

## Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea\*

Claus ROXIN\*\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La punibilidad general de las tentativas inidóneas*. III. *La falta general del merecimiento de una pena en los casos de las tentativas no peligrosas*. IV. *Las tres formas de fines delictivos inofensivos*.

### I. Introducción

El título del presente trabajo es idéntico al del artículo publicado hace poco tiempo por *Heike Jung*.<sup>1</sup> Elegí el tema de mi artículo no solamente porque deseo honrar por este medio a un buen amigo y colaborador en la redacción de muchos proyectos alternativos, sino también porque el tema volvió a la actualidad en los últimos años. En los primeros años de la posguerra, basándose en la jurisprudencia permanente, casi nadie dudaba de la impunidad general de la tentativa inidónea. Dicha opinión tenía aproximadamente hasta el año 1930 muchos adversarios en la ciencia del derecho.<sup>2</sup> Cuando el legislador de la Parte General nueva se refirió en el § 22 del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch – StGB*) expresamente a la “representación del hecho” y cuando la ley estableció en el § 23 III que

\* Título original en alemán: *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*.

\*\* Traducción de Dirk Styma.

<sup>1</sup> *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. Un comentario desde el punto de vista del derecho comparado (Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Ein Zwischenruf aus rechtsvergleichender Sicht)*, *ZStW* 117 (2005), 937 ss.

<sup>2</sup> Detalles sobre el desarrollo y la discusión en Roxin, *AT II*, 2003, § 29, nota 9 ss.; 335-349.

incluso la tentativa inidónea gravemente incomprensible es punible, tal acto legislativo aparentemente aclaró y resolvió dicha cuestión, por lo menos para el derecho alemán.

No obstante, las apariencias engañaron. Ello no puede sorprender cuando se tiene en cuenta que el resumen del jubilado homenajeado<sup>3</sup> sobre el derecho comparado expresa claramente que la tentativa inidónea es tratada en los órdenes legales extranjeros de manera muy diferente y frecuentemente objetivizada. Esta reobjetivización —por lo menos parcial— de la antijuridicidad penal, la cual fue llevada a cabo por la doctrina de la imputación objetiva, debería repercutir en la doctrina de la tentativa.

Mientras que *Bottke*<sup>4</sup> opina que la punibilidad de la tentativa inidónea es inconstitucional, por lo cual no la quiere sancionar en ningún caso, numerosos otros autores pretenden declarar punibles solamente determinadas formas de la tentativa inidónea. Nombro solamente los trabajos de los siguientes autores en los últimos años: *Naka*, *Weigend*, *Zaczyk*, *Zieschang*, *Rath*, *Hirsch*, *Mir Puig* y *Zoll*.<sup>5</sup> Mi intención es investigar la evolu-

<sup>3</sup> Como nota al pie 1. Especialmente para el derecho español: *Mir Puig*, *Tentativa inidónea y peligrosidad estadística en el nuevo Código Penal español* (*Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit im neuen spanischen Strafgesetzbuch*), Roxin-FS, 2001, 729 ss.; derecho polaco: *Zoll*, *La tentativa inidónea en el derecho penal polaco* (*Der untaugliche Versuch im polnischen Strafrecht*), Eser-FS, 2005, 655 ss. (665); derecho turco: *Sözüer*, *Introducción a la reforma general del derecho penal turco I* (*Einführung in die Gesamtreform des türkischen Strafrechts I*), 2006, 55.

<sup>4</sup> *Bottke*, *Tentativa inidónea y desistimiento voluntario* (*Untauglicher Versuch und freiwilliger Rücktritt*), en: Roxin/Widmaier (editor), *50 años del Tribunal Federal Superior* (*50 Jahre Bundesgerichtshof*), Festgabe aus der Wissenschaft, t. 4, 2000, 135 ss.

