

SECCIÓN DOCTRINAL

Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata *

RENÉ BLOY

Profesor de Derecho Penal. Universidad de Friburgo de Brisgovia

I. LA RELEVANCIA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA BURDAMENTE INSENSATA

La tentativa por burda insensatez, la irreal o incluso la supersticiosa parecen, ante todo, referirse a cuestiones marginales del derecho penal y, principalmente, ser apropiadas para enriquecer el folklore jurídico. En la práctica se han conocido casos de esa índole en forma completamente aislada (1). Igualmente, este «gabinete de curiosidades» (2) ha merecido una regulación (muy censurada) del legislador (§ 23, párr. 3, StGB). La llamativa fuerza de atracción que tiene este tema en la doctrina, al menos desde Feuerbach (3), debería explicarse

* *Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs*, publicado en *ZStW*, t. 113 (2001), pp. 76 y ss. Traducción de Paola Dropulich (Universidad de Buenos Aires) y Thomas Kliegel (Universidad de Münster).

(1) BGHSt., t. 41, p. 94 (sobre tentativa por burda insensatez); RGSt., t. 33, p. 321 (sobre tentativa supersticiosa); de la jurisprudencia suiza, véase BGE, t. 70 (1944), IV, p. 49, y Tribunal de Apelación de Basilea, BGM (Basler Juristische Mitteilungen), 1959, p. 129 (ambas sobre tentativa insensata); cf. también BGE, t. 78 (1952), IV, p. 145 (por el paralelo evidente con el caso BGHSt., t. 41, p. 94, aunque el BG no ha tenido en cuenta una tentativa insensata).

(2) Cf. BURKHARDT, *Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, p. 98, que considera la discusión en este campo «más penosa que científica». Ya GEYER, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 36, opinaba que tales casos debían ser excluidos como «producto de extravíos inútiles [...] de quien vive en un mundo de ilusiones».

(3) Por primera vez, FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 4.^a ed., 1808, § 42, nota b. Por lo demás, sobre la delimitación

reflexivamente cuando menos en la medida en que ella indica que detrás de una fachada de ingenuidad y estrechez intelectual (de los protagonistas intervinientes) se oculta una problemática que, por su parte, de ningún modo se puede liquidar como «curiosidad» y que exige un juicio sensato (del dogmático), acorde a la realidad.

La significación dogmática de la tentativa por burda insensatez se puede esbozar de la siguiente manera: mediante el § 23, párr. 3, StGB, se puede extraer en determinada dirección qué contenido de ilícito tiene que exhibir como mínimo una conducta, para que sea conminada con pena por el derecho vigente. La gran trascendencia sistemática de esta disposición (4) consiste, por tanto, en que ofrece *de lege lata* una pauta para la concreción de este mínimo, en que indica, por ende, un *concepto material del hecho punible* implícitamente coformulado en el Código Penal alemán –aun cuando, acaso, sólo en forma fragmentaria–. A esta tarea de naturaleza expositiva se vincula una segunda, crítica, pues tiene que encontrarse una respuesta a la cuestión de si el límite trazado en ese lugar por el derecho vigente entre conducta punible e impune es convincente también a partir del objeto mismo.

II. LOS PRESUPUESTOS MÍNIMOS DEL ILÍCITO PENAL A LA LUZ DEL § 23, PÁRRAFO 3, STGB

1. Delimitación del objeto de investigación

La pregunta por el menor ilícito penalmente significativo es la pregunta por el mínimo común denominador al que, en última instancia, se pueden reducir todos los hechos punibles. Independientemente de la posición que se adopte frente a la función del resultado en el concepto de ilícito, es seguro que la dimensión de resultado del hecho, por lo menos en este contexto, tiene que carecer de significación, pues la producción del resultado típico no es esencial para el hecho punible. En la determinación del mínimo de ilícito penal se trata, entonces, de la concreción de aquel núcleo de ilícito sin el cual tampoco se configura un delito cuando falta el resultado, por tanto, de la *tentativa*. En la tentativa, ciertamente, puede estar realizado el ilícito en menor o

de la punibilidad de la tentativa por medio de una cláusula de insensatez se discute ya desde mediados del siglo XIX: véase p. ej. MITTERMAIER, GS, t. 11 (1859), pp. 408 y s.; STRUENSEE, ZStW, t. 102 (1990), p. 44, con notas 80, 81, respectivamente con referencias.

(4) Cf. también STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, 4.^a ed., 2000, § 11, núm. m. 50.

mayor medida; sean mencionadas en este lugar sólo la tentativa inacabada y la acabada, que representan fases diferentemente desarrolladas de realización del proyecto de acción en el hecho. Por ende, la búsqueda del mínimo de ilícito tendrá que concentrarse en los estadios menos desarrollados de realización de la tentativa.

Frecuentemente, la concreción del ilícito mínimo de la tentativa se presenta en forma de delimitación entre el acto preparatorio y la conducta de ponerse inmediatamente a realizar el tipo; esto marca el paso hacia la tentativa, y, mediante tal conducta, el autor atraviesa el umbral «regular» hacia la punibilidad (5). Pero esta cuestión trata sólo un aspecto del problema, a saber, la determinación *cuantitativa* del mínimo de ilícito: ¿qué *medida* en proximidad al tipo tiene que ser alcanzada, en base a un patrón temporal de fases del hecho punible, para atravesar el umbral de punibilidad? El otro aspecto, menos considerado, se refiere a la determinación *cualitativa* del mínimo de ilícito: ¿qué *propiedades* tiene que mostrar una acción (incluso si fuera efectuada en el estadio de ejecución) para ser ilícito de tentativa?

Quien quiera responder esta última pregunta atendiendo al § 23, párr. 3, StGB, podría enfrentarse con la objeción de que con ello la tentativa inidónea ascendería a prototipo de ilícito penal, a pesar de que en un derecho penal orientado hacia la protección de bienes jurídicos legítimamente le corresponde, a lo sumo, una función complementaria de la punibilidad de formas de conducta que son objetivamente peligrosas para los bienes protegidos (6). Sin embargo, es casi innegable que la tentativa inidónea, según la concepción del derecho vigente, de ninguna manera posee un rol especial en relación con la tentativa idónea, lo cual precisamente hace evidente el § 23, párr. 3, StGB, pues – dado que sólo para la tentativa inidónea calificada prevé una regulación especial– implica la vigencia del principio de que tentativa idónea e

(5) Los casos, también existentes, de preparación punible son considerados, como se sabe, como excepciones, de fundamentación especial, a la regla de que la punibilidad inicia, como muy pronto, con el comienzo de la tentativa; véase, al respecto, en lugar de muchos, MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil 2*, 7.^a ed., 1989, § 39, núm. m. 19; JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 523; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25.^a ed., 1997, previo al § 22, núm. m. 13; críticamente sobre la criminalización de actos preparatorios, JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), pp. 752, 756 y s., 765.

(6) Así, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 88; ídem, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 42; en este sentido también Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, p. 25; RUDOLPHI, *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 72 y s.; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 192; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 159; ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, 1998, pp. 159, 162; HIRSCH, *ZStW*, t. 94 (1982), p. 242, nota 102.

inidónea tienen igual categoría (7). Si esto es así, la tentativa inidónea no puede presentar un déficit de ilícito que ponga en duda su aptitud para personificar el mínimo de ilícito del hecho punible (8). Evidentemente, dos temores son los que respaldan los mencionados reparos: por un lado, que no se encuentra una base de legitimación uniforme para la punibilidad de la tentativa idónea e inidónea; y, por otro, que no se puede dar prueba de un componente objetivo de ilícito para el contenido de ilícito de la tentativa inidónea. Pero se demostrará a continuación que ambos temores son infundados.

2. La legitimación de la punibilidad de la tentativa inidónea

a) *La teoría de la impresión*

La antigua y conocida objeción en contra de la punibilidad de la tentativa inidónea, según la cual en un derecho penal de protección de bienes jurídicos sólo la tentativa peligrosa podría pretender un lugar (9), es enfrentada hoy, en general, con ayuda de la denominada teoría de la impresión. De acuerdo con ella, el fundamento de la pena de la tentativa reside en su aptitud para conmover la confianza pública en la vigencia del orden jurídico. En el caso normal esto debe ser aplicable también a la tentativa no peligrosa. De ese modo, la *perturbación de la paz jurídica* que la tentativa significa es explicada, sobre la base de fines de prevención general, por el fundamento de legitimación de la pena de la tentativa.

Como ya ha sido frecuentemente constatado por sus críticos (10), la teoría de la impresión se resiente, sobre todo, al no establecer una relación entre perturbación de la paz jurídica y bien jurídico ata-

(7) Véase, p. ej., MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil 2*, § 40, núm. m. 139.

(8) Cf. también LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, 1999, p. 203.

(9) Sobre la teoría objetiva de la tentativa, que se remonta a FEUERBACH (nota 3), § 42, resumiendo, Peter ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, 1973, pp. 6 y ss.; en tiempos más recientes, en profundidad, WEIGEND, en HIRSCH/WEIGEND (comp.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 113 y ss.; HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 35 y ss.

(10) Críticamente sobre la capacidad de rendimiento de la teoría de la impresión, p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil I*, § 11, núm. m. 21; KÜHL, *Allg. Teil*, 3.^a ed., 2000, § 15, núm. m. 41 y ss.; BURKHARDT (nota 2), p. 56, nota 31, p. 71; SCHÖNWANDT, *Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, tesis doctoral en Göttingen, 1975, pp. 70 y ss., 78 y s.; ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, 1982, pp. 208 y ss.; WEIGEND (nota 9), pp. 121 y ss.; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 21 y ss.; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 4 y s.

cado (11). En lugar de ello, se ponen ambas cosas en una, de modo que la tentativa aparece como delito contra la paz jurídica, la cual no es un bien jurídico como tal, sino que personifica el supremo valor jurídico general, que posee múltiples facetas (12) y, entre otras cosas, es garantizado mediante la protección penal de bienes jurídicos. Ahora bien, ni toda perturbación de la paz jurídica consiste en un ataque a un bien penalmente protegido, ni todo ataque a un bien jurídico es *per se* una forma de perturbación de la paz jurídica. No obstante, para un derecho penal de protección de bienes jurídicos, vale el principio «protección de la paz jurídica –sólo– mediante protección de bienes jurídicos». Para la punibilidad de la tentativa esto significa que ella sirve a la protección de la paz jurídica sólo en la medida en que amplía la protección de bienes jurídicos, en una determinada extensión, al campo previo de los tipos penales (consumados) de la parte especial. Por ende, solamente es legitimada mediante la referencia de la tentativa al bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal de la parte especial.

b) *¿La tentativa inidónea como delito de peligro abstracto?*

En un cierto sentido, es sólo tentativa «idónea» la que constituye el estadio de tránsito hacia la consumación del hecho. Pues, *ex post* considerada, toda tentativa que no ha conducido a la consumación se ha mostrado inidónea para producir el resultado típico (13). En cam-

(11) Se esfuerza seriamente por demostrar tal relación, por lo menos, RADTKE (*JuS*, 1996, p. 881). En cambio, LAMPE (*Das personale Unrecht*, 1967, p. 59) se expresa abiertamente en el sentido de ver el objeto de ataque, en caso de tentativa inidónea, directamente en la paz jurídica.

(12) P. ej., también desde el punto de vista del derecho procesal: para definir la meta del proceso penal juega un papel considerable el restablecimiento de la paz jurídica (p. ej. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 25.ª ed., 1998, § 1, núm. m. 3; BEULKE, *Strafprozeßrecht*, 4.ª ed., 2000, núm. m. 6; en profundidad, SCHMIDHÄUSER, *Festschrift für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 516 y ss.); se entiende por sí mismo que no sólo el derecho penal material y el derecho procesal penal sirven para asegurar la paz jurídica, sino que esto es, antes bien, misión del ordenamiento jurídico en su conjunto. Con la función del derecho de mantener la paz se expresa, por último, sólo su carácter de medio de autoentendimiento estatalmente institucionalizado de la sociedad sobre determinadas formas de sus conflictos. Al respecto, en general, LAMPE (nota 11), p. 217, con otras referencias; véase también WÜRTEMBERGER, *Festschrift für Peters*, 1974, p. 209, que, sin embargo, concibe la paz jurídica también como bien jurídico (lug. cit., pp. 214 y ss.); cf. además, Thomas FISCHER, *Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung*, tesis doctoral en Würzburg, 1986, esp. pp. 512 y s., 527 y ss.

(13) Por ello, en el pasado fue considerada en parte irrealizable la distinción entre tentativa idónea e inidónea; véase, p. ej., RGSt, t. 1, p. 442; VON BURI, ZStW, t. 1 (1881), p. 186; DELAQUIS, *Der untaugliche Versuch*, 1904, p. 175; VON BAR,

bio, desde una perspectiva *ex ante*, son posibles distintos juicios sobre la idoneidad de una tentativa para alcanzar el resultado. Se trata, por tanto, de la peligrosidad de la tentativa (14). Si la conducta del autor es peligrosa para el objeto de bien jurídico protegido, se habla de una tentativa idónea. Inidónea es, por el contrario, la conducta de tentativa que permanece no peligrosa.

