta de dos soluciones radicalmente distintas. Por un lado, mantener una rigurosa fundamentación objetiva del injusto admitiendo la posibilidad de una

culpabilidad sin injusto⁴⁰; por otro, hacer de lo excepcional lo general, de suerte que el injusto pasaba a ser fundado exclusivamente sobre bases subjetivas (teoría de la acción final).

La teoría de la culpabilidad sin ilícito considera que ante la tentativa inidónea, ausente de todo contenido objetivo, caben solo dos posibilidades: o se adscribe el dolo de una vez por todas al ilícito; o, se admite que puede ser punible aquello que no es contrario a derecho, sino solo culpable⁴¹. Esta posición se decide por la segunda opción con base en la teoría de los imperativos elaborada por GOLDSCHMITT y THON⁴². Se dice, que el ilícito objetivo depende expresamente de las valoraciones abstractas del derecho (norma de derecho), existiendo junto a ella una segunda norma no explícita, que ordena al individuo adoptar una conducta interior acorde con las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico (norma de deber). La norma de deber es la que motiva y fundamenta la culpabilidad.

De ahí se deducen importantes consecuencias. Por lo pronto, la pena, como sanción, se asocia a la voluntad culpable del autor, mientras el ilícito deviene en puro concepto de relación mediante el cual puede ser formalmente separado lo jurídico, penalmente relevante, de la conducta voluntaria, neutra al valor. Así, presupuesto y contenido de la culpabilidad es la mera voluntad del autor. De esta forma, se distancian de la doctrina mayoritaria al admitir que no siempre el ilícito es el *prius* lógico, conceptual y real de la culpabilidad⁴³.

Pues bien, si a la tentativa le falta toda cualidad objetiva, y no obstante es delito porque la conducta está orientada a contrariar el derecho (infracción a la norma de deber), entonces puede existir en ella culpabilidad y castigo, aun cuando por la falta de peligrosidad para el bien jurídico no concurra un ilícito.

Las consecuencias político-criminales que se derivan de esta concepción son inadmisibles. En efecto, una punibilidad basada exclusivamente en la voluntad delictiva posibilita la sustitución de un derecho penal del acto por un derecho penal de autor⁴⁴.

B) Teoría de la acción final

11. La fundamentación subjetiva del ilícito por la teoría de la acción final ofrece una solución coherente, desde la perspectiva de la teoría del disvalor de la acción, al problema de la punición de la tentativa. Ello no quiere decir que el finalismo, al menos

⁴⁰ Teoría sostenida por un sector de la escuela austriaca (RITTNER, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, t. I, Allgemeiner Teil, 2ª ed., Wien, 1954; NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63).

⁴¹ NOWAKOWSKI, *ZStW*, 63, pág. 313.

⁴² GOLDSCHMITT, "Der Notstand ein Schuldproblem", en *Österreichischen Zeitschrift für Strafrecht*, Wien, 1913; THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Aalen, 1964 (reimpresión).

⁴³ En forma análoga, JAKOBS entiende que la infracción a la norma de conducta no es una condición suficiente, ni necesaria para desencadenar la sanción (*Studien*, pág. 125).

⁴⁴ MIR PUIG, *Introducción...*, págs. 256 y ss.

³³ ZIELINSKI, *Disvalor*, pág. 30.

³⁴ MEZGER, ob. cit., pág. 187.

³⁵ ZIELINSKI, *Disvalor*, págs. 39 y ss.; FARRÉ TRÉPAT, *La tentativa...*, pág. 16.

³⁶ *Ibidem*, pág. 49.

³⁷ *Ibidem*, pág. 49.

³⁸ WELZEL, *El nuevo sistema*, pág. 62.

³⁹ STRATENWERTH, *Natur der sache*, págs. 17 y 27.

en su versión más pura, no sea libre de graves objeciones lógicas⁴⁵. En todo caso, WELZEL aceptó la inclusión del disvalor de acción en el ilícito, al concebir la acción no como un mero suceso causal, sino como un acontecer dirigido y dominado por la voluntad final⁴⁶. Con ello se unifica el fundamento que posibilita la punibilidad del delito consumado e intentado.

La discusión en torno a la estructura del ilícito, que se plantea aquí a propósito de la naturaleza jurídica de la tentativa, está más relacionada con el concepto de la norma que con el concepto de la acción que se utiliza como base del sistema⁴⁷. Por ello, en lo que sigue se adoptará esta perspectiva de análisis.

12. El punto de partida lo constituye el entendimiento de la norma como una orden encaminada a motivar⁴⁸ al sujeto a la observancia de la situación objetiva apreciada como valiosa por el ordenamiento jurídico. El sistema de normas se basa en un sistema de juicios de valor que despliegan sus efectos sobre los llamados bienes jurídicos⁴⁹. Estos juicios de valor pueden ser primarios o secundarios. Los primeros, positivos o negativos, implican una valoración de los sucesos que lesionan o conservan el bien jurídico; los segundos, positivos o negativos, valoran las acciones humanas que tienden al suceso.

El juicio de valor primario sobre el resultado lesivo sirve de base al juicio de valor secundario sobre el acto que provoca el resultado. Ambos juicios son entre sí interdependientes, pero en sus objetos de análisis se diferencian. Mientras el juicio de valor primario declara como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir, los juicios de valor secundarios describen los caminos (acciones) que tienden a producir o no evitar esas lesiones que no deben existir. Precisamente, el medio jurídico a través del cual se consigue llegar a la meta más arriba propuesta es que no se den acciones encaminadas a la lesión del objeto jurídico. En este sentido, la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto que debe ser⁵⁰. Por ello, el acto recibe su disvalor

⁴⁵ Videre: KLUG, "Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem", t. II, págs. 155 a 173, en *Skeptische Rechtsphilosophie und modernes Strafrecht*, 1981; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, págs. 7 a 32; ENGISCH, "Der finale Handlungsbegriff", en *FS für Enrique Kohlrausch*, 1944, págs. 141 a 179; SERRANO-PIEDRACASAS, *Crítica formal...*, págs. 984 a 995.

⁴⁶ WELZEL, *Nuevo sistema*, pág. 25.

⁴⁷ WILHELM GALLAS, *Zur Struktur...*, págs. 155 y ss.; ENRIQUE BACIGALUPO, *La función del concepto de norma*, págs. 73 y ss.; LAURENZO COPELLO, *El resultado*, págs. 38 y ss.

⁴⁸ KAUFMANN dice al respecto: todo ordenamiento en la conducta entre hombres está referido a comunicar de modo comprensible —incluso al inimputable con capacidad de acción— el contenido de la conducta exigible. No haber distinguido entre la pretensión del contenido y la de la vinculación de la norma fue el fallo de los partidarios de la teoría subjetiva de los imperativos. Para ellos, la norma solo podía motivar al capaz de culpabilidad.

⁴⁹ KAUFMANN entiende que integran el primer plano valorativo, siempre positivo, del sistema (*Normentheorie*, pág. 69). En los hechos, las normas jurídico-penales presuponen la existencia de los bienes jurídicos (ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, pág. 136).

⁵⁰ ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, pág. 74. En este sentido, norma de determinación y juicio de valor secundario son la misma cosa.

exclusivamente de la intención del resultado contrario al valor; si falta el resultado, subsiste, sin embargo, la intención fundante del disvalor⁵¹.

En atención a todo lo expresado, el injusto de la tentativa es la acción final que tiende a la afectación del objeto jurídico, siendo este acto el objeto del juicio de valor secundario y de la norma de determinación⁵². En otros términos, el dolo del hecho determina de manera única el substrato valorativo del juicio de antijuridicidad⁵³. De esta suerte, infringe la prohibición contenida en la norma de determinación tanto la acción incapaz de resultado (tentativa inidónea) como la capaz de resultado (tentativa idónea)⁵⁴.

13. Pero, ¿qué función normativa juega el disvalor de resultado? El injusto de la consumación es la acción final que merece una valoración negativa en la medida que sea capaz de resultado. Así pues, el objeto de la norma de determinación o, lo que es lo mismo, el objeto del juicio de valor secundario lo conforma *el acto final capaz de resultado*. Esta capacidad de resultado debe, no obstante, entenderse como una aptitud objetiva, circunstancial, que *condiciona la actividad final* tendente a la afectación de un bien jurídico. En otros términos, si la norma de determinación solo contiene, según KAUFMANN actos finales⁵⁵, entonces, el contenido objetivo dado por la *capacidad de resultado* (peligrosidad de la acción) no puede ser objeto de valoración de la norma. Pero, si no es objeto de la norma de determinación, entonces será condición de ella; o, lo que es lo mismo, la especial concurrencia de esas circunstancias objetivas fijarán el dominio en el que el juicio de valor secundario desplegará sus efectos. Entonces, si el de resultado es irrelevante para el ilícito, no tiene sentido una distinción entre el delito tentado y consumado, aunque sí entre tentativa acabada e inacabada⁵⁶.