<sup>5</sup> *Naka*, *El fundamento de la pena de la tentativa* (*Der Strafgrund des Versuchs*), en: *Derecho penal y política criminal en Japón y Alemania* (*Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*), editado por *Hirsch/Weigend*, 1989, 93 ss.; *Weigend*, *El desarrollo de la doctrina alemana de la tentativa* (*Die Entwicklung der deutschen Versuchslehre*), en la misma obra, 113 ss.; *Zaczyk*, *La antijuridicidad del hecho intentado* (*Das Unrecht der versuchten Tat*), 1989; el mismo, NK 2, 2006, § 22, nota 12, 37, 48 ss.; *Zieschang*, *Los delitos de peligro* (*Die Gefährdungsdelikte*), 1998, 127 ss.; *Rath*, *Casos elementales sobre la antijuridicidad de la tentativa* (*Grundfälle zum Unrecht des Versuchs*), JuS, 1998, 1006 ss.; 1106 ss.; *Hirsch*, *Tentativa inidónea y derecho penal del hecho* (*Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht*), Roxin-FS, 2001, 711 ss.; el mismo, *Derecho penal del hecho ¿Un principio básico considerado suficientemente?* (*Tatstrafrecht. Ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?*), Lüderssen-FS, 2002, 253 ss. (255 ss.); *Mir Puig*, como nota al pie 3; *Zoll*, como nota al pie 3; *Sözüer*, como nota al pie 3. También *Köhler*, AT, 1997, 451-459, considera que no corresponde sancionar

ción del tema y no dejar de lado que también *Heike Jung*, a pesar de que no adhiere a una posición determinada, apoya la tesis que sostiene que “más objetivismo le haría bien a la doctrina de la tentativa”.<sup>6</sup> A continuación no haré referencia al sujeto inidóneo, al cual *Heike Jung* tampoco se refiere de forma detallada. En mi manual desarrollé el tema profundamente.

## II. La punibilidad general de las tentativas inidóneas

La punibilidad de las tentativas inidóneas es rechazada total o parcialmente y con diferentes argumentos también en el derecho vigente. *Bottke*<sup>7</sup> parte de la argumentación de que es cierto que los §§ 22, 23 III establecen la punibilidad de la tentativa inidónea, pero que no obstante ésta es inconstitucional, dado que la misma punibilidad de ambas formas de la tentativa lleva al resultado de que dos cosas totalmente diferentes son tratadas como iguales. La tentativa idónea amenaza “bienes constitucionales y jurídicos” concretos, como la vida humana, mientras que la tentativa inidónea infringe solamente un “bien jurídico” en la forma de “la paz del derecho y la fidelidad general al derecho”.<sup>8</sup> *Bottke* opina que ello representa una violación del principio de proporcionalidad y del principio de legalidad.

Otros autores, de los cuales aquí cito solamente a *Zaczyk* y *Rath* como voces representativas, basan la impunidad de la tentativa inidónea en el fundamento de la pena de la tentativa, el que extraen de la filosofía idealista. *Zaczyk*<sup>9</sup> argumenta que la antijuridicidad de la tentativa requiere “la existencia de una relación de reconocimiento con aquel que es lesionado”.<sup>10</sup> Se debe “requerir que exista realmente una relación legal con la persona atacada o con el bien jurídico de la sociedad... dado que solamente con tal fundamento podría existir la tentativa de una lesión”.<sup>11</sup>

la tentativa inidónea, pero admite que dicha opinión es contraria al derecho vigente (pp. 462 y ss.).

<sup>6</sup> *Jung*, como nota al pie 1, 951.

<sup>7</sup> *Bottke*, como nota al pie 4, 135 ss.

<sup>8</sup> *Bottke*, como nota al pie 4, 159.

<sup>9</sup> V. gr. el trabajo de *Roxin*, como nota al pie 2, § 29, nota 52.

<sup>10</sup> *Zaczyk*, como nota al pie 5, 255.

<sup>11</sup> *Zaczyk*, *NK* 2, 2006, § 22, nota 37.