Ahora bien, si la tentativa debe mostrar también en la forma de tentativa inidónea una referencia al bien jurídico, entonces, es natural concebirla como delito de peligro abstracto. De hecho, esta forma de consideración de ningún modo resulta escasa en la doctrina (15). Sin embargo, se alzan contra ella importantes reparos (16), pues los tipos de peligro abstracto describen formas de conducta generalmente peligrosas como, por ejemplo, la conducción en estado de embriaguez en el tráfico vehicular (§ 316 StGB). Pero de ninguna manera la tentativa inidónea es un delito ligado a determinada forma de conducta, pues se carece de toda tipificación legal (o desarrollada en vías de una interpretación teleológica) de una peligrosidad general de la conducta de tentativa. Y este no es un déficit que pueda ser superado, porque la tipificación podría efectuarse, a lo sumo, con relación a cada determinado tipo penal de la parte especial (17). Como figura dogmática de la

Gesetz und Schuld im Strafrecht II, 1907, pp. 524 y s.; zu DOHNA, *Festgabe für Güterbock*, 1910, p. 54; ROEDER, *Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie*, 1953, p. 19; también aún BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., 1985, pp. 470 y s.

(14) Aquí no hace falta tratar la cuestión, muy discutida, de *cómo* se distingue la conducta peligrosa de la no peligrosa. Sólo importa *que* esta diferenciación es hecha. El § 23, párr. 3, StGB presupone en todo caso que hay tentativas (idóneas) que pueden conducir a la consumación y tentativas (inidóneas) que no pueden conducir a la consumación.

(15) P. ej., ENGISCH, *Festschrift zum Hunderjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I*, 1960, p. 435; CRAMER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962, pp. 63 y s.; TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 167; KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 436 y ss.; DICKE, *JuS*, 1968, p. 161; cf. también SAX, *JZ*, 1976, pp. 432 y s.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22, núm. m. 65.

(16) Críticamente, p. ej. también VOLZ, *Unrecht und Schuld abstrakter Gefährungsdelikte*, tesis doctoral en Göttingen, 1968, p. 60 y ss.; BURKHARDT (nota 2), pp. 86 y s.; ZACZYK (nota 10), p. 39; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 248 y ss.; KRÜGER, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, 1994, pp. 112 y s.; NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1994, p. 118.

(17) Tampoco ofrece una salida, en cierta medida *ex negativo*, el considerar a todo actuar *no* burdamente insensato como abstractamente peligroso; cf. empero RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 7, en sustancial coincidencia con la fundamentación del § 23, párr. 3, StGB, en *BT-Drucks. V/4095*, p. 12. En todo caso, esto conduce a la tautología de que es en general peligrosa toda conducta que no es en general

parte general, la tentativa inidónea comprende, empero, todos los tipos penales (en tanto la tentativa sea punible). De esto ya resulta que no es un delito de peligro abstracto. Pero no sólo eso: como tal no es ningún delito, pues tentativa y consumación son estadios de realización de un delito de la parte especial. La fase de realización (que precede a la consumación) de un hecho punible no puede contener, empero, un carácter delictivo propio; es decir, no puede tener otro carácter delictivo que el tipo de la parte especial al que se refiere (18). No se atendería a estas relaciones, por ejemplo, si se considerase a la tentativa idónea o inidónea de un homicidio como delito de peligro concreto o abstracto para la vida, respectivamente; pues se trata de la tentativa peligrosa, o bien no peligrosa, de un delito de lesión, y eso no es lo mismo (19).

c) *La trascendencia de la idea de protección de bienes jurídicos*

Para la legitimación de la punición de la tentativa (inidónea) esto significa: ni existe un especial fundamento de la pena de la tentativa (20), ni una especial problemática de la legitimación de la punibilidad de la tentativa inidónea. La punición de la tentativa —es decir, de cualquier forma de tentativa— se establece sobre el mismo fundamento

no peligrosa. Una tipificación de formas de conducta en general peligrosas sólo puede ser realizada por vía de una descripción positiva.

(18) Acentúan la falta de autonomía de la tentativa, p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 515. También significan lo mismo su caracterización como complemento del tipo para tipos de consumación (JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1991, 25/4), la denominación frecuentemente encontrada del § 23, StGB, como causa de extensión de la pena (véase sólo KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 2) y otras clasificaciones similares. En contraposición, destaca su autonomía la teoría del delito de tentativa; en profundidad, ALWART (nota 10), pp. 89 y ss. Esto tiene su relativa justificación, en la medida en que el hecho tentado —a diferencia de la participación (instigación y complicidad) en un hecho (principal)— refiere su contenido de ilícito, de manera no accesoria, a un hecho consumado realmente existente. La tentativa existe por sí misma como ataque a un bien jurídico que perturba la paz jurídica. Esta diferencia se hace evidente, por un lado, en la capacidad de la tentativa de ser un hecho principal, y, por otro, en la falta de tal capacidad de la instigación y complicidad. Lo último, sin embargo, es discutido ocasionalmente y tiene importancia para el tratamiento de la participación en cadena (sobre todo esto, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 188).

(19) Esta es también la razón de que ni siquiera la tentativa idónea pueda ser descripta correctamente como delito de peligro concreto; ROXIN (nota 6), p. 159, la denomina, en forma poco expresiva, un hecho punible de peligro *sui generis*, que se asemejaría a un delito de peligro concreto.

(20) Con otro trasfondo, en las consecuencias igualmente SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1975, 15/12.

de legitimación que la punición del respectivo delito consumado. Dado que a la protección de bienes jurídicos le corresponde la función de constituir tal fundamento de legitimación, éste tiene que extenderse también a la tentativa inidónea. Queda entonces, aún, «sólo» la tarea de concretar, bajo esta idea rectora, la extensión y los límites de la conducta de tentativa inidónea penalmente relevante.

El derecho penal cumple la función de protección de bienes jurídicos en diversos planos: mediante la amenaza de pena para hechos en los cuales se ha producido un resultado de lesión o de peligro; mediante la amenaza de pena para formas de conducta peligrosas, sin consideración de si se ha producido un resultado de peligro; y, finalmente, mediante la amenaza de pena para hechos en los cuales el autor solamente cree haber actuado de manera riesgosa para el bien atacado. Es evidente que la prohibición de formas de conducta objetivamente peligrosas es útil para la preservación de bienes jurídicos. Pero, aun cuando el autor supone sólo por equivocación que su conducta sería peligrosa para el objeto de bien jurídico, ataca el bien jurídico. Un verdadero ataque no presupone, pues, ni un componente de éxito, ni una peligrosidad objetiva de la conducta (21). También en el caso de *subjetivación de la peligrosidad* subsiste la referencia al bien jurídico, aunque (por el componente objetivo de peligrosidad) en forma reducida (22). Por cierto que, entonces, otras reducciones ya no son imaginables. La peligrosidad subjetiva de la conducta de tentativa es irrenunciable. De lo contrario, ya no existiría un real ataque al bien jurídico. En el caso de una acción no peligrosa que es correctamente evaluada como tal por el actuante, entra en consideración, a lo sumo, un ataque aparente; es decir, la peligrosidad es simulada ante la víc-

(21) En caso de legítima defensa el concepto de agresión (§ 32, párr. 2, StGB), en esa medida, está discutido; al respecto, con más detalle, BLOY, *JuS*, 1990, Lernbogen 13, con otras referencias.

(22) De modo similar, ya ENGISCH (nota 15), pp. 436 y s.; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz*, 1986, pp. 39, 44; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* (nota 6), pp. 42 y s.; profundizando, ZACZYK (nota 10), pp. 249 y ss. La denominación de «ataque mediato», escogida por GALLAS (nota 6), p. 160, y WOLTER (nota 6), pp. 79, 301 y s., sin embargo, no aporta nada de claridad. Ocasionalmente se habla también de una puesta en peligro del bien jurídico (¡no puesta en peligro del *objeto* de bien jurídico!) mediante el desprecio de la pretensión de validez que parte del bien jurídico –detalladamente al respecto, NIEPOTH (nota 16), pp. 119 y s., con otras referencias–, lo cual, probablemente, no es, en sustancia, una posición divergente, pero suscita la falsa impresión de un factor *de resultado* (de puesta en peligro) en la tentativa inidónea. Sin embargo, el bien jurídico mismo, como valor ideal, no puede ser puesto en peligro ni lesionado. La cualidad de ataque de la tentativa no peligrosa es negada por DICKE, *JuS*, 1968, p. 159.

tima. La simulación de un ataque no es todavía, empero, ningún ataque: quien amenaza a otro con una pistola de utilería, no ataca su vida, sino sólo su libertad.

En síntesis: La existencia «objetiva» de un ataque presupone sólo una peligrosidad subjetiva, no objetiva. De ese modo, por cierto, todavía no está decidido que un ataque penalmente relevante a un bien jurídico tendría lugar sin cualidad objetiva alguna de la conducta. Qué elementos componen el aspecto subjetivo y objetivo, y cómo se comportan entre sí, es explicado seguidamente.

3. La estructura del ilícito de la tentativa inidónea

A) ILÍCITO DE RESULTADO EN LA TENTATIVA

Si bien la tentativa es definida por la falta del resultado típico, esto aún no permite concluir que ella no presenta ningún ilícito de resultado y que se agota en un ilícito de acción. Lo que falta categóricamente en la tentativa es solamente el ilícito de resultado que se realiza recién mediante la producción del resultado típico. En la tentativa idónea, es decir, la tentativa peligrosa, se podrá registrar a menudo (23) un peligro concreto para el objeto de bien jurídico, de modo que existe un *ilícito de resultado de peligro*.

Sin embargo, a la tentativa inidónea, es decir, la tentativa no peligrosa, le falta en efecto todo ilícito de resultado (24). En especial, la conmoción de la confianza pública en el derecho no puede ser entendida como una especie de disvalor de resultado (25). La perturbación de la

(23) Sin embargo, no necesariamente; así, con razón, también ROXIN (nota 6), p. 159, con nota 4, p. 164.

(24) Véase, p. ej., también WOLTER (nota 6), pp. 77 y ss., 301. Es difícilmente comprensible la afirmación contraria de KOLSTER (*Die Qualität der Rücktrittsbe mühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1993, pp. 39 y s.), quien, con SAX (nota 15), concibe la tentativa inidónea, en sustancia, como delito de peligro abstracto, y que pretende ver el disvalor de resultado en la circunstancia de que la realización del plan del hecho, por el autor, hace aparecer posible, al menos, una realización del tipo, aunque esto, por cierto, sólo es una descripción de la peligrosidad general de la conducta.

(25) De otra manera, sin embargo, ROXIN (nota 6), pp. 160, 162; igualmente, ya VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 123, 127; NIEPOTH (nota 16), p. 123; tendiendo a esa dirección, también LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, previo al § 13, núm. m. 57; cf. además SCHAFFSTEIN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 562, nota 16. En tanto se vea ya en el desvalor de acción realizado (en el sentido del aspecto externo de la ejecución de la acción) un desvalor de resultado (así, LÜDERSSEN, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 188, 197), existe con la concepción aquí desarrollada, empero, sólo una diferencia terminológica, respecto de lo cual, ciertamente, hay que señalar que la asimilación parcial de ilícito objetivo de

paz jurídica, que también la tentativa inidónea importa, es más bien un signo de las propiedades necesarias del aspecto externo de la conducta típicamente relevante (26). Su significado, sin embargo, recién puede ser descifrado mediante un análisis de la estructura del ilícito de acción.

B) EL ILÍCITO DE ACCIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

a) *Componentes subjetivos y objetivos*

En la tentativa inidónea un sector doctrinal parte de la idea de que sólo existiría un ilícito de acción subjetivo, o sea, el llamado desvalor de intención (27). El § 23, párr. 3, StGB, parece confirmar esto también indirectamente, pues el ámbito limítrofe inferior está caracterizado por el hecho de que el autor, por burda insensatez, desconoce que la tentativa de ninguna manera puede conducir a la consumación; con lo cual, lo que la caracteriza es un (defectuoso) rendimiento intelectual, por tanto, una circunstancia *interna*. Entonces, la fundamentación del ilícito (y su cuantificación) residiría en este caso, en efecto, sólo en el aspecto *subjetivo* (28): Incluso en la burda insensatez, la voluntad de cometer un hecho punible sería suficiente, como principio, para fundamentar el ilícito de tentativa; y el ilícito sería tanto mayor cuanto más sensatez criminal emplease el autor al tomar la decisión de cometer el hecho. No obstante, la problemática aceptación de la posibilidad de una fundamentación del ilícito puramente subjetiva no necesita, en principio, ser discutida aquí (29). Si bien es correcto que el § 23, párr. 3, StGB, prevé

acción e ilícito de resultado, como renuncia a una separación conceptual de los componentes de ilícito distintos y distinguibles apenas podría ofrecer alguna ventaja.

(26) Cf. WOLTER (nota 6), p. 79; en este sentido, también RADTKE, *JuS*, 1996, p. 881, que de ese modo defiende la teoría de la impresión.

(27) Así, p. ej., expresamente, GALLAS (nota 6), p. 159; RUDOLPHI, en SCHÜNE-MANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 82; para la tentativa en general, cf. Armin KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 403; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, p. 136; STRUENSEE, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 534 y ss.; HIRSCH, *ZStW*, t. 94 (1982), p. 242, nota 102.