Desde otra perspectiva, si la norma ordena, prohíbe o manda hacer o no hacer determinadas acciones finales, entonces no puede motivar a su cumplimiento desde particulares circunstancias objetivas regidas por la casualidad o desconocidas para el destinatario de la orden. Por eso, esta situación objetiva no debe constituir objeto de la norma, aunque pueda aparecer como una condición especial de la misma⁵⁷.

Entonces, tanto la tentativa como la consumación tienen la misma materia de prohibición, aunque el ámbito de aplicación de una y otra sea diferente. Ambas nor-

⁵¹ KAUFMANN, *Normentheorie*, pág. 71.

⁵² ZIELINSKI, ob. cit., pág. 153.

⁵³ JAKOBS, "Representación del autor e imputación objetiva", en *Estudios...*, pág. 225.

⁵⁴ Respecto al injusto del delito consumado.

⁵⁵ KAUFMANN, ob. cit., pág. 75. Esta vinculación lógico-objetiva del legislador respecto a la estructura final de la acción (omisión), significa: que el legislador partiendo del dato ontológico puede inferir proposiciones del deber ser. Se trata de un argumento iusnaturalista (ontológico) que conduce desde una perspectiva metalógica de la norma a un razonamiento entimemático (KLUG, *Psgeudoschluß*, pág. 99; SERRANO-PIEDRACASAS, *Crítica formal...*, pág. 989).

⁵⁶ KAUFMANN, *ZStW*, núm. 80, pág. 50.

⁵⁷ ZIELINSKI, ob. cit., pág. 155. El éxito de la capacidad de resultado de la acción exige la prognosis del observador objetivo.

mas prohíben el mismo acto final: la de la tentativa, lo prohíbe en general y sin restricciones; la norma de consumación, lo prohíbe en particular para el caso de que la acción final sea capaz de resultado. La norma de determinación de la consumación es objetivamente idéntica a la norma de determinación de la tentativa en su función de motivar a la conducta humana. La norma de la consumación es la reiteración de la norma de la tentativa limitada a ciertos supuestos. ¿Cuáles son estos supuestos?: acciones finales condicionadas por la aparición casual de circunstancias objetivas (naturalísticas) que propiciaron su capacidad de resultado.

En conclusión, la manifestación de la voluntad contraria a la norma, el dolo de hecho, es la única categoría dogmática que dota de contenido al ilícito penal.

14. Sin embargo, el debate no termina aquí. El siguiente nivel de análisis consiste en decidir sobre el sentido o significado del dolo. Cuando se dijo que la tentativa representa un defecto del tipo, se hizo alusión a que el autor asumió erróneamente la existencia de determinadas circunstancias de hecho en el objeto o en los medios empleados, que de haber estado presentes hubieran consumado el tipo objetivo. Pues bien, el problema reside en decidir si esa errónea planificación debe determinarse objetiva o subjetivamente. ¿Todo lo que el autor considera una planificación constituye necesariamente una planificación relevante?⁵⁸. ¿Si el autor decide procurar la muerte de su enemigo mediante conjuros, esa manifiesta voluntad contraria a la norma debe ser considerada como tentativa de homicidio?

La cuestión nos introduce de lleno en la problemática de la distinción entre: a) actos preparatorios y ejecutivos; b) tentativa idónea e inidónea. Aunque el tratamiento de estas cuestiones se hará más adelante, sin embargo, siguiendo la exposición de las tesis de KAUFMANN, en torno a su concepción de lo injusto, adelantaremos algunas de sus conclusiones en relación con la cuestión planteada.

En este punto, KAUFMANN adopta el punto de vista personal (subjetivo) del autor⁵⁹. Si la intención homicida de este se manifiesta por medio de la superstición el derecho debe seguirlo⁶⁰. Decisión consecuente con su concepto del injusto personal que lo lleva a la siguiente afirmación el sentido que el autor da a su hecho determina el contenido valorativo de la antijuridicidad⁶¹; en el mismo sentido, ZIELINSKI opina: "la representación del autor de la situación fáctica debe ser la base para la calificación jurídica de la acción"⁶².

Esta radical fundamentación subjetiva del injusto en la que solo importa el sentido que el autor da a su hecho, no toma en consideración si dicha individualización puede ser sostenida desde un contexto social⁶³. Quizás, esos datos individuales per-

mitirían explicar las relaciones dentro de grupos íntimos, o en comunidades religiosas, pero no serían útiles para explicar las relaciones dentro de una sociedad moderna. "Así, se puede explicar el pecado, pero no el ilícito"⁶⁴.

4. TEORÍAS MIXTAS

15. Las teorías mixtas pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa combinando aspectos objetivos y subjetivos. Se trata de soluciones ampliamente acogidas por la doctrina y la jurisprudencia tanto española como alemana. Soluciones, por otra parte, surgidas de la necesidad de operar con criterios útiles encaminados a fijar el límite entre los actos preparatorios y ejecutivos y tentativas idóneas e inidóneas.

LARENZ destacaba de la *Teoría pura del derecho* de KELSEN su contenido en extremo seductor, aunque de escaso rendimiento en orden a la praxis, y concluía: "en última instancia la razón de ello reside en la deficiencia de la teoría"⁶⁵. Esta misma reflexión corresponde hacerla respecto de las teorías objetivas y subjetivas formuladas en sus inicios. En efecto, las consecuencias prácticas que se deducen de mantener una rigurosa fundamentación objetiva de la tentativa propician la impunidad de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea; por cuanto una fundamentación exclusivamente subjetiva amplía el ámbito de punición de los actos ejecutivos y de la tentativa inidónea.

Con estas observaciones no se pretende invalidar la fecundidad teórica de estas fundamentaciones. Muy al contrario, lo que allí se estaba decidiendo era la construcción conceptual de la tentativa como categoría del delito. La confrontación de pareceres, no obstante, se realizaba en un plano ontológico, sea por la vía naturalística del peligro o por la vía iusnaturalista de la acción final. Las carencias lógico-jurídicas de ambas propuestas se manifestaron desde el principio. No toda puesta en peligro de un bien jurídico, ni todo dolo contrario a la norma *por sí mismos* interesan al derecho penal. Para que esto ocurra, se requiere de la intermediación de un juicio de imputación, de un juicio de deber ser, que permita la selección normativa de esos comportamientos arriesgados y de esas manifestaciones de la voluntad contrarias a la norma. Tema aparte es decidir el cómo debe efectuarse dicho juicio. No obstante, resulta incontestable que la discusión en torno al fundamento punible de la tentativa debe efectuarse desde una perspectiva axiológica.

Cuando se trate el monismo normativo nos referiremos con más detalle a esta cuestión. No obstante, conviene hacer la siguiente reflexión. Un sistema jurídico-penal sustentado sobre sólidas bases racionales (lógicas) se mueve, en contra de la opinión de JAKOBS, FREUND o FRISCH, no solo en un ámbito normativo, sino que también analiza los hechos de la realidad como referentes para efectuar una valoración. Desconocer esta interacción entre lo ontológico y lo axiológico, ya puesta de manifiesto por la escuela suroccidental alemana de VON RICKERT y LASK, conduce inevitablemente a una pura tautología.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 227.

⁶⁵ KARL LARENZ, *Metodología...*, pág. 91.

⁵⁸ JAKOBS, *Estudios...*, págs. 230 y 231.

⁵⁹ *Ibidem*, pág. 231.

⁶⁰ "Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito", KAUFMANN, *Zum stand...*, pág. 161; ZStW, núm. 80, pág. 242.

⁶¹ KAUFMANN, *Zum stand...*, págs. 393 y ss.

⁶² ZIELINSKI, ob. cit., págs. 292 y ss. y 369.

⁶³ JAKOBS, ob. cit., pág. 237.