Disparar con un arma de fuego a un muerto, de quien el autor piensa que vive, o a un tronco de un árbol, que el autor confunde con una persona, no es una tentativa punible, dado que no se lesiona una relación de reconocimiento. Por el contrario, en caso de “introducir la mano en un bolso vacío, disparar con un arma de fuego a una cama recién abandonada por la víctima o disparar con un arma de fuego a un tronco de un árbol, del cual el autor piensa que se trata de la persona X, a quien está esperando”, se trata de una tentativa punible, dado que el autor lesiona una relación de reconocimiento.<sup>12</sup>

De manera parecida, Rath<sup>13</sup> exige la “deconstrucción de la relación legal” entre autor y víctima. El autor trata a la víctima “como un objeto”. Por ello corresponde la impunidad en todos los casos “en los que la víctima reconozca la inidoneidad inmediatamente... o cuando el titular del bien no exista más”, dado que en tales supuestos ya no “existe una deconstrucción exteriormente eficaz y típica de la relación legal...”.

Por consecuencia, la crítica respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea o partes esenciales de esta forma de la tentativa se fundamenta en parte con el argumento de la inconstitucionalidad y en parte con argumentos filosóficos. El punto de partida de la inconstitucionalidad es legítimo porque naturalmente el derecho simple debe soportar una corrección a través del derecho constitucional superior. No obstante, la argumentación de que respecto a la punibilidad de la tentativa inidónea se trata algo esencialmente diferente como algo igual no es correcta para el caso común de la tentativa inidónea.<sup>14</sup> La intención de deducir la impunidad de las tentativas inidóneas de conceptos filosóficos ya es inaceptable desde su punto de partida metodológico. Asimismo, los resultados a los que llevan ambas argumentaciones no convencen en el aspecto de la política criminal.

En cuanto a la argumentación de la inconstitucionalidad, cabe expresar que la misma encuentra apoyo en la siguiente argumentación frecuente: la tentativa inidónea es sancionada solamente a raíz de la impresión negativa al derecho, es decir por la perturbación de la paz del derecho, y

<sup>12</sup> Zaczyk, como nota al pie 5, 327 s.

<sup>13</sup> Rath, como nota al pie 5, 1111.

<sup>14</sup> Jung, como nota al pie 1, 937, nota al pie 5, llama “arriesgada” a la tesis de Bottke, según la cual “los §§ 22, 23 III son inconstitucionales”.

con ello se hace referencia a una cosa totalmente diferente de la puesta en peligro real de un bien jurídico concreto, es decir, de una puesta en peligro como en el caso de la tentativa idónea. Es cierto que el trato igualitario de formas delictivas tan diferentes parece problemático.

No obstante, el punto de partida no es correcto, como lo indica la pérdida de fuerza de la “teoría de la impresión”, la que antes era predominante, y el hecho de que la teoría de la imputación objetiva se haya impuesto en la ciencia.

Partiendo de la base de que la función del derecho penal consiste en la protección (subsidiaria) de bienes jurídicos,<sup>15</sup> cabe afirmar que dicha protección se logra solamente a través de una legislación que prohíbe todos los peligros para los bienes jurídicos que traspasen el riesgo permitido. Por consecuencia, la creación de peligros no permitidos para un bien jurídico representa una tentativa (y su realización, un delito consumado). Pero también las tentativas inidóneas son peligrosas y merecen la prohibición cuando mediante la “teoría nueva de la peligrosidad”,<sup>16</sup> en la que en este punto también se basa la teoría de la imputación objetiva, se determina el peligro desde el punto de vista de un observador promedio, quien conoce el propósito del autor y posee eventuales conocimientos especiales. Ello rige de la misma manera para tentativas con medios inidóneos y objetos inidóneos. Quien aprieta el gatillo de una pistola, apuntando la cabeza de otro, desconociendo si el arma contiene proyectiles o no, crea un peligro prohibido de la misma manera que aquel que “por las dudas” efectúa un disparo mortal a una persona que yace inconsciente en el piso, dado que no sabe si la víctima ya está muerta o no. Esta sentencia sobre el peligro es independiente del hecho, que después eventualmente se comprueba, de que la pistola no haya contenido proyectiles o que la víctima ya haya sido muerta, dado que tanto el peligro como la prohibición pueden surgir de una evaluación *ex ante*.