(28) De hecho, el § 23, párr. 3, StGB es considerado con frecuencia como indirecta confirmación expresa de la teoría subjetiva; así, p. ej., por STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 56; HA (nota 9), p. 51; K. MALITZ, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, pp. 190 y s., 231.

(29) Para una contraposición con la llamada escuela de Bonn, fundada por Armin Kaufmann y sus discípulos, sean mencionadas en este lugar tan sólo las monografías de MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, 1981, y SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995; véase además, JAKOBS, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 271.

la *posibilidad* de una punición incluso cuando el autor, por burda insensatez, desconoce que la tentativa de ninguna manera puede conducir a la consumación; por otra parte, desde una perspectiva subjetivista no es posible fundamentar que una tentativa de esa clase sea penada más benignamente o incluso pueda quedar impune (30). A ello se añade que la tentativa supersticiosa, según una opinión unánime al menos hoy en día –aun sin disposición legal expresa–, forzosamente debe ser excluida de la punibilidad (31). En síntesis, esto significa que el derecho vigente no adopta ni una posición puramente subjetivista ni una puramente objetivista, sino que sigue una línea conciliadora.

b) *Ilícito de acción subjetivo*

a) Función básica y elementos del desvalor de intención

El significado del desvalor de intención para el ilícito de la tentativa inidónea es indiscutido. Consiste en que el ataque al bien jurídico –como ya fue indicado– está constituido, sustancialmente, por la voluntad del autor de ponerlo en peligro. En esencia, tampoco es problemático cómo hay que definir este ilícito de acción subjetivo en detalle. Comprende la voluntad y la (errónea) representación de realizar, mediante determinada conducta, el tipo de un delito de la parte especial.

b) El tipo subjetivo de la tentativa como decisión a un hecho imputable

Dado que el contenido de la –tradicionalmente así denominada– decisión de cometer el hecho se corresponde con el objeto del dolo (32), se presenta un problema especial para la tentativa inidónea, el cual se manifiesta claramente, sobre todo, en los casos límite de la burda insensatez e incluso de la tentativa supersticiosa. La referencia del dolo también a la *relación* entre acción y resultado hace necesario que exista una representación correspondiente en el autor de tentativa.

(30) ZACZYK (nota 10), p. 82; MAIWALD, en SCHÖCH (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, p. 72; MINTZ, *Die Entwicklung des sogenannten untauglichen Versuchs im 19. Jahrhundert unter dem besonderen Aspekt der Einordnung als Wahnverbrechen*, 1994, p. 2; ROXIN (nota 6), pp. 158 y s., 165.

(31) Al respecto, con más detalle, *infra*, III. 2.

(32) Si en la tentativa, tal como es usual, tradicionalmente, se puede hablar de dolo (en el mismo sentido que en el delito consumado) o no, puede quedar de lado en este lugar; acerca de esta cuestión, tratada ocasionalmente, en profundidad, STRUENSEE (nota 27), pp. 523 y ss.; véase también FRISCH, *Vorsatz* (nota 6), pp. 204 y s.; MURMANN (nota 10), p. 9.

Ahora bien, de todas maneras, en el caso de la tentativa supersticiosa, el autor no se representa, entre su acción mágica y la producción del resultado, una relación causal según leyes naturales. En lugar de ello, aparece la creencia en la intervención de poderes sobrenaturales, sea bajo una designación tradicional, sea bajo una raramente esotérica. Pues bien, a veces se deduce de esto, que en el empleo de prácticas supersticiosas, por falta de dolo con respecto al desarrollo de un suceso determinado según leyes causales, falta una decisión de cometer el hecho en sentido jurídico o, formulado de otro modo, un ilícito de acción subjetivo (33), lo que explicaría sin más la forzosa impunidad de una conducta de esa índole.

Se puede generalizar esta idea y aplicarla a toda tentativa *nomológicamente* inidónea (es decir, aquellas en las que el autor desconoce las condiciones básicas, según leyes físicas, de su proyecto de acción): Entonces, falta el desvalor de intención de la tentativa, tan pronto como, en la representación del autor, un resultado debe producirse de forma no causal o mediante una causalidad putativa. De esta manera, se obtendría también una fundamentación para la –luego, por cierto, obligatoria– impunidad de la tentativa burdamente insensata e incluso, más ampliamente, de la tentativa nomológicamente inidónea en general. Esta idea, a primera vista seductora, que en tiempos más modernos ha sido reanimada principalmente por Struensee (34), apenas encuentra todavía una resonancia positiva en la actualidad (35). Una primera impresión sugiere que ello obedece con seguridad al hecho de que esa concepción es notoriamente incompatible con el derecho vigente (36),

(33) JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/22; SANCINETTI (nota 29), p. 198; STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 36 y ss.; cf. también ya RGSt, t. 33, p. 323.

(34) STRUENSEE, *ZStW*, t. 102 (1990), pp. 30 y ss., con un informe resumido de la antigua doctrina (pp. 34 y s.). Del tiempo más reciente, sean nombrados aquí tan sólo: KÖHLER, *Studien aus dem Strafrecht I*, 1890, p. 25; KLEE, *Wille und Erfolg in der Versuchslehre*, 1898, pp. 36 y s.; FINGER, *Festschrift für Binding I*, 1911, pp. 283 y s.; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 43, nota III (pp. 90 y s.); DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1936, p. 50; SAUER, *Allg. Strafrechtslehre*, 3.^a ed., 1955, pp. 109 y s.; SCHNEIDER, *GA*, 1955, p. 266. Detrás de ello se oculta el temor –infundado– de que «la normatividad de fantasías nomológicas individuales conlleve una imparable ampliación de la punibilidad de la tentativa, que llegue hasta lo grotesco» (STRUENSEE, *lug. cit.*, p. 32).

(35) Por lo que se llega a ver, siguiéndole, sólo SCHUMANN, *NStZ*, 1990, pp. 33 y s., y ALTENHAIN, *GA*, 1996, p. 24, nota 24; en contra, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/36, nota 56a; SANCINETTI (nota 29), pp. 203 y ss.; KRÜGER (nota 16), pp. 117 y s.; HEINRICH, *JURA*, 1998, p. 395.

(36) En ello, expresamente, basan su rechazo LACKNER/KÜHL, *StGB*, 23.^a ed., 1999, § 23, núm. m. 6. Una armonización con el derecho vigente se podría alcanzar, en todo caso, forzosamente, mediante una interpretación –poco convincente– del § 23, párr. 3, StGB como *ampliación* del tipo subjetivo de la tentativa (cf. SCHUMANN,

pues entonces la tentativa inidónea tendría que quedar impune en gran medida. Punible quedaría sólo la tentativa *ontológicamente* inidónea, la cual se basa en un error de percepción, sin que el desconocimiento de leyes naturales desempeñe un papel en ello.

Con una consideración más minuciosa se hace evidente, sin embargo, que esta concepción está atravesada internamente por una línea de fractura. Como es sabido, el dolo relativo al curso causal no necesita abarcar todos los detalles, sino que es suficiente cuando el autor lo ha reconocido correctamente en sus rasgos esenciales (37). Las representaciones erróneas son, en otras palabras, inocuas en cierta proporción. Esto tiene que valer, igualmente, para la tentativa. Hasta qué medida las representaciones equivocadas dejan intacto el dolo, depende de su función de imputar al actuante como hechos dolosos —es decir, como aquellos con específico contenido de ilícito—, hechos en los cuales se objetiviza una decisión contra el bien jurídico. Por ende, no importa si el autor cuenta con un elevado nivel de conocimientos científico-naturales, técnicos o medicinales, y por eso tiene una precisa y detallada representación del curso causal. El autor tiene que poseer sólo el conocimiento de significación decisivo para la imputación como hecho doloso. Dado que no se trata de la explicación científico-experimental del aspecto externo del proyecto de acción, sino de su valoración como ilícito, la representación que posee el autor del curso causal, es decir, de la dimensión del suceso fáctico concebible de acuerdo a leyes naturales, juega sólo un papel auxiliar. Los nexos causales únicamente son relevantes en el derecho penal como portadores de relaciones de significación que permiten la imputación. Conforme a ello, el conocimiento de los nexos causales sólo es necesario en la medida en que transmite la comprensión de estas relaciones de significación por parte del autor. En el aspecto subjetivo lo decisivo es, por ello, si el autor se representa entre su conducta y un resultado una conexión que, si se correspondiera a la realidad, justificaría la imputación del resultado. Por consiguiente, la representación tiene que referirse a la *relación objetiva de imputación*. Si bien la representación de los desarrollos causales del suceso constituirá en este punto, mayoritariamente, la base, ello no es, empero, ineludible, como ya lo demuestra una mirada a los delitos de omisión (38). Por lo

NSrZ, 1990, p. 34). Por lo demás, sólo podría ser de ayuda la introducción de un tipo adicional; consideraciones al respecto, en STRUENSEE, ZStW, t. 102 (1990), pp. 49 y s.

(37) En esa medida igualmente STRUENSEE, ZStW, t. 102 (1990), p. 26.

(38) De ello resulta el decisivo encauzamiento. Frente a esto, STRUENSEE se basa, como premisa, en el «dogma de la causalidad»; cf. ZStW, t. 102 (1990), pp. 26 y ss.

tanto, los errores nomológicos dejan intacta la decisión de cometer el hecho, en la medida en que las representaciones así suscitadas tengan por contenido, igualmente, un suceso fáctico imputable. No es suficiente, en cambio, cuando el actuante se imputa sólo por sí mismo el resultado representado, sin que esto concuerde con las reglas de imputación del orden jurídico. Si el contenido decisivo de la representación es, por ende, de naturaleza normativa, entonces, para la delimitación de la decisión de cometer el hecho que fundamenta la tentativa y de la representación putativa irrelevante, tienen que ser válidos los mismos parámetros de juicio que valen para el dolo en los elementos normativos del tipo, de modo que lo que importa es la valoración paralela en la representación del autor (39).

c) La tentativa nomológicamente inidónea y el error sobre elementos normativos del tipo

Retomando en forma modificada un punto de partida proveniente de *Jakobs* (40), *Sancinetti* aplica las reglas válidas para la suposición errónea de elementos normativos del tipo sólo como «modelo de referencia» para juzgar los errores sobre la relación entre acción y resultado representado, en el marco del tipo subjetivo de la tentativa (41). Él rechaza en cambio su directa aplicación porque construye una diferencia entre los elementos normativos del tipo y las «reglas de experiencia» decisivas para la imputación del resultado (42), la cual, por cierto, no existe así. Si bien el concepto normativo «imputación objetiva del resultado» está compuesto, entre otras cosas, por reglas de experiencia, ello no le quita el carácter de elemento normativo del tipo.

Sancinetti parte de la tesis de que la aplicación de la doctrina de la valoración paralela en la relación de imputación conduciría a que la tentativa se limite siempre a un proyecto de acción fundado en leyes causales reales, de modo que la tentativa nomológicamente inidónea, por otra parte, sería obligatoriamente impune (43). Sin embargo, esta tesis se basa en una premisa dudosa, ya que sólo sería correcta si a la causalidad se concediera exclusividad como criterio de imputación.

(39) En este lugar no se puede entrar en la problemática del dolo con relación a los elementos normativos del tipo, que requeriría una investigación propia. Por ello, se recurre en lo que sigue, sin otra justificación, a la teoría de la valoración paralela –aunque no está por encima de toda duda y, en detalle, está formada de manera diferente–.

(40) JAKOBS (nota 29), pp. 279 y ss.

(41) SANCINETTI (nota 29), p. 220.

(42) SANCINETTI (nota 29), p. 221.

(43) *Idem*.

Sin embargo, no existe motivo para ello. Si suponemos que una determinada magia causa un determinado resultado, de manera sobrenatural, con la misma seguridad que un suceso regido por el empleo de fuerzas naturales; entonces, aquél tendría que ser imputado sin duda al mago, pues sobre si un resultado es imputable, no decide ni la causalidad ni su ausencia, ni la naturalidad o sobrenaturalidad de un mecanismo de acción, sino la explicabilidad de su producción por medio de una conducta que eleva el riesgo y (en el caso de un delito de dominio) domina el hecho. El medio en el que se desarrolla este suceso es, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, completamente indiferente. Para el tipo subjetivo de la tentativa tienen que ser suficientes, entonces, las (erróneas) representaciones correspondientes. Dado que la peligrosidad del ataque al bien jurídico es subjetivable, la decisión de cometer el hecho necesita referirse sólo a un actuar que sería peligroso si las representaciones ontológicas y nomológicas del autor fueran ciertas, de modo que aquélla no es *per se* excluida ni por superstición, ni por otras formas de causalidad putativa (44). Sin embargo, hay que tener en cuenta que la representación errónea tiene que consistir en la suposición de una significación del proyecto de acción (objetivamente inexistente), que pudiera satisfacer los criterios normativos de imputación –si realmente existiera– (45). Conforme a esto, no fundamentan una decisión de cometer el hecho aquellas representaciones erróneas que acaban en que el autor, o bien quiere «instigar» al hecho sólo a un poder sobrenatural, pensado como personal, o no se atribuye sobre el suceso fáctico una influencia creadora de un riesgo no permitido, es decir, sólo «desea» la producción del resultado (46). Lo que

(44) Por esta razón, tampoco puede importar la tendencia al resultado que tenga el plan del hecho en general. Según ello, si bien no cualquier error nomológico ha de hacer decaer la decisión de cometer el hecho, sí lo hará un error evidente; así, ALBRECHT (nota 9), pp. 47 y s.; en lo sustancial, también GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, tesis doctoral en Hamburg, 1962, pp. 145 y s. Tampoco puede ser decisiva la cuestión de si al autor le es conocido que su apreciación de que su actuar es peligroso es equivocada según «parámetros relevantes» (p. ej., según los que establezcan los círculos técnicos competentes en la materia); así, empero, Frisch, *Vorsatz* (nota 6), pp. 160, 202 y s., quien, sin embargo, sólo tiene en cuenta como objeto del dolo formas de conducta peligrosas («riesgosas»).