En todo caso, con el nombre de teorías mixtas, la doctrina habilita una especie de cajón de sastre en el cual almacena una serie de conceptos, que fuera de esa naturaleza ecléctica que los caracteriza, se supone que no admiten ningún otro criterio de selección. En nuestra opinión, es factible efectuar una ulterior clasificación en atención al grado de integración, de síntesis, producto de combinar unos y otros elementos. Así, es posible distinguir las teorías integradoras, de aquellas otras que son el resultado de una simple adición de elementos objetivos y subjetivos —teorías duales *stricto sensu*—⁶⁶. En tanto que las teorías integradoras proporcionan un cierto grado de precisión sistemática y guía en la praxis jurisprudencial⁶⁷; las segundas son portadoras de las mismas carencias teóricas y prácticas de las que adolecían sus fuentes de inspiración. No obstante, no sin razón opina ROXIN respecto de todas las teorías mixtas que “los defectos de cada teoría no se suprimen en absoluto entre sí, sino que se multiplican”⁶⁸.

La teoría de la impresión

16. Sin duda, la teoría integradora más seguida por la doctrina alemana, no así en España⁶⁹, es la teoría de la impresión⁷⁰; según ella, la tentativa es punible, porque la actuación de la voluntad contraria al derecho (componente subjetivo), posee la capacidad de perturbar la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (componente objetivo). Como señala HIRSCH, se trata de una variante de la teoría subjetiva dado que el fundamento del castigo sigue recayendo en la voluntad delictiva del autor y solo se adopta un criterio objetivo en lo concerniente a la penalidad⁷¹. En otros términos, lo que se somete a examen es la capacidad que tiene el elemento subjetivo del § 22 StGB —representación que el autor tiene del hecho— en relación con la medición de la pena. Téngase en cuenta que a diferencia de lo que acontece con

⁶⁶ En este grupo habría que incluir, por ejemplo, la primera versión de la *teoría objetiva del plan del autor*, elaborada por KOHLER y HALSCHNER, hoy totalmente superada. En la misma se exigía junto al dolo la existencia de un nexo causal entre la actividad propuesta y el resultado perseguido. Valoración objetiva difícilmente compatible con una fundamentación subjetiva (videre FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, págs. 325 y 326).

⁶⁷ La obligación del fallo a la que el juez está sometido no le concede la posibilidad de retardar su resolución hasta que una cuestión haya sido plenamente discutida por la dogmática. El juez tiene, como dice LARENZ, que “arriesgar” una decisión aun cuando no sea capaz de apuntalarla plenamente con razones. El dogmático, sin embargo, no está constreñido por esa obligación del práctico, sí, en cambio, autorizado e incluso obligado a reconocer a veces que el derecho positivo no permite en determinados temas, según el estado actual del conocimiento, una solución satisfactoria (*Metodología...*, págs. 226 y 227).

⁶⁸ ROXIN, *Teoría del tipo...*, nota 15, pág. 11.

⁶⁹ La influencia doctrinal de esta teoría se percibe en el criterio utilizado por RODRÍGUEZ MOURULLO y CÓRDOBA RODA para delimitar el ámbito de punición de la tentativa inidónea (*Comentarios...*, I, pág. 233).

⁷⁰ Aunque fue HORN su creador (*Der Versuch*, en *ZStW*, 20, 1900), se debe su definitiva formulación a MEZGER (ob. cit., t. II, pág. 248); también: GÖSSEL (*Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht*, I, 1974); SCHÖNKE, SCHRÖDER, ESER, 22ª ed., 1985; RUDOLPHI, *Systematischer kommentar zum Strafgesetzbuch*, Allgemeiner Teil, 4ª ed., 1983.

⁷¹ HIRSCH, *Gefahr...*, pág. 560. La teoría de la impresión está fuertemente vinculada al texto del § 23, StGB, acerca del cual un autor tan importante como STRATENWERTH opina que el mencionado parágrafo no fundamenta la antijuridicidad de la tentativa, sino solo su punibilidad (*Derecho penal*, Parte general, pág. 643).

nuestro Código Penal, el StGB admite en el § 49, II, 3 una atenuación facultativa para la tentativa⁷².

Las consecuencias que se derivan de las tesis subjetivas en relación con la penalidad son desde todo punto inaceptables. Tanto KAUFMANN como ZIELINSKI, al entender que lo injusto se agotaba con el simple disvalor de la acción, consideraban posible equiparar la pena del delito intentado al consumado⁷³. Por esta razón, la teoría de la impresión propone introducir un criterio corrector de contenido objetivo al plan del autor: la aptitud de provocar en la comunidad la *impresión* de un perfecto ataque contra el ordenamiento jurídico. Es obvio que el interés despertado por esta teoría en la doctrina alemana es consecuencia de las particularidades que ofrece el StGB en la regulación de la tentativa. Particularidades que no se dan en nuestro Código, ya que a diferencia del § 22 el artículo 16 propone una fundamentación claramente objetivista. En todo caso, merece la pena referir alguna de las críticas de que ha sido objeto.

17. Entre las críticas realizadas a esta teoría de la impresión se señala que el poder de impresión del hecho no siempre encuentra su correlativo reconocimiento en la norma. Así, la alarma social que provocan las actuaciones preparatorias en la comisión de un delito grave generalmente no son castigadas⁷⁴. Por ejemplo, la destrucción fraudulenta de cosa propia asegurada puede llegar a provocar una fuerte impresión de ataque normativo y, sin embargo, hasta que el asegurado no reclame la indemnización no pasará de ser un acto preparatorio impune⁷⁵. También, se la critica por su contenido impreciso y fuertemente subjetivo⁷⁶.

A favor de la teoría, MAURACH entiende que no es tan importante la quiebra de confianza en la norma, sino el hecho de que una conducta sea idónea para provocar algo semejante⁷⁷. Lo cual, lejos de solucionar el problema lo desplaza hacia la cuestión de lo que debe entenderse por *idóneo*. Así, el contenido de la idoneidad para algunos autores reside en la consideración de la tentativa como un delito de peligro abstracto⁷⁸. La medida de la abstracción quedaría determinada por el hecho de que el autor haya dado principio inmediato a todos los actos que forman parte de la realización del tipo⁷⁹.

Resulta más coherente la siguiente propuesta de JAKOBS⁸⁰: para que un comportamiento externo posea capacidad de impresión, es requisito previo que la representa-

⁷² Cuestión que a juicio de JESCHECK queda perfectamente solventada por intermedio de esta teoría (ob. cit., pág. 711).

⁷³ KAUFMANN, *Zum stand...*, págs. 394 y ss.

⁷⁴ JAKOBS, ob. cit., pág. 863.

⁷⁵ SERRANO-PIEDRACASAS, *La estafa*, pág. 138.

⁷⁶ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, págs. 66 y ss.

⁷⁷ MAURACH, ob. cit., pág. 29.

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 29.

⁷⁹ KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung*, pág. 46.

⁸⁰ Al igual que HIRSCH, JAKOBS exige que el contenido positivo del injusto de la tentativa quede vinculado al tipo. Aunque negativamente entienda que sin el poder de impresión del hecho no hay motivo para construir una tentativa (ob. cit., pág. 863). En sentido parecido ROXIN (*Einführung*, pág. 20).

ción que tenga el autor sobre su intervención esté fundada sobre *conocimiento comunicativamente relevante*⁸¹. Sea como fuere, la cuestión no queda aquí zanjada, pues acto seguido habrá que preguntarse por las características que debe reunir tal comunicación⁸².

5. TEORÍA NORMATIVO-FUNCIONAL DE LA TENTATIVA⁸³

18. El concepto de tentativa sostenido por esta teoría se incardina en una concepción del derecho penal cuyo fin primordial "está orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad"⁸⁴. Desde esta perspectiva, la misión de la dogmática penal reside en desarrollar (sistematizar) las proposiciones necesarias para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (lesión) mediante un acto con significado (pena)⁸⁵. El significado del acto (lesión) no está conformado por ningún componente descriptivo, esto es, referido a la realidad⁸⁶, sino por una concepción del injusto articulada desde una perspectiva social⁸⁷.

Con ello, la tarea que se exige al dogmático consiste en la normativización de todas las categorías jurídico-penales depurándolas de cualquier componente ontológico, lo que implica una profunda quiebra metodológica respecto de las posiciones dogmáticas tradicionales. Al causalismo se le objeta la ausencia de una perspectiva social en sus elaboraciones dogmáticas; al finalismo operar tanto en aquella versión en la que la acción ya no es *expresión de sentido* (sino un mero proceso psicofísico), cuanto en aquella otra que sostiene, que el único criterio determinante viene constituido por las condiciones psíquicas del cumplimiento de la norma⁸⁸.