A raíz de la peligrosidad de los comportamientos mencionados anteriormente como ejemplos, también desde el punto de vista de la política

<sup>15</sup> Más detalles ahora en el § 2 de la cuarta edición de mi manual de la Parte general, t. I, 2006.

<sup>16</sup> Más detalles sobre esta doctrina fundada por *von Liszt* y *von Hippel* en *Roxin*, como nota al pie 2, § 29, notas 27/28, donde dicha doctrina es clasificada como “la forma correcta de la teoría objetiva” y que la misma fue “desarrollada excelentemente por *von Hippel*”.

criminal es necesario que la ley se oponga a dichos comportamientos y los incluya en la prohibición de matar. *Herzberg* mencionó de forma acertada los casos en los que posteriormente no es posible esclarecer las circunstancias del hecho, y expresó<sup>17</sup> que aquel que “por las dudas dispara contra una persona eventualmente muerta, no debería tener la posibilidad de pensar que el juez lo debe absolver por la imposibilidad de esclarecer las circunstancias del hecho”.<sup>18</sup>

Pero en caso de que ello fuera así, hecho que según mi criterio no se puede negar, no existen las diferencias, que se alegan para prohibir el trato igualitario de la tentativa idónea y la tentativa inidónea en el ámbito de la peligrosidad, por lo cual las consecuencias respecto al derecho constitucional no tienen fundamento. El criterio decisivo de la tentativa, es decir, la creación de un peligro prohibido, existe en el caso de la tentativa inidónea, pero también en el de la tentativa inidónea peligrosa.

Tampoco es posible emplear deducciones filosóficas para alegar que determinadas tentativas inidóneas (especialmente las tentativas respecto a un objeto inidóneo) son impunes porque no se puede constatar una “relación de reconocimiento” o una “deconstrucción de la relación legal” entre autor y víctima. Es incierto, si es posible deducir dichas consecuencias de las premisas filosóficas mencionadas. No obstante, debería estar claro que la jurisprudencia no se ocupa de la interpretación de doctrinas filosóficas, sino de la interpretación de normas legales.<sup>19</sup> Dicha interpretación debe basarse en el fin de la norma legal, del cual surge, conforme lo desarrollado anteriormente, que agresiones peligrosas a bienes jurídicos representan una tentativa.

Naturalmente, con ello no quiero negar que muchos logros en el derecho penal (como el respeto a la autonomía personal, el principio de culpabilidad y también la doctrina de la imputación objetiva) tienen sus raíces en la filosofía del idealismo alemán. Asimismo, conocimientos filosóficos o teórico-científicos de diferente índole pueden ayudar a solucionar problemas en el ámbito del derecho penal. Pero su aplicación debe respetar

<sup>17</sup> Herzberg, *Münchener Kommentar*, StGB, 2003, § 22, nota 12.

<sup>18</sup> Jung, como nota al pie 1, 947.

<sup>19</sup> En este sentido también Herzberg, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea (Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs)*, GA, 2001, 258 ss.

siempre una interpretación razonable de la norma legal en el marco de la política criminal.

Ello no es el caso de las opiniones aquí criticadas. La creación de delitos prohibidos para el bien jurídico protegido, la cual según los fines del derecho penal es totalmente suficiente como fundamento de la sanción, es, a raíz de distinciones filosóficas no comprensibles desde el punto de vista político-criminal, en algunos casos punible y en otros casos no. No es entendible qué diferencia existe para la punibilidad si la víctima, a la cual el autor quiere matar en la cama mediante disparos con un arma de fuego, haya fallecido inmediatamente antes del disparo o si haya abandonado la cama. Lo mismo rige para el supuesto disparo mortal a un tronco de un árbol, el cual es confundido con una persona: las diferenciaciones mencionadas arriba no son legitimadas a través de otras necesidades de prohibición o de aplicar una pena.