(45) Del mismo modo, probablemente, ya NIEPOTH (nota 16), p. 59.

(46) En ello reside el núcleo correcto del punto de vista de aquellos que fundamentan la falta de decisión de cometer el hecho en caso de tentativa supersticiosa, sobre la base de un cuasi-rol de instigador del actuante (así, p. ej., KUHRT, *Die Grenzen der Strafbarkeit wegen untauglichen Versuchs, insbesondere im Hinblick auf abergläubisch motiviertes Verhalten*, tesis doctoral en Hamburg, 1968, p. 60; SEIER/GAUDE, *JuS*, 1999, p. 460; también ya HAVENSTEIN, *GA*, t. 36 [1888], p. 63), remitiéndose, en caso

importa, empero, es qué representación existe realmente (47). En consecuencia, el aspecto subjetivo de la tentativa nomológicamente inidónea no se puede juzgar de manera uniforme. De todas formas, *puede* existir –hasta alcanzar la tentativa supersticiosa– una decisión de cometer el hecho en sentido jurídico (48), de modo que la decisión sobre la punibilidad en este caso se pronuncia recién con la valoración del aspecto objetivo del hecho.

c) *Ilícito de acción objetivo*

a) La función fundamental del ilícito de acción objetivo

Llevado a una formulación corriente, en un derecho penal de hecho de un Estado de Derecho, el autor no es penado por lo que él ha querido (pero no realizado), sino por lo que él (voluntaria o imprudentemente) ha hecho. Esta constatación elemental es válida tanto para el hecho tentado como para el consumado, con la consecuencia de que también el ilícito del hecho tentado tiene que poseer un aspecto externo. En la tentativa no peligrosa, la que transcurre sin ilícito de resultado, ello sólo puede ser, entonces, el ilícito de acción objetivo.

En cambio, si se redujera la tentativa inidónea al desvalor de intención, el necesario ponerse inmediatamente a realizar el tipo –de acuerdo al § 22 StGB– quedaría sin importancia para el ilícito de acción –un menosprecio con el que se lograría expresar que se trata con ello, en cierto modo, sólo de una molesta concesión ante exigen-

de tentativa irreal, a la insuficiencia de meros deseos (así, p. ej., TRÖNDLE/FISCHER, StGB, 49 ed., 1999, § 23, núm. m. 5; SCHNEIDER, GA, 1955, pp. 266 y s.). También la diferenciación de Schmidhäuser (*Allg. Teil*, 15/44 y s.), según la cual lo que importa es la cuestión de si el actuante parte de una capacidad de su acción de producir efectos igual a la del empleo de medios naturales, tiene su justificación en este contexto.

(47) Por ello, críticamente sobre la «teoría del deseo», ALBRECHT (nota 9), pp. 31 y s., con otras referencias; SCHÖNWANDT (nota 10), p. 25; GÖSSEL, GA, 1971, p. 230; decididamente en contra, también ya KLEE (nota 34), pp. 34 y s.; relativizando en la formulación, con razón, TRÖNDLE/FISCHER, § 23, núm. m. 5, pues a las prácticas supersticiosas y mágicas les subyace, como regla general, un modelo de producción de efectos «mecanicista»: Si la fórmula del conjuro, etc., es aplicada «correctamente», el efecto esperado «tiene» que producirse. Si ese efecto no se produce, la razón no reside, desde el punto de vista del «mago» en que los poderes del más allá no puedan servir, sino en la ejecución incorrecta de la acción mágica. Hemos aprendido de los cuentos de hadas de nuestra niñez: ¡las frases mágicas tienen que ser pronunciadas literalmente, entonces, ellas son infalibles, pero si se produce la menor desviación, el efecto no se produce!

(48) En todo caso, por tanto, en el tipo subjetivo no hay ninguna diferencia esencial entre tentativa supersticiosa y (otra) tentativa burdamente insensata.

cias del Estado de Derecho, sin que se extrajeran de allí finalmente consecuencias. Es característico de esta posición, la fórmula utilizada con frecuencia en la fundamentación de la teoría subjetiva, especialmente en tiempos pasados, según la cual se trataría de la mera actuación de la decisión de cometer el hecho delictivo (49), como si se tuviera que valorar cualquier actuación de esa índole como comienzo del hecho.

Si al ponerse inmediatamente a realizar el tipo le correspondiera sólo un significado sintomático de la existencia de la voluntad del autor de rebelarse contra el derecho, entonces, sería en efecto indiferente qué forma toma. Si, en cambio, el ponerse a realizar el tipo es entendido como el aspecto externo del ilícito del hecho tentado, no es suficiente con que exista algún actuar cualquiera que el autor considere como tal. No importa aquí pues si quien se decide a cometer el hecho *considera* su conducta como una tentativa, ella tiene que *ser* realmente una tentativa según los parámetros del orden jurídico (50). La «tentativa» de una tentativa (en sentido no técnico) no es una tentativa en el sentido de los §§ 22, 23, StGB. O bien, formulado de otro modo: La tentativa presupone una real infracción a la norma de conducta (51) y no sólo una «tentativa» de ello. Por ende, se trata del ilícito de la tentativa, no del ilícito «tentado».

b) Las distintas dimensiones del ilícito de acción objetivo

Que en la tentativa no todo es subjetivable (52), es una formulación corriente en la medida en que hay que trazar el límite entre preparación y tentativa: si quien se decide a cometer el hecho se imagina ya en el estadio de tentativa, aunque no ha superado la fase preparatoria, no comete ya por ello una tentativa punible. Lo que excede de eso resulta ampliamente discutido.

Ante todo, hay que tener presente qué otros factores codeterminan el ilícito de tentativa. Estos son los criterios de autoría presupuestos en el respectivo tipo penal de la parte especial y la peligrosidad objetiva de la acción; además, la acción suficientemente *disvaliosa* para un castigo

(49) P. ej., WELZEL, *Lehrbuch*, 11.^a ed., 1969, pp. 192 y s.; BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., p. 472, con otras referencias; LACKNER/KÜHL, § 22, núm. m. 11; GALLAS (nota 6), p. 159; RGSt, t. 1, p. 441; BGHSt., t. 11, p. 327.

(50) JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), p. 763; *idem* (nota 29), p. 279.

(51) STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 10; Kühn, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 2; Wolter (nota 6), pp. 25, 79, 301; Jakobs, *Allg. Teil*, 25/21; *idem* (nota 29), p. 277; de otro modo, p. ej., Tiedemann, *Festschrift für Baumann*, 1992, p. 12; sobre tales concepciones, cf. JAKOBS, *Allg. Teil*, 6/70 y s., con otras referencias.

(52) JAKOBS, *ZStW*, t. 97 (1985), p. 764.

(es decir, merecedora de pena) tiene que legitimar la imposición de pena también bajo puntos de vista preventivos (es decir, necesitar pena).

c) Los elementos de la acción constitutivos de autoría

La regulación de los §§ 22, 23, StGB, se refiere a la tentativa emprendida en calidad de autor para la comisión de un hecho consumado. Dado que los elementos constitutivos de autoría conciernen a aquellos elementos del ilícito de acción mediante los cuales el orden jurídico concreta el círculo (primario) de destinatarios de la norma de conducta, ellos no son subjetivables. Si bien el § 22 StGB amplía el círculo primario de destinatarios de la norma de conducta, lo hace, empero, sin ir más allá de la autoría, *de manera diferente* que los §§ 26, 27, StGB. Ambas ampliaciones no pueden ser combinadas de cualquier modo (53). Por ende, la «autoría tentada» no puede ser válida como tentativa (54).

En el caso de la participación de varios en una tentativa, lo que importa es qué rol ha desempeñado cada uno y cómo éste se puede clasificar según los criterios de autoría decisivos. Aquel cuya participación fue planeada, pero no ya realizada, porque la tentativa fue previamente interrumpida, de ninguna manera ha participado, de modo que, por eso mismo, no puede ser penado por tentativa (55).

(53) Si bien hay participación en la tentativa, no hay tentativa de participación (v. *supra*, nota 18). La instigación frustrada en el sentido del § 30, párr. 1, StGB, no es una manifestación de la tentativa en sentido técnico (con más detalle, BLOY, *JR*, 1992, pp. 493 y ss.; sin embargo, cf. la aplicabilidad correspondiente del § 23, párr. 3, StGB, dispuesta por el § 30, párr. 1, 3.ª oración, StGB). Esta regulación tiene sentido, porque la capacidad de la tentativa de ser un hecho principal sólo modifica el punto de referencia existente para los §§ 26, 27 StGB, mientras la capacidad de tentativa de la participación permitiría agregar un punto de referencia de la tentativa completamente nuevo, pues él no se refiere a las formas de participación como tal.

(54) En caso contrario, sería destinatario de la norma de conducta quien la refiera a sí mismo –así fuese erróneamente–. Pero el alcance del ámbito de validez de la norma lo establece el ordenamiento jurídico, no el individuo. Eso es la base de toda distinción –cualquiera que sea el modo en que se la defina– entre tentativa y delito putativo. De allí resultan consecuencias trascendentales para el tratamiento del error sobre el rol de la propia intervención (p. ej., en el caso de suposición errónea de presupuestos fácticos de la autoría mediata). Pero eso no puede ser desarrollado aquí.

(55) Por ello, en caso de coautoría no se debe seguir la solución total, sino la solución individual, la cual se impone cada vez más en el último tiempo; ahora, p. ej., también ROXIN, en: *LK*, 11.ª ed., 1993, § 25, núm. m. 199; ídem, *Festschrift für Odersky*, 1996, p. 491; en forma monográfica al respecto, BUSER, *Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch*, 1998, quien, sin embargo, se pliega a la solución total; acerca del punto de contacto entre tentativa y participación, también ya BLOY (nota 18), pp. 265 y s.

La distribución de los roles de participación en el *delito de dominio* atañe al suceso *de acción* típico, sin consideración de la posibilidad de causar el resultado, como lo prueba la tentativa inidónea. Si bien en el caso del hecho consumado, el dominio sobre la producción del resultado está proporcionado por el dominio de la acción peligrosa, en la tentativa no peligrosa queda inevitablemente el dominio de la acción misma. Aunque el dominio del hecho tiene que existir realmente y no puede ser sólo «tentado», éste no sólo está proporcionado por acciones que ponen en marcha cursos causales adecuados. La tentativa inidónea no coloca a la dogmática de la participación ante problemas adicionales. Por ello, el camino varias veces recorrido de limitar la punibilidad de la tentativa debido a que el empleo de medios con los que el suceso es dominable según la experiencia, se cuenta entre los presupuestos de la autoría (56), no es viable (57).

En los *delitos especiales* aparece como criterio de autoría, en lugar del dominio del hecho, o bien en complemento, una cualidad especial del sujeto. También aquí tiene que ser válido que el ilícito de acción objetivo así personificado, no es subjetivable. Sin embargo, hay que tomar en consideración que no tiene que ser tipificado un específico desvalor de conducta en cada delito especial. En este aspecto hay que diferenciar delitos especiales en sentido estricto y en sentido amplio, en lo cual es dudoso, en parte, en qué subgrupo figura un delito. Esto vale, por ejemplo, para la posición de garante en el delito impropio de omisión (58). Si se ve allí más que una substitución de la falta de causalidad, hay que rechazar su subjetivación; entonces, en el delito impropio de omisión no es posible una tentativa punible cuando el autor supone erróneamente circunstancias que fundamentan una posición de garante (59). En cambio, si se conciben los deberes de garante como puros deberes de evitar el resultado, que precisamente sólo son

(56) Así, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000, p. 456, con otras referencias, quien fundamenta de esta forma la impunidad de la tentativa supersticiosa; cf. también KUHRT (nota 46), pp. 72 y ss.; ALBRECHT (nota 9), pp. 46 y s.

(57) En lo sustancial, esto es sólo otra vestimenta de la llamada nueva teoría objetiva. Se puede tener simpatía por esta teoría (así, p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 53 y ss.) o enfrentarse a ella con rechazo (así, p. ej., TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 110 y ss.), pero en todo caso ella no es compatible con el derecho vigente, porque el § 23, párr. 3, StGB lleva el límite de la punibilidad claramente dentro del ámbito de la tentativa no peligrosa.

(58) Preferentemente, esta cuestión es tratada en vistas al § 28, párr. 1, StGB; con más detalle, CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 28, núm. m. 19, con otras referencias.