19. Este proceso de *reforestación* normativa, cuyos antecedentes habría que buscarlos en la *Teoría pura del derecho* de KELSEN⁸⁹, en los trabajos sobre la validez nor-

mativa de MAX WEBER y en la teoría de los sistemas de LUHMANN, propicia una concepción atemporal y tecnocrática del quehacer dogmático. Valga decir, que al igual que las dogmáticas ontológicas, esta monista-normativista conduce a un idéntico callejón sin salida. Si el causalismo y el finalismo se debatían en una lucha estéril por construir conceptos penales a partir de meras propiedades del ser; el monismo-normativo encuentra serias dificultades de comprender la realidad, precisamente lo descriptivo, desde la abstracción del deber ser⁹⁰. En otros términos, al erradicar de los conceptos penales todo significado natural del lenguaje cotidiano, la concepción monista-normativa se ve obligada a extraer ese contenido conceptual de las funciones del sistema social considerado en abstracto⁹¹. De esta forma, su concepción del derecho penal es compatible con los intereses de cualquier política criminal y la asunción de cualquier reforma o modernización de este derecho⁹². Además, queda circunscrito a la elaboración de conceptos formalizados⁹³, faltos de concreción y por lo tanto alejados de la realidad; considérense, por ejemplo, los conceptos de "injusto", de "rol" o de "garante" propuestos por JAKOBS: en ellos todo cabe. Por último, ese sistema cerrado conduce a una inevitable argumentación tautológica o circular⁹⁴ que exige, a la postre, ser rellenada de puras decisiones.

Esta concepción se sitúa en la misma línea normativo-positivista de KELSEN al expulsar de la ciencia penal toda consideración valorativa; KELSEN, por requerimientos provenientes de las leyes del pensamiento⁹⁵, y JAKOBS, por entender que las cuestiones de legitimación no pueden ser resueltas en el plano interno del derecho penal⁹⁶. A la

de deberes: una regla jurídica solo puede ser aquella que imponga deberes (*Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Aalen, Neudruck Scienta, 1960, pág. 238). Confróntese esta opinión con la mantenida por JAKOBS en torno a la posición de garante.

⁹⁰ El pensamiento orientado a valores en la dogmática opera cuando se procede tipológicamente, no cuando se procede conceptualmente. La incorporación de puntos de vista teleológicos resultan decisivos para la interpretación. Por eso, una dogmática neutra al valor solo cumple parcialmente su cometido (LARENZ, *Metodología...*, págs. 215 a 221).

⁹¹ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 47.

⁹² *Ibidem*, pág. 46.

⁹³ HIRSCH, ZStW, 106 (1994), págs. 746 y ss.

⁹⁴ Por ejemplo, el concepto de culpabilidad, ya despojado de toda idea de poder actuar de otro modo, es el resultado de la imputación jurídico-penal, de modo que la imputación se explica por la culpabilidad y la culpabilidad por la imputación (SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, págs. 46 y 47). Si la teoría de los elementos negativos del tipo prospera a costa de hacer desaparecer la frontera entre la tipicidad y la antijuridicidad, de suerte que la tipicidad no puede comprobarse sin afirmar primero la antijuridicidad y viceversa, el monismo normativo de JAKOBS se sostiene al pagar un precio más oneroso: el concepto de injusto absorbe al de culpabilidad. En este punto, conviene recordar que MERKEL al considerar los aspectos subjetivos en la antijuridicidad tampoco pudo establecer una frontera explícita entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

⁹⁵ El problema no es una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino solo que la discordancia entre la acción particular con la *acción del Estado* debida conforma la condición para verificar el juicio de imputación.

⁹⁶ La decisión sobre el alcance de los procesos de criminalización es una tarea puramente política, no jurídico-penal en la que a la ciencia del derecho penal solo corresponde determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas (JAKOBS, ZStW, 107 (1995), pág. 855).

⁸¹ JAKOBS, *Estudios...*, pág. 235.

⁸² Véase más adelante, 4.2.

⁸³ Se corresponde con una concepción monista normativa del injusto cuyo máximo representante es GÜNTHER JAKOBS. Existe una recopilación en castellano de los escritos más significativos de este autor, en *Estudios de derecho penal*, 1997, traducción a cargo de Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, precedida por una extensa introducción; también en castellano el manual *Derecho penal*, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de la 2ª ed. alemana de 1991, traducción a cargo de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo; así mismo, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1966, traducción a cargo de Cancio Meliá y Feijoo Sánchez. Pertenecen entre otros a esta misma corriente doctrinal: FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, 1992, VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

⁸⁴ JAKOBS, *Sociedad*, pág. 15.

⁸⁵ JAKOBS, Prólogo a la primera edición, pág. IX.

⁸⁶ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 44.

⁸⁷ JAKOBS, *Estudios...*, Prólogo, pág. 8.

⁸⁸ *Ibidem*, *Estudios*, Prólogo, pág. 7.

⁸⁹ Como se verá más adelante, que la perspectiva de JAKOBS sobre la norma no entra totalmente en contradicción con la mantenida por KELSEN. Según este, la esencia del ordenamiento jurídico reside en la imposición

postre, ambos entienden el derecho en un contexto positivo, al declarar por razones diversas como acientífico o ajeno, cualquier principio suprapositivo. Por ejemplo, la idea del derecho como un sentido material *a priori* de todo derecho⁹⁷.

20. Entre las categorías penales depuradas de todo componente descriptivo se destaca el concepto de *bien jurídico*. Su contenido viene dado por la protección de la *firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción*⁹⁸. Lo que constituye una lesión a un bien jurídico no es la causación de la muerte sino la oposición a la norma subyacente en los delitos de homicidio⁹⁹. Esa oposición a la norma se traduce en una efectiva quiebra de confianza en su vigencia. Quebrantamiento que no debe entenderse como “un suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”¹⁰⁰.

La manifestación de esa oposición provoca una perturbación social que no puede ponderarse en consideración a los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas. Al contrario, “sujeto” debe ser redefinido en términos de “persona”, es decir, como sujeto mediado por lo social. Brevemente, persona no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible; o, si se quiere, persona es el sujeto portador de roles¹⁰¹. En este orden de ideas, la subjetividad de un individuo, por definición, solo es accesible a los demás por medio de sus manifestaciones, de su “comportamiento”. Para que un comportamiento defraude las expectativas garantizadas jurídicamente (infrinja la norma), se requiere como requisito mínimo el quebrantamiento de un rol¹⁰².

El contenido de un rol debe vincularse objetivamente a un patrón y este patrón lo conforma el sistema de normas. Por eso, a los actores (sujetos activos o pasivos) no se les toma como individuos, con sus particularidades subjetivas, sino como personas¹⁰³.

⁹⁷ LARENZ, *Metodología...*, págs. 59 y 60.

⁹⁸ JAKOBS, ob. cit., pág. 45.

⁹⁹ HIRSCH entiende, al contrario, que el asesino se le castiga en primer lugar por destruir una vida humana y, en segundo lugar, por rebelarse contra la norma. A ello responde JAKOBS: destruir una vida humana *per se* no es más que un hecho natural; tan solo la presencia de una norma convierte al sistema psicofísico “ser humano” en un ser humano que no debe ser matado sin razón (JAKOBS, *Sociedad...*, núm. 10, pág. 25).

¹⁰⁰ JAKOBS, *Sociedad...*, Prólogo, pág. 11. La norma es solo un modelo de orientación para el contacto social (ob. cit., págs. 9 y ss.). Fructífera concepción dialogal del derecho elaborada por CALLIES (*Theorie der Strafe*, págs. 15 y 80 y ss.), la cual, a diferencia, por ejemplo de MIR PUIG, (*Función de la pena*, págs. 25 y ss.), no obtiene por parte de JAKOBS la atención y desarrollo que merecía.

¹⁰¹ *Ibidem*, *Sociedad...*, págs. 50 y 51. Esta noción ya se encuentra en KELSEN. El concepto de persona se formaliza. Se trata de un concepto *jurídico puro*, aquella no es un ser existente, sino un “complejo de deberes jurídicos y derechos subjetivos”. La persona física no es un hombre (sujeto), sino la unidad personificada de las normas jurídicas, que obligan o autorizan a un mismo hombre (*Reine Rechtslehre*, 1934, 2ª ed., 1950, págs. 177 y 178). Mientras KELSEN construye este concepto desde la perspectiva de la ciencia *pura* del derecho, JAKOBS pretende hacerlo por intermedio de la mediación social.