Las mismas objeciones rigen en cuanto a las antiguas teorías objetivas, filosóficamente no tan ambiciosas, como por ejemplo en cuanto a la diferenciación de la tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea o la doctrina de la falta del tipo penal.<sup>20</sup> La peligrosidad de la tentativa, que es fundamental a fin de proteger el bien jurídico, no depende de tales diferenciaciones.

### **III. La falta general del merecimiento de una pena en los casos de las tentativas no peligrosas**

No obstante, de lo desarrollado anteriormente surge, en contra del texto de la ley —según el cual la mera “representación del autor respecto al hecho” (§ 22) e incluso tentativas gravemente inidóneas (§ 23 III) son generalmente punibles—, una clara objetivización: tentativas inidóneas que no cumplan con los criterios de peligrosidad mencionados arriba no requieren una pena. Ello se puede deducir inmediatamente de la doctrina de la imputación objetiva, según la cual la antijuridicidad de la tentativa debe ser entendida como la creación de un peligro prohibido.

Esta opinión es la mayoritaria en la nueva doctrina, aunque su relación con la doctrina de la imputación objetiva esté tematizada raras veces. En

<sup>20</sup> Véanse más detalles en Roxin, como nota al pie 2, § 29, nota 29 ss.

el congreso alemán-japonés de Colonia en el año 1988 *Naka* llegó al siguiente resultado:<sup>21</sup> “Los problemas de la tentativa inidónea deben ser solucionados mediante la doctrina objetiva nueva. Según dicha teoría, la razón de la punibilidad de la tentativa consiste en el peligro para el bien jurídico; este peligro es evaluado en base a las circunstancias generalmente reconocibles en el momento del hecho y las circunstancias, de las cuales el autor tenía conocimiento”. *Weigend*<sup>22</sup> sostuvo en el congreso de Colonia la misma opinión y advirtió por primera vez sobre la relación con la doctrina de la imputación objetiva. Manifestó que la cuestión del riesgo prohibido se transformó en la “cuestión central de la doctrina de la imputación. Las consideraciones nuevas en este ámbito, por un lado, pueden contribuir a definir la antijuridicidad objetiva de la tentativa de manera más precisa; por otro lado, una clasificación de la tentativa, que no se basa en la voluntad enemiga al derecho, sino en el riesgo creado conscientemente, podría combinar bien con las premisas de la doctrina de la imputación”.

La opinión de *Zieschang*<sup>23</sup> es parecida. Clasifica la tentativa como “un comportamiento riesgoso, en el cual, desde un punto de vista *ex ante*, no se puede descartar que el daño fuera realizado”. Posteriormente, el profesor y maestro de *Zieschang*, *Hirsch*,<sup>24</sup> elaboró un análisis profundo de la problemática, el cual se basa en la teoría nueva de la peligrosidad de *von Liszt* y *von Hippel*,<sup>25</sup> llegando al resultado de que acciones no peligrosas para realizar un delito no deben ser consideradas como tentativa.

Esta opinión es notable, ya que *Hirsch*, desde su punto de vista finalista, había refutado la doctrina de la imputación objetiva totalmente, y con posterioridad (desde el año 2003) la reconoció solamente para los delitos culposos,<sup>26</sup> mientras que respecto a la tentativa se trata de un actuar do-

<sup>21</sup> *Naka*, como nota al pie 5, 180.

<sup>22</sup> *Weigend*, como nota al pie 5, 113 ss. (127).

<sup>23</sup> *Zieschang*, como nota al pie 5, 148, quien como *Weigend* se refiere al alumno de *Jakobs*, *Vehling*, quien entiende la tentativa como “creación inadecuada de un riesgo” (*Vehling, La delimitación entre actos preparatorios y tentativa / Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*), 1991, 135 ss., 141, 171.

<sup>24</sup> *Hirsch*, como nota al pie 5, *Roxin-FS*, y más breve, como nota al pie 5, *Lüderssen-FS*.

<sup>25</sup> *Hirsch*, *Roxin-FS*, como nota al pie 5, 726.