(59) Así, nuevamente, en tiempos muy recientes, K. MALITZ (nota 28), pp. 205 y ss.

de importancia para la imputación del resultado, hay que reconocer este error como fundante de tentativa (60).

Los llamados *delitos ligados a determinada forma de conducta* contienen como criterio de autoría complementario, el requisito de una modalidad de acción específicamente tipificada. Eso significa para la tentativa, que el autor tiene que ponerse a realizar precisamente una acción constituida de un modo determinado. La mera representación de ejecutar el especial modo de acción en cuestión, no es suficiente. Sin embargo, las formas de comisión peligrosas constituyen una excepción (61), pues ellas no representan un especial desvalor de conducta. Por eso, se originan de esta manera sólo «impropios» delitos ligados a determinada forma de conducta (62). También a ellos se extiende el principio de que la peligrosidad de la acción es subjetivable.

d) La peligrosidad objetiva de la acción

En la tentativa idónea, el ilícito de acción objetivo está codeterminado por la peligrosidad objetiva de la acción. Sin embargo, no se trata con ello –como ya fue expuesto– de una condición mínima necesaria del ilícito penal. La peligrosidad objetiva de la acción indica la

(60) En este sentido, diferenciando también VOGLER, en *LK*, 10.^a ed., 1985, § 22, núm. m. 158 y s.; aprobando básicamente, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 66; ZIELINSKI, en *AK StGB*, 1990, §§ 15, 16, núm. m. 35; SCHÜNEMANN, GA, 1986, pp. 317 y ss.; igualmente, RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 22, núm. m. 28a, quien considera defendible esta solución, sin embargo, sólo *de lege ferenda*. La natural objeción de que aquí, en todo caso, se reconocería como tentativa a un segmento de la «autoría tentada», si bien es sustancialmente correcta, es irrelevante: Tampoco en el caso de la existencia objetiva de la posición de garante, la autoría de omisión se fundamenta, presuponiendo ese punto de vista, por medio de un disvalor de conducta objetivo específico, que encuentre expresión adecuada en la tesis del autor único en el delito impropio de omisión. Esto es «autoría» en un sentido distinto que en el de un delito especial en sentido estricto. Pues no existe en absoluto el autor como centro *personal* del hecho. El autor de omisión en sentido amplio es sólo no-avoidador de una cadena causal. Para el caso de tentativa inidónea eso significa: él omite impedir un curso causal que no conduce a la producción del resultado típico, o bien, no lo hace de modo imputable. Ante este trasfondo, solamente habría que reflexionar político-criminalmente acerca de si la tentativa inidónea del delito impropio de omisión debería quedar impune debido a la falta de ilícito objetivo; al respecto, cf. RUDOLPHI, en *SK StGB*, previo al § 13, núm. m. 55; ídem, MDR, 1967, pp. 2 y ss.; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 17/26 y ss.; SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 38 y ss.

(61) P. ej., § 224, StGB.

(62) Al respecto, desde el punto de vista de la cláusula de correspondencia del § 13, párr. 1, StGB, ya BLOY (nota 18), p. 225.

real dimensión de resultado que el hecho tiene. Dado que puede renunciarse a ello, la peligrosidad es subjetivable.

e) La necesidad de pena de la acción merecedora de pena

1) Aspectos preventivos del concepto de hecho punible

En un sistema teleológico del hecho punible (63) se tienen que reflejar en *todas* las categorías sistémicas las funciones ético-sociales e instrumentales del derecho penal (64), es decir, no sólo el aspecto del desvalor (resumido: el merecimiento de pena), sino también el aspecto del fin o de la prevención (resumido: la necesidad de pena). Dado que el merecimiento de pena del hecho ya es fundamento suficiente de la necesidad de pena sólo sobre la base de la teoría absoluta de la pena, en el marco de cualquier concepción de prevención será ineludible integrar componentes de necesidad de pena en el concepto de hecho punible (65). Ahora bien, la organización funcional de los elementos del hecho punible ha encontrado, por cierto, considerable atención en el plano de la culpabilidad (66). Pero hasta la fecha, con

(63) Y, más amplio, en el sistema del *derecho* penal: las consecuencias de este principio que van más allá del sistema del hecho punible, p. ej., de naturaleza procesal, deben quedar aquí fuera de consideración; al respecto, instructivo, FREUND, *GA*, 1995, pp. 4 y ss.; ídem, en: WOLTER/FREUND (comp.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, 1996, p. 43.

(64) Cf. al respecto, el acertado título del aporte de MÜLLER-DIETZ, en SCHOLLER/PHILIPPS (comp.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, p. 95.

(65) Con más detalle, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 242 y ss.; ídem (nota 18), pp. 35 y ss.; la concepción básica se remonta a GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetrussischen Rechts*, 1931. Véase también TIEDEMANN (nota 51), pp. 13, 17; FRISCH, en: WOLTER/FREUND (nota 63), pp. 141 y ss., 209 y s., FREUND, *ibídem* (esp. p. 52), quien empero sobreenfatiza el aspecto del fin (en contra de la tradición). Hay que darle la razón a Freund, sin embargo, en el sentido de que el aspecto del valor y el del fin no existen independientemente uno de otro; antes bien, la necesidad de pena siempre presupone el merecimiento de pena (aunque no a la inversa). Ciertamente, también es concebible un derecho penal orientado únicamente a ideas de necesidad de pena sin el regulador del merecimiento de pena. Entonces, se trataría de un puro «derecho penal de amaestramiento», sin base ético-social, que podría ser instrumentalizado a discreción, p. ej., en el sentido de una ideología totalitaria.

(66) Esto es, especialmente, un mérito de Roxin, que ha preparado el terreno para ello; véase sólo ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 33 y ss.; ídem, *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 181; ídem, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 279; cf. además, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, ídem, *Allg. Teil*, 17/18 y ss.; BURKHARDT, *GA*, 1976, pp. 321 y ss. Ya GALLAS (nota 65), p. 39, formuló la idea central de modo preciso: en un puro sistema de prevención, «la culpabilidad [...] no es la responsabilidad por el hecho cometido, antes bien, ella caracteriza aquellos presupuestos subjetivos en la persona del autor, de los cuales depende la necesidad de pena».

relación al plano del ilícito, esta idea está mucho menos difundida (67), aunque un concepto de ilícito *jurídico-penal* tiene que formarse necesariamente en vistas de las consecuencias jurídicas cuya imposición él debe legitimar. La importancia de esta idea, sin embargo, está muy subestimada, por lo que hasta ahora su posible rendimiento no se ha agotado siquiera mínimamente.

Por ello, la cuestión planteada en torno a la necesidad de pena de la tentativa inidónea, puede ser tratada a la luz de principios preventivo-especiales y preventivo-generales. En lo sustancial, ambos aspectos integran la discusión ya desde hace tiempo.

2) Planteamiento preventivo-especial: la peligrosidad del autor

Desde la perspectiva de la prevención especial, el límite de la punibilidad de la tentativa tiene que ser trazado allí donde, tras el fracaso de la tentativa, no haya que esperar una nueva –y quizá esta vez eficaz– arremetida. Bajo qué condiciones puede deducirse de la falta de peligrosidad de la tentativa, la falta de peligrosidad del autor, y si un peligro de repetición con mayores probabilidades de éxito puede legitimar la punibilidad de la tentativa inidónea cometida, es discutido ya desde el siglo XIX (68). Prescindiendo del cuestionamiento fundamental de partir de un momento de derecho penal de autor, que está inevitablemente ligado al punto de vista preventivo-especial, apenas será posible formular criterios generales para la formación de grupos de casos dentro de la tentativa inidónea que objetivicen, en cierto modo, la (ausente) peligrosidad del autor. Aquí tiene que quedar toda especulación. Eso vale también para la tentativa burdamente insensata, hasta la supersticiosa, precisamente por el hecho de que el pronóstico de peligrosidad del autor (al menos, en este contexto) sólo puede ser establecido razonablemente con referencia al caso particular. Al intentar una apreciación generalizadora, influyen no sólo los

(67) Véase, empero, p. ej., WOLTER, en WOLTER/FREUND (nota 63), pp. 11 y s.; FRISCH, ibídem, pp. 162 y s.; recientemente también LESCH (nota 8), pp. 175 y ss., quien a pesar de su retórica orientada hacia la escuela jurídico-penal de Hegel, sigue en lo sustancial la concepción preventivo-general de Jakobs. Sobre la funcionalización del concepto de ilícito jurídico-penal en general, SCHÜNEMANN, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, pp. 125 y ss.; también ya MAIWALD (nota 30), pp. 67, 72; BLOY (nota 65), pp. 246 y ss.

(68) Al respecto, ya MITTERMAIER, *NArchCrimR* 1 (1817), pp. 190 y s.; ídem, *GS*, t. 11 (1859), pp. 429 y s.; cf. también STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters*, 1961, pp. 53 y ss., 62 y ss.; BURKHARDT (nota 2), pp. 98 y ss. (destacando el carácter del § 23, párr. 3, StGB, de regla de medición de la pena); ZIELINSKI (nota 27), p. 134, nota 14; sobre todo esto, críticamente, ALBRECHT (nota 9), pp. 35 y s., 59; SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 91 y ss.; respectivamente con otras referencias.

imponderables de todos modos ineludibles en pronósticos de esa índole, sino que falta ya una base fáctica apta para un pronóstico, porque las razones de la no peligrosidad de la tentativa no revelan nada que sea fiable sobre la (no) peligrosidad del autor.

3) Planteamiento preventivo-general: la perturbación de la paz jurídica

Si la consideración de la tentativa inidónea desde la perspectiva preventivo-especial no permite seguir adelante, la prevención general positiva (69) ofrece, en cambio, un fértil planteamiento para deslindar los casos de tentativa inidónea que necesitan ser penados de aquellos que no lo necesitan. Ello también es bien conocido desde hace mucho tiempo, pues en este lugar despliega su verdadera significación la idea fundamental de la *teoría de la impresión*, a saber, que para la punibilidad legítima de la tentativa (70) –formulado en forma reducida– es necesaria una perturbación de la paz jurídica (71). En efecto, sólo con las descripciones usuales de necesidad de pena según criterios preventivo-generales, efectuadas por la teoría de la impresión, es encontrada una fórmula general mediante la cual tiene que ser concretado el buscado criterio de delimitación.

Ahora bien, en este lugar, ante todo, hay que recordar (72) que la perturbación de la paz jurídica legitima la aplicación de pena sólo cuando es producida por el ataque a un bien jurídico, es decir, cuando se manifiesta en el ataque a un bien jurídico, salvo que, en virtud de circunstancias particulares, no pueda ser considerado como perturbador de la paz jurídica. Así pues, la perturbación de la paz jurídica es sólo un requisito que *limita la punibilidad*.

Por lo tanto, lo que importa es encontrar en lo que sigue una respuesta a la cuestión de bajo qué presupuestos, a pesar del ataque a un bien jurídico, falta una perturbación de la paz jurídica. Para el ámbito de la tentativa, el § 23, párr. 3, StGB proporciona *de lege lata* información sobre el punto. En esa medida, es acertada la interpretación que

(69) Por el contrario, la punibilidad de la tentativa inidónea no se puede legitimar de ninguna manera en un sistema del hecho punible basado en la prevención general negativa; cf. ya GALLAS (nota 65), p. 38, nota 114. Por eso, era consecuente la teoría objetiva de la tentativa de FEUERBACH (cf. nota 9).

(70) Pero no sólo de la tentativa, sino de todo hecho; así, acertadamente, también LESCH (nota 8), p. 203.

(71) En lo sustancial, igualmente, VON GEMMINGEN, *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, 1932, pp. 160 y ss., quien acentúa que la tentativa no puede agotarse en la insubordinación frente al orden jurídico, antes bien la «contrariedad a la vigencia» dada en la tentativa sería decisiva para la legitimación de su punibilidad.

(72) Véase *supra*, II.2.a y c.

ve esta disposición como un parámetro, legalmente establecido, para reducir o anular la necesidad de pena de la tentativa ante un trasfondo preventivo-general (73).

4) Burda insensatez como criterio de falta de perturbación de la paz jurídica

La ley parte, en primer lugar, de que tiene que tratarse de una tentativa que no pudiera conducir a la consumación, por la naturaleza del objeto sobre el cual iba a ser cometida o del medio con el cual iba a serlo. De ese modo se describe únicamente la tentativa no peligrosa («inidónea») (74). Más allá de ello, el § 23, párr. 3, StGB exige además que la tentativa «de ninguna manera» pudiera conducir a la consumación. Lingüísticamente reside allí una intensificación del requisito básico: tiene que tratarse, por consiguiente, de una tentativa inidónea «calificada» (75). Dado que la inidoneidad, o bien la falta de peligrosidad, no es susceptible de gradación (76), por lo pronto, el sentido de esta adición permanece oculto. Desde un punto de vista histórico, esta mención se funda en la antigua distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea, la cual, precisamente, ha resultado irrealizable en esa forma (77). No obstante, para dar una función a la expresión «de

(73) GROPP, *Allg. Teil*, 1997, § 9, núm. m. 43; RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 5; BURKHARDT (nota 2), pp. 98 y ss. (incluyendo también un componente de prevención especial); WOLTER (nota 6), pp. 79 y s.; NIEPOTH (nota 16), p. 107; Armin Kaufmann (nota 27), pp. 403 y s.; ídem, *ZStW*, t. 80 (1968), pp. 49 y s.