¹⁰² De aquí que con la culpabilidad “no se mide al sujeto, sino a una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquella cuyo rol consiste en respetar el derecho” (JAKOBS, *Sociedad...*, pág. 65).

¹⁰³ *Ibidem*, pág. 53.

como sujetos de normas de imputación¹⁰⁴. En suma, la comunicación entre los individuos, no es solo instrumental, reflejo único de sus subjetivas preferencias, sino también personal. Comunicación, esta última, definida mediante reglas objetivas e independientes de las preferencias individuales, de suerte que todos pueden invocar esas reglas (comunicación personal). Para JAKOBS, estas reglas son normas sociales en sentido estricto, siendo las únicas que permiten o habilitan para una comunicación personal¹⁰⁵. Por todo lo dicho, se deduce que jurídicamente un comportamiento comunicativamente relevante será solo el expresivo de una relación entre personas.

21. En este contexto doctrinal se debe situar el concepto de tentativa propuesto por JAKOBS entendido como: “infracción normativa puesta de manifiesto y próxima al tipo”¹⁰⁶. Veamos con detalle su significado.

“Infracción normativa” implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico. De ahí que el fundamento penal de la tentativa sea exactamente el mismo que el de la consumación¹⁰⁷. Sin embargo, las enormes dificultades que tiene JAKOBS para resolver la presencia del resultado en los ilícitos consumados, le lleva a sostener que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa, lo que lleva a una culpabilidad más completa¹⁰⁸.

Esta afirmación introduce una fuerte cuota de ambigüedad en el propio concepto del injusto mantenido por JAKOBS. En efecto, si el contenido de la culpabilidad, según este, viene dado por la “imputación de un defecto volitivo”, entendida como “déficit de voluntad” o más concretamente como “déficit de motivación fiel al derecho”¹⁰⁹, entonces, por lo afirmado más arriba, se admiten dos contenidos materiales de la culpabilidad distintos: uno general para todo tipo de ilícito —déficit de motivación—; y otro particular para el ilícito consumado en el que, además, se exige la presencia efectiva de la lesión de un objeto del bien jurídico. Al socaire de estas disquisiciones se esconde una profunda contradicción: con carácter general se repudia la teoría de la lesión de un bien jurídico como fundamento del ilícito, pero al mismo tiempo se admite para el ilícito completo la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico¹¹⁰.

¹⁰⁴ SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, pág. 45.

¹⁰⁵ *Ibidem*, págs. 78 y ss.

¹⁰⁶ JAKOBS, ob. cit., pág. 863.

¹⁰⁷ *Ibidem*, pág. 860.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pág. 203.

¹⁰⁹ JAKOBS, *Estudios...*, pág. 383. En este sentido añade: “Lo decisivo no es que el defecto sea percibido conscientemente en la mente del autor, sino que debe ubicarse allí...”, y más adelante: “Incluso en el caso de un hecho doloso con plena conciencia de antijuridicidad, el gravamen no está en el hecho psíquico del conocimiento de la antijuridicidad junto al conocimiento de las consecuencias, sino la falta de motivación dominante dirigida hacia la evitación” (*ibidem*, págs. 383 y 384).

¹¹⁰ MARCELO SANCINETTI, *Fundamentación...*, pág. 20. Como se apuntó más arriba, el gran problema reside en el tratamiento dogmático que debe darse al disvalor del resultado desde la perspectiva de una teoría normativo-monista del ilícito. VEHLING, un discípulo de JAKOBS, cree resolver el dilema al asegurar que el conte-

22. ¿Qué significado atribuye JAKOBS a “la puesta en manifiesto” de la infracción? Poner de manifiesto una conducta implica necesariamente una “objetivación”. La cuestión que se plantea será averiguar el contenido y los límites de la misma. En definitiva, resolver el problema de la criminalización en los estadios previos a la consumación del delito¹¹¹.

En un Estado de libertades, el derecho penal no está abocado al control de los aspectos internos de un comportamiento. Para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva. La aplicación de este *principio del hecho* no debe significar que cualquier manifestación externa sea valorada como una perturbación, sino lo siguiente: solo una conducta externa que perturba permite investigar el contexto interno. “La pregunta acerca de lo interno, dice JAKOBS, solo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores”¹¹². Con esta afirmación se destaca la idea de una objetivación del dolo ya lograda antes de la producción del resultado¹¹³. De esta manera, el autor se distancia de las posiciones subjetivo-monistas de KAUFMANN, según las cuales el acto recibe su disvalor exclusivamente de la intención del resultado¹¹⁴.

23. Ahora bien, ¿qué características debe reunir una conducta externa con capacidad de perturbación? JAKOBS alerta sobre una interpretación en extremo naturalística del comportamiento externo, del *movimiento corporal*, como un soporte de aquel. Levantar un dedo o arquear una ceja, dice, son ya algo externo y sin embargo siguen siendo manifestaciones de la vida privada¹¹⁵. Lo decisivo no es advertir que el sujeto *se mueve*, sino que el sujeto *se expresa*. Al igual que en el delito consumado lo importante no es la lesión del bien jurídico, sino la lesión a la vigencia de la norma, en el comportamiento lo decisivo no es la externalización de la conducta, sino que la misma constituya “una expresión de sentido comunicativamente relevante”¹¹⁶. La normativización de lo comunicable exige, como se dijo más arriba, dotar a la conducta de una significación social que solo es posible en términos de una comunicación personal y no instrumental. Es decir, son las normas las que constituyen la relación entre suje-

nido del resultado no debe entenderse en un sentido naturalístico, sino en el sentido normativo como daño a la validez o como transgresión del riesgo permitido (*Die Abgrenzung*, pág. 89). En el mismo sentido JAKOBS, afirma que el desconocimiento de la vigencia de la norma... es el resultado específicamente jurídico-penal (*Handlungsbegriff*, pág. 34). Si una de las funciones de la dogmática es precisar el contenido semántico del concepto, por esta vía poco o nada se ha conseguido.

¹¹¹ En lo que sigue, consúltese el artículo de JAKOBS, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, págs. 751 y ss. (trad. en *Estudios de derecho penal*, op. cit., bajo el título: “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, págs. 293 y ss.).

¹¹² *Ibidem*, Estudios, pág. 302.

¹¹³ No obstante, habría que señalar que las condiciones de las que depende el resultado no están dadas por completo hasta el momento de su producción.

¹¹⁴ KAUFMANN, *Normentheorie*..., págs. 71 y ss.

¹¹⁵ JAKOBS, *Estudios*..., pág. 296.

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 235.

tos. “Estas normas son el mundo objetivo; objetivo, porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo”¹¹⁷.

De esta manera, de entre todas las posibles manifestaciones externas de una conducta solo se seleccionan aquellas que tengan la aptitud de configurar el mundo en consonancia con una norma social (objetiva). Así, estarán exentas de responsabilidad penal no solo las *cogitaciones*, sino toda conducta que se realice en el ámbito privado y toda conducta externa irrelevante en sí misma. Entonces, ¿cuándo una conducta “comunicativamente relevante” es perturbadora?, o en términos más simples, ¿cuándo un ciudadano se convierte en autor? La respuesta es: si aquel “se arroga actualmente la configuración de ámbitos de organización ajenos”¹¹⁸.

El contenido material de la *perturbación* por lo tanto, vendrá dado en razón de que el autor comienza a arrogarse de acuerdo con su comportamiento externo un ámbito de organización ajeno. Solo entonces, y en la medida que sea reconocible en los hechos tal arrogación, resultará legítimo interpretar su conducta a la luz de los factores internos, preguntarse, en suma, acerca de los fines que perseguía con ella. Más adelante volveré sobre este punto, en particular sobre el tratamiento que dispensa JAKOBS al problema de la “representación mental de un hecho” por el autor.

24. Siguiendo con la exposición, el siguiente concepto para investigar será el del contenido atribuido a la mencionada *arrogación*. Pues bien, según JAKOBS la responsabilidad penal en los delitos de comisión reside en que el autor, por ser el que desencadenó el curso causal, amplía su ámbito de organización sin consideración a otras personas y aun a costa de ellas; en los delitos de omisión, la responsabilidad del autor deriva de la vinculación que mantienen determinados cursos causales con su ámbito de organización. Brevemente, “no solo el autor de la omisión, sino también el de la comisión deben ser garantes, si es que han de responder de un delito de resultado mediante comisión”¹¹⁹.