<sup>26</sup> Citas en *Roxin*, como nota al pie 16, § 11, nota 47, nota al pie 105.



loso. El hecho que ahora manifiesta:<sup>27</sup> “También la doctrina de la imputación objetiva creada por Roxin se dirige en esta dirección, dado que contiene como requisito objetivo la creación de un riesgo”, lleva, aunque limitado a la tentativa, al reconocimiento de la doctrina de la imputación objetiva en el ámbito de la tentativa.

En el exterior también hay cada vez más autores que se pronuncian a favor de la teoría nueva de la peligrosidad. *Naka* ya fue mencionado. *Mir Puig*<sup>28</sup> emplea un concepto de peligrosidad, que entiende como “probabilidad estadística, que es determinada por una persona imaginaria, que se encuentra *ex ante* en la situación del autor con todos los conocimientos de aquél”. También *Zoll*<sup>29</sup> se pronunció a favor del criterio de la peligrosidad. Manifiesta: “Parece acertado que la punibilidad de la tentativa inidónea depende también de la existencia de un peligro potencial. Dicho peligro debería ser establecido por una persona objetiva que conoce el plan del autor”. *Sözüer*<sup>30</sup> exige “un peligro concreto y cercano al tipo penal, que es determinado desde un punto de vista *ex ante*. Acciones que desde el punto de vista *ex ante* son evidentemente inofensivas no son sancionadas”. Estas opiniones del japonés *Naka*, del español *Mir Puig*, del polaco *Zoll* y del turco *Sözüer* demuestran que una solución en base a la nueva teoría de la peligrosidad también tiene consenso internacional.

Desde la opinión aquí sostenida puedo resumir: la falta de merecimiento de una pena<sup>31</sup> en los casos de tentativas no peligrosas, y con ello también de las tentativas gravemente inidóneas en el sentido del § 23 III, se puede extraer directamente del fin del derecho penal, cuando se reconoce que tal fin es la protección de los bienes jurídicos y cuando se deduce de ello que deben ser prohibidas solamente tales acciones, que crean un riesgo prohibido para un bien jurídico protegido. Aquí la teoría nueva de la peligrosidad anticipó una parte de la imputación objetiva. Pero se puede sostener que dicha opinión es el derecho vigente en Alemania cuando

<sup>27</sup> Hirsch, como nota al pie 5, Roxin-FS, 719, nota al pie 38.

<sup>28</sup> Mir Puig, como nota al pie 3, 730.

<sup>29</sup> Zoll, como nota al pie 3, 665.

<sup>30</sup> Sözüer, como nota al pie 3, 55.

<sup>31</sup> La misma es reconocida también con frecuencia en manuales. Jescheck/Weigend, *Parte general (Allgemeiner Teil)*, 5, 1996, § 50 I 5 b bb, manifiesta que “en general corresponde negar la necesidad de sancionar”. También ROXIN, como nota al pie 2, § 29, nota 369.

los §§ 22 y 23 III parten de otro concepto de la tentativa, que incluye también acciones no peligrosas.

Aquí difieren las opiniones. La opinión de *Bottke* sobre la inconstitucionalidad de las tentativas inidóneas, mencionada arriba, podría ser aplicada por lo menos a acciones inofensivas con el fin de realizar un delito, con lo cual, mediante la interpretación conforme a la Ley Suprema, la punibilidad debería ser limitada a tentativas peligrosas, y en los casos de las tentativas no peligrosas debería establecerse que la posibilidad de prescindir de una pena a través del § 23 III sea obligatoria.

*Zieschang* y *Hirsch* toman otro camino para fundamentar la impunidad de tentativas no peligrosas cuando de hecho, y a pesar de su fin delictivo, niegan el carácter de tentativa de acciones no peligrosas. *Zieschang* opina<sup>32</sup> que “cuando desde el punto de vista *ex ante*, en el momento del hecho se puede descartar la posibilidad de realizar el tipo penal, no existe una tentativa. Con ello el § 23 III sería obsoleto, dado que presupone la existencia de una tentativa punible, la que no existe”. Expresa que mediante esta consideración su opinión “armoniza con la versión actual de la ley”. De la misma manera *Hirsch*<sup>33</sup> manifiesta que la cuestión de si existe una tentativa es anterior a lo establecido por el § 23 III. Expresa que en caso de que no exista una tentativa, el legislador habría creado con el § 23 III una “norma vacía”.