(74) Si bien la ley menciona sólo la tentativa de objeto inidóneo y con medios inidóneos, se reconoce en general que, con ello, no ha de quedar excluido del ámbito de aplicación del § 23, párr. 3, StGB el potencial tercer subcaso de tentativa inidónea, a saber, el de sujeto inidóneo; al respecto, resumiendo, HEINRICH, JURA, 1998, pp. 395 y s., con otras referencias.

(75) RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 10; TIMPE (nota 57), p. 110; cf. también BGE, t. 70 (1944), IV, p. 50.

(76) Véase al respecto, la observación hecha en forma crítica en BOCKELMANN/VOLK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1987, p. 210, según la cual se trata de las «más inidóneas» de las tentativas inidóneas.

(77) Al respecto, STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 51 y s.; VOGLER, en: *LK*, 10.^a ed., § 23, núm. m. 33; LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6; TIMPE (nota 57), p. 117; GÖSSEL, *GA*, 1971, pp. 227 y s. O bien, dicho de otro modo: en la forma de la diferenciación, no factible de este modo, entre falta de peligrosidad abstracta y concreta de la tentativa, se esfuerza, en lo sustancial, la idea equivocada de que la tentativa es un delito de peligro (abstracto); véase al respecto, ya *supra*, II.2.b. Dicho de modo positivo: en la distinción entre tentativa relativa y absolutamente inidónea se realiza por anticipado la diferenciación entre la tentativa que desde el punto de vista preventivo-general necesita ser penada y aquella que no lo necesita. El malentendido de las antiguas teorías consiste entonces en que querían darle validez a estratificacio-

ninguna manera», un sector doctrinal interpreta que ella exige una tentativa *manifiestamente* inidónea (para un hombre con conocimientos de experiencia medios) (78). De ese modo se identifica inmediatamente, en efecto, el tercer presupuesto, conforme al cual el autor tiene que haber desconocido, por burda insensatez, la (manifiesta) inidoneidad de la tentativa. La burda insensatez ofrece, pues, una explicación para la inidoneidad manifiesta de la tentativa. O bien, formulado de otro modo: con burda insensatez se puede ejecutar sólo una tentativa manifiestamente inidónea. Pero, dado que no es válido, a la inversa, que toda tentativa manifiestamente inidónea se base en burda insensatez (79), finalmente lo que importa es sólo el elemento de la burda insensatez (80). Que aquí varios presupuestos del § 23, párr. 3, StGB, se fusionen en uno (81), se debe a que finalmente no pueden serles asignadas distintas funciones. Sin embargo, con frecuencia se encuentra la idea de que estos elementos se comportan entre sí como aspecto objetivo y subjetivo. No obstante, aquí el tipo subjetivo consiste sólo

nes de necesidades de prevención como gradaciones de desvalor según formas de peligrosidad, lo que tenía que fracasar. Sólo con la inclusión del factor del fin en el concepto de ilícito se resuelven estas discordancias. El derecho penal austríaco mantiene la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea para delimitar la punibilidad de la tentativa (§ 15, párr. 3, Cód. Penal austríaco), en lo cual, si bien está implicado el punto de partida mental de la teoría de la impresión, se destaca en lo demás un intrincado estado de las opiniones; resumiendo, HAGER/MASSAUER, en WK, 2.^a ed. (9.^a entrega, 1999), § 15, núm. m. 70 y ss.

(78) Así, literalmente o conforme al sentido (en parte también referido a la burda insensatez como error «manifiesto»), p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 531; KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 92; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17; RUDOLPHI, en *SK StGB*, § 23, núm. m. 5, 7; ROXIN, JuS, 1973, p. 331; BGHSt, t. 41, p. 95.

(79) También son concebibles fallas de percepción groseras, por medio de las cuales el autor no se revele como burdamente insensato, sino como extremadamente desatento; al respecto, con más detalle enseguida, en el texto.

(80) Con razón reduce JAKOBS (*Allg. Teil*, 25/82), por ello, el § 23, párr. 3, StGB de antemano, a la burda insensatez; en las consecuencias, igualmente, ALBRECHT (nota 9), pp. 50, 57, 60, en relación con el art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo. El llamado «doble error», ocasionalmente tratado, que supuestamente puede conducir a una tentativa peligrosa a pesar de la burda insensatez (así, p. ej., ALBRECHT, *lug. cit.*, pp. 34 y s.), se refiere a un problema aparente. Si la tentativa, a pesar de la burda insensatez del autor, es objetivamente peligrosa a causa de otro error, en todo caso no habrá una peligrosidad de la tentativa imputable al autor y, por eso, carece de interés para ésta (así, acertadamente, JAKOBS, *lug. cit.*); críticamente, sin embargo, MAURACH/GÖSSEL, *Allg. Teil 2*, § 40, núm. m. 189.

(81) Cf. también ALWART (nota 10), pp. 233 y s.; por lo demás, esto conduce a expresar, frecuentemente sólo en forma imprecisa, que bajo la referencia al requisito supuestamente «adicional» de la burda insensatez, se considera como irrelevante la delimitación, en sí exigida por la ley, entre inidoneidad absoluta y relativa; p. ej., LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6; HEINRICH, JURA, 1998, p. 395, con otras referencias.

en que el autor ha considerado su proyecto de acción manifiestamente inidóneo como capaz de producir el resultado. La «burda insensatez» no es, por consiguiente, un elemento subjetivo (adicional) (82), sino que expresa el juicio sobre el error por medio del orden jurídico (83).

¿Qué dice, pues, este juicio? La burda insensatez contrasta con el pensar y el actuar «sensatos». La sensatez remite a un sistema de orientación supraindividual que hace posible la comunicación. Piensa y actúa sensatamente quien en atención a ello comprende «correctamente». Aquí el adjetivo «supraindividual» remite a la idea de que la integración del hombre en la socialidad precede a cada razón, así como también a cada sentido y a cada símbolo. Pensar y actuar son actos sociales. Dado que cada orden jurídico se refiere a una determinada sociedad, de cuyos conflictos se ocupa de forma jurídica, tiene que orientarse según la comprensión que ella tenga de sí misma. En este sentido, tiene sensatez quien ajusta su pensar y su actuar a tal comprensión. En consecuencia, insensatez significa ignorar las directrices de orientación socialmente decisivas.

Dado que cualquier hombre ocasionalmente está sujeto a errores, es decir, también a errores evitables, cualquier pensar insensato no lo excluye sin más ni más del círculo de actuantes socialmente relevantes. Si bien toda tentativa inidónea que se basa en una desorientación evitable en el sentido esbozado es, por lo menos, «meramente» insensata, sólo la manifiestamente inidónea es de tal manera insensata que ya no afecta a la comunidad jurídica, es decir, es burdamente insensata. De ese modo, hay que equiparar la burda insensatez con la falta de realidad social (84) —o, lo que significa lo mismo: relevancia comunicativa (85)— del pensar y del actuar.

(82) De otro modo, la opinión dominante; p. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 531; VOGLER, en: LK, § 23, núm. m. 33; HEINRICH, *Jura*, 1998, pp. 394 y ss., respectivamente con otras referencias; igualmente, BGHSt, t. 41, p. 95.

(83) Más correcto, por tanto, es admitir un elemento objetivo; acertadamente, WOLTER (nota 6), pp. 165, 178.

(84) Si bien se puede encontrar con frecuencia esta declaración (véase, p. ej., STOPFKUCHEN, *Strafbare und nicht strafbare Fälle des untauglichen Versuchs*, tesis doctoral en Freiburg i. Br., 1972, p. 85), en general, no se la profundiza; en profundidad, sin embargo, FIEDLER, *Vorhaben und Versuch im Strafrecht*, 1967, pp. 84 y ss.; diverge sólo terminológicamente, ZACZYK (nota 10), p. 251; críticamente respecto de FIEDLER, WESTPFAHL, *Zum Unrecht im Versuch*, tesis doctoral en München, 1974, pp. 107 y ss. La caracterización del delito como perturbación social se remite además al concepto de acción social, como fundamento del concepto de delito; con más detalle, p. ej., BLOY, *ZStW*, t. 90 (1978), pp. 609 y ss.

(85) Con más detalle, JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/22 y s.; ídem (nota 29), pp. 279 y ss.; VEHLING (nota 25), pp. 129 y ss.; cf. también SANCINETTI (nota 29), pp. 222 y ss.

La gradación de la insensatez en «simple» y «burda» responde a la medida de la previsibilidad objetiva de la imposibilidad de consumar el hecho, es decir, a la medida de la reconocibilidad de la falta de peligrosidad (86). Una tentativa es burdamente insensata cuando es manifiestamente no peligrosa, porque el autor toma por base de su proyecto de acción suposiciones que se apartan de aquel plano de sensatez al que le corresponde una función de orientación en la sociedad en la que actúa, de modo que su conducta no posee realidad social (87) y, en este sentido, es «irreal» (88). Para la determinación del contenido de aquello que responde a la «razón general» en una sociedad, no existe un parámetro desvinculado del tiempo y del lugar. La dependencia cultural e histórica de la realidad social ha sido ya frecuentemente observada (89). Qué es razón y qué ilusión, se puede determinar sólo con relativa legitimidad desde una perspectiva externa, es decir, desde un sistema de orientación heterónomo que puede no corresponder al autoentendimiento del sistema enjuiciado. Tras la pérdida del racionalismo ingenuo ilustrado que creyó haber encontrado el punto de Arquímedes, allí reside la dificultad de diferenciar sistemas imaginarios ideológicos y de otro tipo, de sistemas de orientación sensatos. Incluso las consecuencias de la orientación en un determinado parámetro pueden ser interpretadas de manera diferente desde una perspectiva inmanente al sistema o trascendente a éste. Eso también hace aparecer la visión de la realidad de las sociedades modernas, que está ligada al esquema de explicación científico-racional, sólo como una

(86) Si la falta de peligrosidad es reconocible, pero *no* manifiesta, subyace a la tentativa una mera o «simple» insensatez (tentativa inidónea «normal»); si la falta de posibilidad de consumación del hecho objetivamente no es en absoluto previsible, la tentativa no se basa de ninguna manera en insensatez (tentativa idónea). Debido a esta gradación totalmente razonable parece preferible la formulación que ha elegido el legislador alemán en el § 23, párr. 3, StGB, frente a la del art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, que sólo habla de la acción «por insensatez», pero refiriéndose con eso, igualmente, sólo a la tentativa manifiestamente inidónea.

(87) La descripción usual de la burda insensatez expresa esto sólo de modo insuficiente, con formulaciones tales como «ideas totalmente distorsionadas», entre otras.

(88) El concepto de tentativa «irreal» es utilizado, ciertamente, de modo no uniforme; cf., p. ej., STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 59; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 13 y s., ALWART (nota 10), pp. 201 y ss.; SANCINETTI (nota 29), p. 200.

(89) P. ej., KLEE (nota 34), p. 35; VON GEMMINGEN (nota 71), p. 164; ALWART (nota 10), p. 234; MINTZ (nota 30), p. 138; cf. también JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532, nota 12. En este aspecto, en contra de JAKOBS (*Allg. Teil*, 25/83), insensatez puede llegar «por gran aceptación» a ser sensatez; dos ejemplos de ello –ciertamente objetables– ofrecen OLG Hamburg HESt., t. 1, p. 95, y BGE, t. 70 (1944), IV, p. 50; al respecto, también HEINRICH, JURA, 1998, p. 397, con nota 52.

posibilidad entre otras; sin embargo, como la única decisiva para el derecho penal alemán en la situación presente e histórica (90).

De acuerdo con ello, entonces, burda insensatez existe de la forma más drástica, cuando el error en el cual se basa la tentativa procede de una interpretación irracional del mundo que no es comprensible con parámetros científico-rationales. Este es el caso en la tentativa *irreal*, especialmente en la supersticiosa, que no afecta la paz jurídica (91), porque la hechicería intentada (92) y otras actividades irracionales no inquietan al hombre racionalmente pensante.

Como caso central de burda insensatez vale desde siempre la tentativa que es manifiestamente inidónea por el hecho de basarse en un error *nomológico* evidente (93). Sin embargo, según una opinión generalizada, los errores de apreciación cuantitativos son insuficientes para ello (94). Quien considera que solamente los errores de apreciación cualitativos pueden basarse en burda insensatez, debería no obstante pasar por alto que esto permite una delimitación sólo en apariencia. Pues los errores de apreciación cuantitativos pueden ser reformulados en cualitativos: una escasa cantidad de veneno, un arma con escaso alcance, etc., son por su naturaleza inadecuados

(90) Al respecto, JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/23; acerca de la realidad social como construcción de la sociedad, instructivo, TIMPE (nota 57), pp. 124 y s., nota 110. La falta de reconocimiento jurídico de aptitudes ocultas como realidad social logra expresarse claramente también en las dos sentencias siguientes: Según ello, debe ser rechazado el requerimiento de prueba que pretende que sea llamado un parapsicólogo como perito, por ser totalmente inapropiado según el § 244, párr. 3, StPO (BGH, NJW, 1978, p. 1207); y un contrato por el cual se prometen, contra el pago de honorarios, prestaciones consistentes en emplear fuerzas mágicas es nulo, en razón de que está dirigido a una prestación objetivamente imposible (AG Grevenbroich MDR, 1998, p. 762).