Si se define la acción como un suceso (evitable) que designa una diferencia entre un hacer y un omitir con independencia de cuál de ambas alternativas se realice, entonces la omisión se ajusta al concepto de acción, y la acción es el supraconcepto que abarca tanto a la comisión como a la omisión¹²⁰. Por eso, son garantes tanto el autor de una comisión (incumbencia por la organización) como de una omisión (por el rol que se desempeña).

Esta doctrina no es nueva y encuentra sus precedentes en la teoría negativa de la acción de HERZBERG, quien propone el siguiente supraconcepto: *evitable no evitar en posición de garante*¹²¹. En todo caso, las razones aducidas son rechazables desde un

¹¹⁷ *Ibidem*, pág. 80.

¹¹⁸ *Ibidem*, pág. 303.

¹¹⁹ JAKOBS, ob. cit., págs. 258 y 259.

¹²⁰ *Ibidem*, págs. 175 y ss.

¹²¹ HERZBERG, *Unterlassung*, pág. 172; también BEHRENDT, *Die Unterlassung im Strafrecht*, 1979, págs. 93 y ss.

punto de vista semántico. En efecto, ambos dejan fuera del supraconcepto a los delitos puros de omisión que entrarían a regirse en virtud de un principio de solidaridad mínima. Pero, además, JAKOBS construye el supraconcepto con base en una pura abstracción: la capacidad motivadora de la norma penal. Se olvida de que el legislador puede también dictar normas sumamente *inconvenientes* sin que por ello dejen de ser auténticas¹²². Estas indeseables consecuencias dimanarían de la construcción de un sistema dogmático exento de cualquier reflexión político-criminal, o lo que es lo mismo marcadamente positivista¹²³.

25. Se decía más arriba, que la responsabilidad penal descansa sobre la idea del ámbito de organización que se atribuye al autor. Con mayor precisión, la atribución de la responsabilidad por el hecho exige al menos uno de estos requisitos: en primer lugar, la persona responde cuando se arroga el derecho de organizar (ser competente) en un ámbito en el que son otros los que están autorizados para configurarlo, esto se llama: responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización (*Organisationszuständigkeit*); en segundo lugar, las personas ostentan determinados roles y responderán si lo abandonan, esto se llama: responsabilidad por la lesión a una institución (*institutionelle Zuständigkeit*)¹²⁴. De esta suerte, la comisión exige la actuación en una ajena competencia y la omisión la dejación en el ejercicio de una competencia propia. No obstante, continúa JAKOBS, es posible unificar ambos supuestos, pues "la separación entre los ámbitos de organización es en sí misma una institución, convirtiéndose entonces la institución en la idea rectora"¹²⁵.

Ahora bien, el autor reconoce que esta diferenciación *es equivalente* a la de delitos de dominio y delitos por vulneración de un deber, realizada por ROXIN¹²⁶, lo que en atención al papel rector desempeñado por la institución, deberá significar, en suma, que la responsabilidad por el hecho reside en la vulneración de un deber. De esta misma opinión es SCHÜNEMANN, quien entiende que JAKOBS se constituye en un firme partidario de la teoría de los delitos de deber (*Theorie der Pflichtdelikte*) de ROXIN, en relación con los delitos impropios de omisión, haciendo de la misma una lectura normativa literal¹²⁷.

¹²² SERRANO-PIEDRASAS, *Critica*, pág. 1005.

¹²³ Por ejemplo, deducir los deberes de garante por la mera existencia civil de un matrimonio sin tener en cuenta la comunidad de vida real, que es la determinante (JAKOBS, ob. cit., págs. 96 y 997).

¹²⁴ JAKOBS, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff", en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, 1992 (*Estudios...*, pág. 115, trad. de Cancio Meliá).

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 115.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 115, nota 32; ROXIN, *Täterschaft*, 1963, págs. 354 y ss. y 384 y ss.

¹²⁷ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 24. SCHÜNEMANN trata de establecer diferencias entre ROXIN y JAKOBS en este punto considerando que el primero no es un puro normativista. En mi opinión, con devoción de discípulo y poco fundamento entiende que en la teoría de los delitos de deber ROXIN no llega a cortar toda conexión entre el deber especial, lo axiológico, con las estructuras lógico-objetivas de la realidad prepenal, lo ontológico, o si se quiere con la relación de dominio sobre la causa del resultado. Precisamente, JAKOBS percibe el indudable fundamento normativo que asigna ROXIN a la posición de garante en el ámbito de la competencia institucional para mostrar su aquiescencia.

26. Después de esta prolongada exposición de argumentos concatenados, ¡por fin!, hemos podido desvelar el significado de lo que se oculta tras la expresión *manifestación de una infracción a la norma*. El contenido de significado no es otro que el siguiente: *la objetivación de un comportamiento reside precisamente en la infracción de un deber (la norma)*.

Haciendo un breve repaso a todo lo anteriormente expresado, la vigencia del principio del hecho requiere de una conducta externa con capacidad de perturbación. Solo puede perturbar una expresión de sentido comunicativamente relevante. La relevancia expresiva la proporciona únicamente aquella comunicación capaz de configurar ámbitos de organización reglados normativamente. Este tipo de comunicación solo es susceptible de establecerse entre sujetos portadores de roles (personas). Los mismos están en posición de garante respecto de su ámbito de organización. La responsabilidad por la acción surge de arrogarse un ámbito de organización ajeno o por el abandono del propio. Ambas modalidades de responsabilidad implican la lesión de una institución, o lo que es lo mismo: *la vulneración de un deber jurídico*.

Este tipo de razonamiento fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor, conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar con base en conclusiones circulares (tautológicas)¹²⁸. Así, una conducta externa será penalmente relevante si tiene capacidad de perturbación y perturba si existe un ejercicio socialmente inadecuado de la posición de garante. Con ello, se ha construido un edificio conceptual de dudoso valor lógico-pragmático, donde las afirmaciones realizadas manifiestan una discutible utilidad¹²⁹.

El error metodológico reside en reducir a un simple juicio de imputación penal la relación de dominio fáctico exigida por la ley para la autoría en el actuar activo (también en la omisión); de suerte que ya no tiene cabida preguntarse por las estructuras objetivas (propiedades de ser) que subyacen a todo juicio de imputación¹³⁰. En otras palabras, un uso no tautológico de los predicados de valor debe necesariamente establecer la referencia entre dicho predicado y la realidad concreta designada en aquel.

La cuestión más arriba enunciada nos introduce en la polémica relación entre ser y deber-ser¹³¹. Permítasenos realizar una breve reflexión sobre este tema que atañe a cuestiones fundamentales jurídico-filosóficas y que, por lo tanto, fijan *ab initio* las distintas concepciones dogmáticas. En efecto, los partidarios de un monismo normativo parten de la existencia de una antítesis entre realidad y valor, de manera que sus dominios no admiten ninguna clase de interacción; en tanto, quienes admiten que la reali-

¹²⁸ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 13.

¹²⁹ SERRANO-PIEDRASAS, *Critica formal*, pág. 983.

¹³⁰ SCHÜNEMANN, *Delitos de omisión*, pág. 15.

¹³¹ En relación con el tema: RADBRUCH, *FS für Laun*, 1948; STRATENWERTH, *Das Rechtstheoretische problem der natur der sache*, 1957; KAUFMANN, *Analogie und 'Natur der Sache'*, 1965; WOLF, *Das problem der naturrechtslehre*, 3ª ed., 1964; ENGISCH, *Auf der suche nach der gerechtigkeit*, 1971; también, BOBBIO y MAIHOFFER, ambos en *ARSP*, t. 58.

dad —*die Natur der Sage*— juega un papel orientador para el legislador y el juez, le atribuyen con ello una importancia que trasciende la mera facticidad y penetra en lo que es capaz ya de sentido y valor. Precisamente, la aguda discusión entorno al concepto jurídico-penal del resultado no debería desconocer este contorno epistemológico. Pues bien, en nuestra opinión, todos los que entendemos que la infracción penal reside materialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico reconocemos en mayor o menor medida que las *propiedades de ser* son portadoras de significado. En concreto, *la naturaleza de la cosa*, si bien admite numerosas y distintas configuraciones valorativas, también puede excluir alguna de ellas por ser plenamente inadecuada o ajena a la cosa (por ejemplo, las tentativas irreales respecto al logro del resultado). Las estructuras lógico-objetivas, en palabras de HENKEL, se constituyen en preformas del derecho y operan decisivamente en el proceso de formación del mismo¹³².

6. LAS POSICIONES DOCTRINALES SEGUIDAS EN ESPAÑA

28. A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la mayor parte de la doctrina penal española se ha venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado¹³³. Orientación que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo 3º del Código Penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que dé “principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código Penal de 1994¹³⁴. Situación radicalmente distinta a la seguida por el moderno legislador alemán, el cual conforme al § 22, que sigue la fórmula abreviada del §24 del proyecto alternativo, considera autor de una tentativa a quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Es decir, lo determinante sería aquí el componente subjetivo.

Como se dijo al inicio de este capítulo, esta orientación objetiva, en la que se enmarca la regulación legal de la tentativa, se ve atemperada por la fuerte influencia que

¹³² HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964; traducida al español por E. Gimbernat, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, 1964, pág. 392; en este mismo orden de ideas, SCHÜNEMANN entiende que el proceso de subsunción (interpretación) presupone una desnormativización anterior y suficiente de los conceptos jurídicos, so pena de aparecer aquellos como fórmulas abstractas y alejadas de la realidad (*ibidem*, pág. 13). Por eso, un concepto de acción del cual se escamotea el elemento ontológico del movimiento corporal, o de omisión del cual también se escamotea el de ausencia de movimiento, posibilita la construcción de un supraconcepto, por ejemplo, el de acción de HERZBERG o JAKOBS, coherente desde una perspectiva axiológica, aunque desprovisto de toda utilidad.

¹³³ Así, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA hacía residir la punición de la tentativa en la peligrosidad de la acción (*La ley y el delito*, 2ª ed., 1959, pág. 509); JOSÉ ANTON ONECA en la peligrosidad de la acción y de la voluntad manifiesta (*Derecho penal*, I, Parte general, 1949, pág. 414); RODRÍGUEZ MOURULLO y NÚÑEZ BARBERO en el peligro directo para el bien jurídico y en la resolución del autor (*Comentarios...*, pág. 124 y *El delito imposible*, pág. 55).

¹³⁴ Si bien acentuando las exigencias objetivas al requerir de aquellos hechos o actos exteriores que deberían producir el resultado (art. 16).

sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán. Por eso, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas; sin que ello signifique la renuncia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Por esta razón, la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como hemos podido comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania. No obstante, la discusión surge con toda su virulencia con la tentativa inidónea.

29. La fundamentación objetiva del delito intentado seguida por nuestra doctrina se ha venido haciendo con base en dos distintas clases de argumentaciones: una efectuada desde una perspectiva político-criminal, y otra desde la perspectiva del merecimiento de la pena¹³⁵.

En el primer caso, se aduce la necesidad de fundar la punición en la existencia de un peligro objetivo, de lo contrario supondría aceptar una culpabilidad construida sobre la simple voluntad o ánimo antijurídico del autor. Precisamente, la vigencia del principio del hecho exige atenerse de forma exclusiva a los contenidos subjetivos manifestados en el comportamiento¹³⁶. Si el principio del hecho deja de operar como referente en la culpabilidad se reducirán las posibilidades de determinación de la pena potenciando el ejercicio de la arbitrariedad por parte de los poderes públicos¹³⁷.

No exenta de ciertas dificultades, la redacción del artículo 52 del CPTR admitía desde la perspectiva del merecimiento de la pena una interpretación objetivada. Se decía, que la razón por la cual la tentativa merece una pena menor que la del delito consumado solo puede explicarse en consideración al tipo objetivo, pues el dolo del delito intentado y consumado son idénticos¹³⁸. Esta opinión, es hoy objeto de reparos por parte de un sector de la doctrina española¹³⁹. Según lo dicho anteriormente, si los contenidos de sentido del dolo solo son deducibles del comportamiento exteriorizado y no de la actitud interna, es necesario convenir que existe un déficit de voluntad de ejecución en la tentativa respecto del delito consumado¹⁴⁰. Con mayor precisión, es

¹³⁵ FARRÉ TREPAT, *Tentativa*, págs. 28 y ss.

¹³⁶ Argumento, que encuentra apoyo en la denominada *teoría objetiva del plan* de SCHMIDHÄUSER. Según ella, hay tentativa cuando objetivamente la voluntad delictiva se manifiesta en el comportamiento. No se puede afirmar lo mismo respecto al contenido de lo subjetivo asignado por esta teoría, comprensible en el marco del § 22 del StGB e inaceptable en el de los arts. 3º, CPTR y 16 del C. P. En efecto, el contenido lo conforma el hecho de que el autor entiende que su plan conduce de manera inmediata aña irremediable a la puesta en peligro del objeto jurídico (SCHMIDHÄUSER, *PG*, 15/55).

¹³⁷ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Castigo*, pág. 95.

¹³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, pág. 81; “(...) la diferencia entre tentativa, frustración y consumación, es puramente objetiva, pues todas ellas presuponen la plenitud del elemento subjetivo” (CÓRDOBA RODA, en *Comentario 7 al “TPG”*; MAURACH, pág. 184); “En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario el tipo subjetivo debe darse íntegramente y del mismo modo como aparece en un delito consumado” (WELZEL, ob. cit., pág. 262).

¹³⁹ MIR, *Sobre lo objetivo*, pág. 664; FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, pág. 131; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea...*, pág. 141.

¹⁴⁰ JAKOBS, ob. cit., pág. 866.

admisible sostener que el dolo de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado, pues en ambos casos se ha agotado la vía ejecutiva, no sucediendo así con la tentativa inacabada. Por esta razón, MIR PUIG entiende que el tipo subjetivo de esta lo integra el dolo genérico, que alcanza la parte de ejecución conseguida, y un elemento subjetivo adicional del injusto, que exige la intención de completar la ejecución¹⁴¹.

Siendo esto así, habría que convenir con STRUENSEE, que la tentativa inacabada infringe una norma distinta que la tentativa acabada¹⁴².

No somos de esta opinión. O bien la tentativa inacabada significa *realización del tipo*, y entonces cualitativamente es lo mismo que la consumación; o bien no realiza el mismo tipo. En otros términos, si por comportamiento se entiende *realización del tipo*, el déficit de desarrollo del componente subjetivo es solo una cuestión de cantidad¹⁴³. Desde una perspectiva distinta de reflexión, MUÑOZ CONDE se adhiere a este punto de vista. “Si el concepto de injusto, dice, solo se fundara en el disvalor de la acción, no sería necesario diferenciar la tentativa de la consumación”. No obstante, el disvalor de resultado es también una parte integrante del concepto de la antijuridicidad, que al ser mayor en la consumación determina una mayor antijuridicidad de esta. De ahí “que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas”¹⁴⁴.

30. A diferencia del CPTR, el Código Penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa¹⁴⁵. En primer lugar, se margina de la regulación del artículo 16 la tentativa irreal o supersticiosa, al exigirse que “el sujeto practique o parta de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”; así mismo, en el artículo 62 se hace depender la atenuación de la pena “del peligro inherente al intento” y “del grado de ejecución alcanzado”. No obstante, el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición de la tentativa inidónea. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término “idoneidad” para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos “deberían producir el resultado”, lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada¹⁴⁶.

Como se decía, la doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de *objetivismo* en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. Así, los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que la tentativa inidónea o imposible es impune,

¹⁴¹ MIR, ob. cit., pág. 344.

¹⁴² STRUENSEE, *Versuch*, págs. 528 y ss.

¹⁴³ JAKOBS, ob. cit., pág. 866, nota 33b.

¹⁴⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte general, pág. 431.

¹⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo*, pág. 22.

¹⁴⁶ BERDUGO y otros, *Lecciones...*, pág. 238.

ya que la *peligrosidad* de toda tentativa reside, en última instancia, en la representación mental que tenga del hecho el autor, aunque imponiéndole, como se verá, determinadas correcciones¹⁴⁷. Mientras, entre los autores que optan por una solución objetiva, que puede considerarse la posición dominante, aparecen varias alternativas diferentes¹⁴⁸.

a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas.

b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante*¹⁵⁰.

c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas —punibles— e inidóneas absolutas —impunes—; la distinción se efectúa con base en consideraciones fácticas¹⁵¹.

d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que, por sí misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Esta tesis, en mi opinión, es la que mejor se adapta a la regulación que el Código Penal hace de la tentativa¹⁵².