(91) Véase, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532; VOGLER, en: *LK*, § 22, núm. m. 137; LAMPE (nota 11), p. 218; NIEPOTH (nota 16), pp. 104 y s.; MEYER, *ZStW*, t. 87 (1975), p. 618; también ya el fundador de la teoría de la impresión, Arnold HORN, *ZStW*, t. 20 (1900), p. 346.

(92) La formulación clásica según la cual la tentativa supersticiosa como intento de hechicería tiene que ser impune, en un estado secular, se encuentra en BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 160 y s.; véase también OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allg. Teil*, 6.^a ed., 2000, § 18, núm. m. 60; ALWART (nota 10), p. 207, con nota 72; ZACZYK (nota 10), p. 252, y ya GEYER, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 36; OETKER, *ZStW*, t. 17 (1897), pp. 60 y s.

(93) Véase, en lugar de muchos, BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, 10.^a ed., 1995, § 26, núm. m. 34; ROXIN, *JuS*, 1973, pp. 330 y s.; BGHSt., t. 41, p. 95.

(94) P. ej., veneno en dosis demasiado pequeñas; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 332; BGHSt., t. 41, p. 96; cf. también el caso, configurado de modo similar, de BGE, t. 78 (1952), IV, pp. 145 y ss. (no es tentativa «absolutamente» inidónea); ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17, ve aquí incluso un error ontológico.

para producir el resultado, del mismo modo que una sustancia no venenosa en cada dosis o una pistola de juguete. Con este intento de diferenciación es restablecida *de facto* la desacertada distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea. Naturalmente, las lagunas de conocimiento en el ámbito del conocimiento que se presupone general son déficit sociales que ponen en duda el actuar comunicativamente relevante, incluso cuando se trata de apreciaciones cuantitativas (95). De esta manera no se puede solucionar el problema de delimitación. La búsqueda de un parámetro general para la evidenciabilidad de un error nomológico tiene que permanecer sin éxito de todos modos. Pues la evidenciabilidad sólo puede ser juzgada con relación al caso particular, dado que depende de si los conocimientos que le han faltado al autor pueden ser válidos como componentes del saber general medio.

Frente a ello, los errores *ontológicos* no son reconocidos mayoritariamente como fundamento de un tentativa burdamente insensata, aun cuando sean manifiestos (96). Sin embargo, existen algunas voces en la doctrina que rechazan por inadecuada esta diferenciación (97). Hay que pensar aquí en dos configuraciones de casos que, con los siguientes ejemplos –que así o en forma semejante son citados una y otra vez– sean ilustrados: Debido a una extrema ingenuidad, el autor toma lo que para todo el mundo es reconocible como una inofensiva pistola de agua, por un arma con balas, e intenta con ella matar de un tiro a una persona (98). El autor toma de un depósito, por equivocación, agua destilada en vez del ácido clorhídrico que se encontraba junto a ella, aunque habría podido evitar ese error ya con un ínfimo cuidado (99).

Uno de los argumentos centrales que se alega para incluir también los errores ontológicos en el ámbito de la tentativa burdamente insensata, expresa que errores ontológicos y nomológicos de ningún modo

(95) En las consecuencias, en principio del mismo modo, KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 92, por medio del ejemplo de sobreestimación del alcance de un arma.

(96) P. ej., JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, pp. 531 y s.; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 35; VOGLER, en *LK*, § 23, núm. m. 35; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17; ALWART (nota 10), pp. 233 y s.; HA (nota 9), p. 53; NIEPOTH (nota 16), p. 90; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 331; HEINRICH, *JurA*, 1998, p. 396; esto se remonta a DOHNA (nota 13), pp. 58 y ss.

(97) Así, ya, VON LISZT/SCHMIDT, *Deutsches Strafrecht*, 25.^a ed., 1927, p. 304; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, 1930, p. 438, nota 3; KADEŘKA, *Mschr-KrimPsych*, t. 19 (1928), p. 132; RÁLIŠ, *ZStW*, t. 61 (1942), pp. 51 y s.; ROEDER (nota 13), p. 31; SCHÖNWANDT (nota 10), p. 185; RATH, *JuS*, 1998, pp. 1112 y s.; dudando, en todo caso, RADTKE, *JuS*, 1996, p. 882.

(98) BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 35.

(99) JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532.

pueden ser separados nítidamente (100). Hasta qué punto esto es correcto, se puede demostrar mediante los dos ejemplos mencionados: la explicación de la confusión de la pistola de agua con un arma cargada consiste en la ingenuidad, es decir, en la falta de conocimiento de experiencia del autor, a quien ni le llama la atención que de material plástico liviano de ningún modo se puede producir técnicamente una pistola capaz de funcionar, ni le es conocido que sin un cargador no se puede disparar ninguna munición. El error ontológico es aquí, por tanto, atribuible a los errores nomológicos. Consecuentemente, casos de esta índole tienen que ser tratados, asimismo, según el § 23, párr. 3, StGB (101).

Sin embargo, existen también tentativas ontológicamente inidóneas que se basan en *errores de percepción*, sin que el desconocimiento de leyes de la naturaleza desempeñe un papel en ello. Tal es el caso de la equivocación a consecuencia de la cual se usa en el atentado agua destilada en vez de ácido clorhídrico. Aquí el autor no ha ajustado su actuar a un parámetro de orientación burdamente insensato, es decir, a una legalidad supuesta que según el conocimiento científico-racional carece manifiestamente de todo fundamento, sino que sólo ha perdido puntualmente la orientación dentro del marco de orientación razonable. Un puro error de percepción de esta índole no deja intacta la comunidad jurídica, aun cuando sea manifiesto. Ello obedece menos a que faltarían parámetros de juicio para la evidenciabilidad de errores ontológicos (102), como a que nadie puede afirmar de sí que no le podría suceder algo semejante (103). El autor que se

(100) JAKOBS, *Allg Teil*, 25/36, nota 56a; TIMPE (nota 57), pp. 120 y s.; SANCINETTI (nota 29), p. 203; ALBRECHT (nota 9), pp. 48 y s.; RADTKE, *JuS*, 1996, p. 882; RATH, *JuS*, 1998, p. 1113; también ya VON GEMMINGEN (nota 71), pp. 121 y ss.

(101) Eso confirma también el fallo del BayObLG (wistra, 1993, p. 306) según el cual en caso de tentativa de estafa por computadora, no existe burda insensatez, en el sentido del § 23, párr. 3, StGB, cuando el autor intenta extraer dinero en efectivo de una cuenta ajena, en un cajero automático, con una tarjeta manipulada, y fracasa en razón de que, en lugar del número secreto correspondiente a la cuenta, digita el número de su propia cuenta personal, o bien utiliza una tarjeta vencida, porque estos presupuestos no son conocidos *por la generalidad*. Las opiniones pueden diferir en el último punto; en todo caso, el BayObLG no declaró inaplicable el § 23, párr. 3, StGB, ya por el hecho de que se trata aquí de una mera representación errónea de la situación de hecho; véase, empero, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 17.

(102) Así y todo, tiene pleno sentido y también es completamente obvio que se puede hablar de peligro de confusión mayor, menor o inexistente. Un error de esa índole puede ser fácil de comprender o «inexplicable»; véase, empero, NIEPOTH (nota 16), pp. 90 y s.

(103) Véase también NIEPOTH (nota 16), p. 91.

equivoca de este modo no se aparta pues del plano común de comunicación: ni siquiera el más burdo descuido es «ceguera social». En este ámbito, las tentativas manifiestamente inidóneas no se basan, por lo tanto, en burda insensatez. Incluso en los casos extremos sigue siendo legítimo que el orden jurídico ratifique, mediante la reacción penal, su pretensión de oponerse a tales ataques al bien jurídico, pues la ineficacia de la tentativa no tranquiliza cuando ella se debe al descuido del autor. Esto por el hecho de que un suceso de esa índole es una alternativa imaginable para el fiel al derecho de una conducta propia infiel al derecho. Esto la distingue de la tentativa burdamente insensata, en la que falta, por consiguiente, la necesidad de confirmar la corrección de la norma (104).

Finalmente, todavía hay que tomar en consideración la posibilidad de que la inidoneidad manifiesta de una tentativa se base en un *error de derecho*. El único ejemplo que a este respecto ha sido discutido hasta ahora, proviene de la jurisprudencia suiza (105). Se trata de un caso en el que se intentó el favorecimiento prohibido de un acreedor por parte de un deudor insolvente (art. 167 Cód. Penal suizo), lo cual no tuvo éxito porque la manipulación consistió en una cesión de garantía que era ineficaz frente a terceros según el derecho civil suizo. Esto último había sido desconocido para el acusado, quien incluso había hecho confirmar la legalidad de su proceder por un abogado. El Tribunal de Apelación de Basilea vio allí un actuar por insensatez en el sentido del art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, que al igual que el § 23, párr. 3, StGB, (sólo) comprende la tentativa manifiestamente inidónea (106).

En esta sentencia es notable ante todo que el tribunal ha juzgado mediante la cláusula de insensatez, de modo absolutamente natural (y por eso también sin fundamentación alguna), un actuar basado en un error de derecho. Ahora bien, a los principales sistemas de orientación de una sociedad pertenece, en efecto, el derecho, el cual no sólo está codeterminado por medio de la comprensión que ella tiene de sí misma, sino que también coforma su realidad social. En esa medida, en principio es imaginable un actuar insensato que se base

(104) Así ya TIMPE (nota 57), p. 122, quien refiere esto, sin embargo, a la culpabilidad.

(105) Tribunal de Apelación de Basilea BJM (Basler Juristische Mitteilungen), 1959, p. 129; respecto de una situación de hecho comparable, en cuyo punto medio hay igualmente una cesión de garantía fracasada; véase OLG Stuttgart, NJW, 1962, p. 65.

(106) Véase BGE, t. 70 (1944), IV, pp. 49 y s.; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Allg. Teil I*, 2.^a ed., 1996, § 12, núm. m. 54.

en un error de derecho y, de ese modo, se abre la posibilidad de que el § 23 párr. 3, StGB sea aplicado (107). Sin embargo, no pueden presuponerse, sin más ni más, conocimientos jurídicos en cada ciudadano. En cuanto lo que importe sean conocimientos jurídicos que no están difundidos de modo general en la población, una representación errónea relativa a ellos no puede ser válida como error *manifesto*. En cambio, no es decisivo, por ejemplo, si los conocimientos jurídicos en cuestión son evidentes para un jurista (108). Por esta razón, parece difícilmente comprensible que la apreciación errónea acerca de la eficacia de una cesión a título de garantía, que incluso fue confirmada por medio de la (falsa) información jurídica de un abogado, deba fundamentar un actuar por insensatez (109). En todo caso, para admitir la inidoneidad manifiesta de una tentativa, en virtud de un error de derecho, se requiere suma prudencia.

Un último punto aún permanece abierto: si al ataque al bien jurídico le falta el carácter perturbador de la paz jurídica, entonces, habría que considerar si esta circunstancia puede ser referida a la decisión de cometer el hecho; de modo que, en consecuencia, no sólo sería deficitario el ilícito de acción objetivo de la tentativa, sino también el tipo subjetivo (110). De hecho, de acuerdo a los criterios del orden jurídico, el autor no se representa en estos casos un ataque al bien jurídico que perturbe la paz jurídica. Sin embargo, en el marco de la decisión de cometer el hecho, tiene que ser suficiente (111) la constatación de que el proyecto de acción sería perturbador de la paz jurídica, si las suposiciones ontológicas y nomológicas del autor fueran correctas. Para la decisión de cometer el hecho no se requiere que el proyecto sea efectivamente perturbador de la paz jurídica, pues aquí se trata del contenido subjetivo de la representación, no de los criterios con los cuales es medido. Sólo estos últimos no son subjetivos.

(107) Cf. también la observación colateral de HERZBERG, *JuS*, 1980, p. 476; además, BURKHARDT (nota 2), p. 102.

(108) Del mismo modo que, en casos de errores sobre legalidades físicas o químicas, no hay que basarse en el estado de conocimiento de físicos o químicos (medios); véase, p. ej., LACKNER/KÜHL, § 23, núm. m. 6.

(109) Acerca de esta sentencia, igualmente, ALBRECHT (nota 9), p. 58.

(110) En este sentido, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 8/65a, 25/22 y s.; FIEDLER (nota 84), pp. 86, 106; ALWART (nota 10), pp. 205 y s.; SANCINETTI (nota 29), pp. 228 y s.; cf. también ZACZYK (nota 10), p. 245; STRENG, *ZStW*, t. 109 (1997), p. 868.

(111) En correspondencia con lo desarrollado en detalle respecto de la relación de imputación, véase *supra*, II.3.B), b), c).

III. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA (BURDAMENTE) INSENSATA

1. La tentativa como ataque al bien jurídico que perturba la paz jurídica

El mínimo de ilícito penalmente significativo se puede reducir a la fórmula de que un ataque al bien jurídico que perturba la paz jurídica constituye el núcleo de todo hecho punible (112). Ello también es aplicable a la tentativa, sin que signifique, por cierto, una rehabilitación de la teoría de la impresión (113); pues la perturbación de la paz jurídica sólo es penalmente relevante en forma de ataque al bien jurídico. Sólo si se renunciara al concepto de protección de bienes jurídicos, quedaría libre el camino hacia un directo derecho penal de protección de la paz jurídica sobre la base de la teoría de la impresión, la cual entonces no sólo legitimaría la punibilidad de la tentativa.

En la orientación de los límites del derecho penal a la protección de bienes jurídicos se puede notar la falta de regulaciones restrictivamente efectivas (114), mas en todo caso una noción de esa índole corresponde al derecho vigente y en sí mismo es concluyente. La cuestión de si esto puede convencer también de modo jurídico-político, no puede conti-

(112) Cf. también LESCH (nota 8), p. 203. Sustancialmente ello se corresponde con el «disvalor de relación social» de LAMPE (nota 11), pp. 211 y ss.; ídem, *Festschrift für R. Schmitt*, 1992, p. 83, con nota 20, en lo cual, sin embargo, esta terminología no distingue claramente las funciones instrumentales del concepto de hecho punible de las ético-sociales.

(113) De otro modo, RADTKE, *JuS*, 1996, p. 881.

(114) Críticamente, sobre todo, JAKOBS, *Allg. Teil*, 2/22 y ss.; ídem, *ZStW*, t. 97 (1985), pp. 752 y ss.; FRISCH, *Festschrift für Stree und Wessels*, 1993, pp. 71 y ss., con otras referencias; sobre la multivocidad del tópico «protección de bienes jurídicos» como fundamento de legitimación del derecho penal, BERZ (nota 22), pp. 35 y ss. Vista históricamente, por cierto, la idea de protección de bienes jurídicos es por completo un elemento del pensamiento ilustrado del Estado de Derecho liberal, pensamiento que está obligado a la delimitación del derecho penal en el sentido de la separación entre derecho y moralidad (en detalle, MARX, *Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»*, 1972, pp. 84 y ss.). Es de destacar que el concepto de derecho penal de protección de bienes jurídicos también ha entrado en la discusión desde la orientación contraria, a saber, planteándose la cuestión de si no es demasiado estrecho como para enfrentar los desafíos de la sociedad moderna; representativo, por un lado, STRATENWERTH, *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, 1993, pp. 9 y ss. (esp. pp. 17 y ss.); ídem, *ZStW*, t. 105 (1993), pp. 682 y s., 687 y ss., 692 y ss.; por otro lado, HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, pp. 5 y ss., 10 y ss., 20 y ss.; ídem, *ZRP*, 1992, pp. 381, 383; sobre todo esto también ROXIN, *Allg. Teil I*, 3.^a ed., 1997, § 2, núm. m. 28 y ss.

nuarse en este lugar. De todas maneras, ello produce una fundamentación ético-social que preserva al derecho penal de una instrumentalización final-racional ilimitada, así como, por otra parte, el componente de prevención excluye una etización unilateral del derecho penal.

Un papel especial tiene en este contexto, tradicionalmente, la tentativa supersticiosa.

2. *Excursus: la tentativa supersticiosa*

Como caso modelo de un ataque al bien jurídico sin un carácter perturbador de la paz jurídica vale en general –con razón– la tentativa supersticiosa. Esto explica por qué, según una opinión que hoy ya no es cuestionada seriamente, ella queda en definitiva impune (115). Que esto no fue evidente hasta principios del siglo xx (116), es una prueba en favor de la ya mencionada variabilidad histórica de la «realidad social» (117). Actualmente, las opiniones difieren tan sólo respecto de si la tentativa supersticiosa es substraída desde un principio al ámbito de aplicación del § 23, párr. 3, StGB (118), o si sólo el espectro de consecuencias jurídicas de esta disposición es reducido, en el caso de la tentativa supersticiosa, a la previsión de pena (119). En favor de esto último, se dice que un actuar supersticioso representa, considerado racionalmente, una especial forma de aparición de la burda insensatez (120), que obligatoriamente tiene que quedar impune por falta de perturbación

(115) Vastas referencias en HEINRICH, *JurA*, 1998, p. 397, nota 54.

(116) De otro modo, aún PFOTENHAUER, *Der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen*, 1838, p. 100; EISENMANN, *ZStW*, t. 13 (1893), pp. 467 y s.; DELAQUIS (nota 13), pp. 177 y ss., 222 y ss.; FABIAN, *Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit*, 1905, pp. 24 y s.; BISTER, *Der untaugliche Versuch im allgemeinen und ein besonderer Fall desselben: Betrugsversuch durch Täuschung über eine gesetzwidrige oder unsittliche Leistung*, 1909, p. 37; cf. también VON BURI, *GS*, t. 32 (1880), pp. 369 y s.; ídem, *ZStW*, t. 1 (1881), p. 205.

(117) Las referencias de nota 89.

(118) Así, la opinión dominante; véase, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 532; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23, núm. m. 13 y s.; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 23, núm. m. 8; TRÖNDLE/FISCHER, § 23, núm. m. 5 (todos con otras referencias).

(119) STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 61; OTTO, *Allg. Teil*, § 18, núm. m. 63; con reservas, sin embargo, SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 15/45; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 37; BURKHARDT (nota 2), pp. 101 y s.; ARMIN KAUFMANN (nota 27), p. 403; cf. también ARZT, en Ulsamer (comp.), *Lexikon des Rechts / Strafrecht, Strafverfahrensrecht*, 2.^a ed., 1996, p. 1144.

(120) Así, p. ej., expresamente, STOPFKUCHEN (nota 84), pp. 86 y s.; también ya KADEŔKA, *MschKrimPsych*, t. 19 (1928), pp. 140 y s.; de otro modo, sin embargo, KUHRIT (nota 46), pp. 56 y ss.; ALWART (nota 10), pp. 231, 233, nota 21.

de la paz jurídica. De este modo, surge ahora, por cierto, la cuestión de qué pasa con la perturbación de la paz jurídica en otros casos, en supuestos de ataques (burdamente) insensatos al bien jurídico.

3. ¿Ataque (burdamente) insensato al bien jurídico como perturbación de la paz jurídica?

Si el elemento «burda insensatez», como criterio de falta de perturbación de la paz jurídica, cumple justamente la función de caracterizar determinados ataques al bien jurídico que no necesitan ser penados (121), no subsiste para el § 23, párr. 3, StGB un campo de aplicación legítimo. Si bien el derecho vigente presupone que entre la tentativa irreal y la burdamente insensata puede ser trazada una línea divisoria, esta diferenciación no sólo está afectada de dificultades, como es destacado en todas partes (122), sino que ella de ningún modo es realizable, ya que se trata en esto de sinónimos (123). De hecho, existe un gran número de posturas críticas acerca del § 23, párr. 3, StGB, que precisamente se dirigen a este punto, es decir, a que evidentemente al legislador le habría faltado el valor para la consecuencia de exceptuar obligatoriamente de punibilidad a la tentativa burdamente insensata (124). Con esta justa crítica quizá se pueda incluso ingresar en un nivel aun

(121) Al respecto, *supra*, II.3.B), c), e), 4. Por lo demás, es natural entonces, a la inversa, no apreciar en el marco del § 24, párr. 1, oración 2, StGB, los esfuerzos de desistimiento burdamente insensatos, es decir, manifiestamente inapropiados para evitar la consumación del hecho. La cuestión está poco clarificada; véase, al respecto, también JAKOBS (nota 29), pp. 279, 281, y MAIWALD, *Festschrift für E. A. Wolff*, 1998, p. 346; además, ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 24, núm. m. 103.

(122) Véase sólo KÜHL, *Allg. Teil*, § 15, núm. m. 94.

(123) Decididamente de otro modo, p. ej., JAKOBS, *Allg. Teil*, 25/81; ídem (nota 29), p. 287, nota 32; críticamente al respecto, SANCINETTI (nota 29), pp. 224 y ss., quien intenta deducir un ámbito de aplicación para el § 23, párr. 3, StGB, al querer subsumir bajo esa disposición aquellos proyectos de acción que no exhiben una burda insensatez desde *todas* las perspectivas, sino que dejan lugar para un punto de vista desde el cual la tentativa *no* testimonia burda insensatez, y, por ende, es sólo *en parte* burdamente insensata (lug. cit., p. 223, nota 103, pp. 225 y ss.). Sin embargo, la ley no ofrece ningún punto de apoyo para tales diferenciaciones asaz sutiles.

(124) Véase sólo STRATENWERTH, *Allg. Teil*, § 11, núm. m. 61; BAUMANN/MITSCH, *Allg. Teil*, § 26, núm. m. 36; WOLTER (nota 6), p. 78, nota 48, pp. 79 y s.; HA (nota 9), pp. 58 y ss.; K. MALITZ (nota 28), p. 191; ROXIN, *JuS*, 1973, p. 331; en vistas al § 27, párr. 3, Proyecto de 1962, modelo directo del § 23, párr. 3, StGB, asimismo Arthur KAUFMANN, *Festschrift für H. Mayer*, 1966, p. 116, y STOPFKUCHEN (nota 84), p. 85; en relación con el art. 23, párr. 2, Cód. Penal suizo, igualmente ALBRECHT (nota 9), p. 61. En cambio, el § 23, párr. 3, StGB es defendido por BURKHARDT (nota 2), pp. 97 y ss.; ALWART (nota 10), p. 235; ARZT (nota 119), p. 1144.

más profundo y poner a prueba en general la necesidad de pena de ataques insensatos al bien jurídico.

Quien considerase a la insensatez en general como equívoca y comunicativamente irrelevante para la realidad social podría castigar, en principio, sólo la tentativa idónea, mientras que la inidónea, en cambio, únicamente en los casos de puros errores de percepción (125). La antigua discusión en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea (126) es, por tanto, una discusión acerca de si sólo hechos «sensatos» afectan el orden jurídico y por eso necesitan ser penados según criterios de prevención general. Detrás de ello se encuentran distintas representaciones del hombre como un ser razonable, con las correspondientes consecuencias para el orden jurídico. Por un lado, el hombre se puede definir como persona jurídica única y exclusivamente por su razón. Entonces, el derecho ignorará tentativas irrazonables de toda índole, es decir, también la tentativa «meramente» insensata sería substraída a la sanción penal. Por tanto, una concepción racionalista de esa clase sólo permitiría castigar (sustancialmente) la tentativa idónea, como ha sostenido de modo significativo Feuerbach (127). Sin embargo, parece más realista reconocer que la razón no está perfectamente personificada en ningún hombre, pues de todas maneras también la irracionalidad le pertenece, en la medida en que cada uno tiene que considerarse a sí mismo potencialmente como un afectado por ella, es decir, en cuanto no puede estar seguro de descubrirla. Lo que importa, entonces, es diferenciar entre dos formas de pensar y actuar irracionales: en primer lugar, puede ocurrir así que si bien la desorientación del autor es evitable, su causa no es para todo el mundo reconocible con seguridad —es decir, manifiesta—, de modo que el límite de la irrelevancia social aún no es alcanzado. En segundo lugar, este límite puede también ser sobrepasado. Sólo en el último caso, por tanto, en la tentativa burdamente insensata, existe entonces motivo para renunciar a una pena.

4. Observación final acerca de la punición de la tentativa insensata

Ciertamente tampoco en caso de tentativa meramente insensata se podrá desatender que ella presenta un déficit en comparación con la

(125) Así, de hecho, la propuesta de STOPFKUCHEN (nota 84), pp. 84 y ss.; contra la punibilidad de la tentativa inidónea en general en el tiempo más reciente, sólo pocos autores; véase, empero, KÖHLER, *Allg. Teil*, 1997, pp. 456 y ss.; en lo sustancial, también SCHÖNWANDT (nota 10), pp. 132 y ss.

(126) En profundidad, acerca de su dimensión histórica, ZACZYK (nota 10), pp. 41 y ss.

(127) Las referencias de nota 9.

tentativa «sensata». Este déficit consiste –como, por lo demás, también ocurre en la tentativa inidónea basada en un puro error de percepción– en su *falta de peligrosidad*. Esto puede ser considerado a través de una graduación de la pena: la tentativa inidónea punible sería penada, entonces, más levemente que la idónea (128). De ese modo, el análisis del rol de la «insensatez» en la delimitación entre conducta punible e impune desemboca en otra problemática, a saber, la de su significación para la determinación de la pena. Ello, sin embargo, le abre a esta temática una nueva dimensión, la cual ya excede el problema que aquí había que tratar.

(128) En este lugar no se habrá de tratar la cuestión de cómo puede ser llevado a cabo ello adecuadamente, especialmente si se debe abogar en favor de una atenuación del marco penal obligatoria; sobre la atenuación de la pena en caso de tentativa inidónea, véase WOLTER (nota 6), pp. 175, 304 y s.; SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 1990, núm. m. 400; STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, 1963, pp. 264 y ss.; FRISCH, *Festschrift für Spindel*, 1992, pp. 404 y s.; OLG Hamm, VRS, t. 35 (1968), pp. 269 y s.