31. La tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal, prevista para los delitos dolosos consumados, a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Por eso, el fundamento de todos los actos de ejecución debe ser unitario y responder a los mismos requerimientos¹⁵³.

¹⁴⁷ JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general I y II, 5ª ed., 1995; del mismo, *Derecho penal*, Parte general, UNED, 1997; LUIS GRACIA MARTÍN, “Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España”, en *AP*, 1994; SOLÁ RECHE, *La llamada “tentativa inidónea” del delito*, 1996. No obstante, parecería que las posiciones mantenidas por este último lo sitúan en una zona intermedia entre las teorías objetivas y subjetivas.

¹⁴⁸ No se entra a considerar aquella teoría que justifica la impunidad del intento inidóneo aduciendo: que si tal característica reside en la falta de aptitud para crear o aumentar un peligro de lesión del bien jurídico, no se justifica la imposición de una pena. No obstante, en consideración a la peligrosidad social del sujeto sería posible la imposición de una medida de seguridad (NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, pág. 171; FERRER SAMA, *Comentarios...*, pág. 240). Alternativa que no merece ser discutida dada la desaparición de las medidas de seguridad predelictuales en nuestro Código.

¹⁴⁹ GIMBERNAT, *Prólogo al Código Penal de 1995*, Edit. Tecnos, 1997.

¹⁵⁰ MIR PUIG, *Derecho penal general*, 1996; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.

¹⁵¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, “Las fases de ejecución del delito”, en *RJC*, número extra 1980; QUINTERO OLIVARES, en *Comentarios al nuevo Código Penal*, 1996.

¹⁵² Tesis apuntada ya, aunque no desarrollada en BERDUGO, ARROYO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de derecho penal*, Parte general, 1996.

¹⁵³ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, pág. 431.

La creación de un peligro objetivo para la indemnidad del bien jurídico, junto al dolo, conforma el contenido de la antijuridicidad en los delitos de peligro y en la propia tentativa. La postura aquí seguida concuerda plenamente con la adoptada por el Código Penal vigente. Solo una fundamentación objetiva atenta al diferente grado de proximidad del peligro puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no solo a la consumación, sino también a las diversas formas imperfectas de realización del delito (C. P., art. 62). Así pues, la presencia de un peligro normativo en el tipo objetivo constituye un elemento común para todas las formas adelantadas de punición.

No obstante, la principal diferencia entre la tentativa y los delitos de peligro surge de la limitación subjetiva derivada de la exigencia del dolo de lesión en la tentativa¹⁵⁴. En efecto, en ella el tipo subjetivo debe darse plenamente, con el mismo contenido y de la misma forma a la requerida para la punición del delito consumado.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, KNUT: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS: *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Barcelona, AA. VV., 1996.
- ARTZ, WEBER: *Strafrecht*, Besonderer Teil, LH 2, veridere "Delikte gegen die Personen, Schwerpunkt: Gefährdungsdelikte", 1983, cit. "BT".
- BACIGALUPO, ENRIQUE: "La función del concepto de norma en la dogmática penal", en *Libro homenaje a Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1986.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Concepto, método y fuentes del derecho penal*, texto mimeografiado, Salamanca, 1982.
- BERDUGO, ARROYO, GARCÍA RIVAS, FERRÉ, SERRANO PIEDECASAS: *Lecciones de derecho penal*, Parte general, Madrid, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZÁBAL, HERNÁN: *Lecciones de derecho penal*, Madrid, 1997.
- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, Parte general, t. I, Introducción, t. II, Teoría jurídica del delito, 5ª ed., Madrid, 1997 (veridere "PG", en su caso I o II).
- *Derecho penal*, Parte general (UNED), Madrid, 1997 (veridere "PG UNED").
- FARRÉ TREPAT, ELENA: *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- FEUERBACH, LUDWIG: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14ª ed., 1847.
- GALLAS, WILHELM: "Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs", en *FS für Paul Bockelmann*, Munich, 1979.

¹⁵⁴ ARZT, WEBER. *Strafrecht. Besonderer Teil*, págs. 7 y ss.

GARCÍA RIVAS: *Contribución al estudio del tipo de peligro y aplicación a los delitos contra la salud pública y el medio ambiente*, en prensa (Praxis), Albacete, 1995.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Madrid, 1979.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: "La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo de las desviaciones causales", en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1944.

HENKEL, HEINRICH: *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964; traducida al español por E. Gimbernat, *Introducción a la filosofía del derecho. Fundamentos del derecho*, 1964.

HIRSCH, HANS JOACHIM: "Gefahr und gefährlichkeit", en *FS A. Kaufmann*, Heidelberg, 1993.

— *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, ZStW, 106, 1994.

HERZBERG, ROLF DIETRICH: *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, 1972.

HORN, ECKHARD: *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, 1973.

JAKOBS, GÜNTHER: *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin-New York, 1972.

— *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992.

— *Derecho penal*, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, 1995 (cit. "PG").

— *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Cancio Meliá y Feijó Sánchez, Madrid, 1996.

— *Estudios de derecho penal*, traducido y comentado por Peñaranda Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Madrid, 1997.

JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981 (cit. "PG").

KAUFMANN, ARMIN: *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954.

— "Die dogmatik im Alternativ-Entwurf", en ZStW, núm. 80, 1968, págs. 34 y ss.

KLUG, ULRICH: "Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen", en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981.

— "Zur problematik juristischer definitionen", en *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*, 1981.

KRATSCHE: *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlin, 1985.

LARENZ, KARL: *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción y revisión de M. Rodríguez Molinero, 1ª ed., Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA: *El resultado en derecho penal*, Valencia, 1992.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general, Madrid, 1996 (cit. "PG").

MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ, ZIPF, HEINZ: *Derecho penal*, Parte general, vol. II, trad. de Bofill Genzsch de la 7ª ed., Buenos Aires, 1995 (cit. "PG").

MEZGER, EDMUND: "Vom Sinn der Strafrechtlichen Tatbestände", en *FS für Ludwig Traeger*, 1926.

— *Derecho penal*, Parte general, traducción y notas de Rodríguez Muñoz, 1ª ed., Buenos Aires, 1935 (cit. "PG").

MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976.

— *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Barcelona, 1990, 4ª ed., 1996 (cit. "PG" - "PG 1996").

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, Valencia, 1989.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., Valencia, 1996 (cit. "PG").

QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Comentarios al nuevo Código Penal*, dir. Quintero Olivares, Pamplona, 1966.

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Derecho penal*, Parte general, I, Madrid, 1977 (cit. "PG").

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO y CÓRDOBA RODA, JUAN: *Comentarios al Código Penal*, t. I, número extra, 1980.

ROXIN, CLAUS: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, München, 1992 (cit. "AT").

ROXIN, STREE, ZIPF, JUNG: *Einführung in das neue Strafrecht*, 2ª ed., München, 1975.

SANCINETTI, MARCELO: *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Santa Fe de Bogotá, 1995.

SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1975 (videre "AT").

SCHÖNKE, ADOLF-SCHRÖDER, HORST: *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, 22ª ed. actualizada por LENCKNER, CRAMER, ESSER y STREE, 1985, 24ª ed., 1991 (videre Sch/Sch/Redactor).

SCHÜNEMANN, BERND: "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania", en *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales MJJ, 1994.

— *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

SERRANO-PIEDecasas, JOSÉ RAMÓN: "Crítica formal del concepto de omisión", en *ADPCP*, Fascículo III, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: "La regulación del *iter criminis* (arts. 16 a 18)", en *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997.

SOLA RECHE: *La llamada tentativa inidónea del delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.

STRATENWERTH, GÜNTER: "Das rechtstheoretische Problem der *Natur der Sache*", en *Recht und staats*, núm. 204, 1957.

STRUENSEE, EBERHARD: "Versuch und vorsatz", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989; trad. de Serrano González de Murillo en CPC, 1989.

TORIO LÓPEZ, ÁNGEL: *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992.

VON HIPPEL, THEODOR: *Gefahrenurteile und Prognoseentscheidungen in der Strafrechtspraxis*, Berlín, 1972.

WELZEL, HANS: *Das Deutsche Strafrecht, eine systematische Darstellung*, 11ª ed., Berlín, 1969, trad. castellana de Bustos-Yañez, 2ª ed., 1976 (cit. "PG").

ZACZYK: *Das Unrecht der Versuchten tat*, Berlín, 1989.

ZIELINSKI, DIETHART: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, trad. de M. Sancinetti, Buenos Aires, 1990.