*Herzberg*<sup>34</sup> sostiene otra opinión. Para él la razón de la punibilidad de la tentativa también es la peligrosidad. Sostiene que conforme a la doctrina que se está desarrollando y que se sostiene aquí, la peligrosidad también existe en casos de tentativa inidónea. No obstante, opina que es posible que la punibilidad de tentativas gravemente incomprensibles pueda ser incluida en este concepto. “Es razonable que la ley basa su amenaza con una sanción en la representación del autor, dado que, de la misma manera que el autor, *uno* no conoce suficientemente las circunstancias, por lo cual la representación del autor debe servir como un indicio para el peligro real de la realización del tipo penal, la que debe ser combatida a través de la amenaza de una pena”.

<sup>32</sup> Zieschang, como nota al pie 5, 149 s.

<sup>33</sup> Hirsch, como nota al pie 5, Roxin-FS, 715.

<sup>34</sup> Herzberg, como nota al pie 20, 265 s.

Por consecuencia, esta solución se basa en la idea de que no existen tentativas no peligrosas. *Herzberg* reconoce solamente tentativas menos peligrosas, para las cuales según su opinión el § 23 III contiene una regulación adecuada. Incluso, en caso de reconocer esta norma como derecho vigente, cabe aclarar que no es correcto que la misma se basa en una suposición razonable de la peligrosidad, en un “indicio para el peligro real”, dado que cuando una persona actúa de manera gravemente incomprensible respecto a sus planes delictivos, no se puede sostener que una persona común y razonable con el mismo fin se comportaría de la misma manera. Cuando uno piensa que mediante la ingestión de té de manzanilla se puede causar un aborto o mediante la ingestión de una pastilla de aspirina se puede matar a alguien, ninguna persona razonable clasificaría dicho comportamiento como peligroso. El intento de deducir del fin delictivo del autor un indicio para la peligrosidad de su acción lleva al resultado de que el indicio debe ser negado en estos casos, con lo cual no se puede fundamentar la amenaza de una pena con la peligrosidad de dichas acciones.

Por otro lado, no es menos problemático opinar como *Zieschang* y *Hirsch*, es decir que una teoría correcta sobre el merecimiento de la pena de la tentativa lleva automáticamente a un “vacío” o a la “muerte” del § 23 III, dado que el legislador no exceptuó tentativas gravemente incomprensibles e inofensivas, en forma total, de la punibilidad. Es cierto que esta decisión del legislador debe ser desaprobada desde el punto de vista político-criminal y dogmático-penal, pero no obstante, mientras se encuentre dentro de la constitucionalidad, no debe ser simplemente descartada o ignorada, dado que el legislador, dentro de los límites mencionados, puede decidir libremente sobre la extensión de los conceptos empleados por él. Por consecuencia, corresponde profundizar las cuestiones acerca del intento inofensivo de realizar un tipo penal.

#### IV. Las tres formas de fines delictivos inofensivos

Un análisis profundo demuestra que existen tres formas diferentes de planes delictivos inofensivos, de las cuales, según la opinión mayoritaria, dos son impunes desde el principio y siempre lo fueron. Según la opinión que desarrollaré a continuación, ni siquiera se trata de tentativas, por lo cual solamente en el tercer grupo de casos se puede discutir seriamente

sobre la existencia de una tentativa no peligrosa y su punibilidad. Estas tres formas son la tan llamada tentativa supersticiosa (1), la representación de un grado de peligro impune (2), pero también la representación de una extensión intolerable del peligro (3). Esta diferenciación requiere un análisis más profundo.

### 1. *La tentativa supersticiosa*

La “tentativa” supersticiosa, es decir, el intento de realizar tipos penales a través de medios sobrenaturales como rezar, magia, brujería, contactar espíritus y otros parecidos, es considerada en la actualidad, por la opinión mayoritaria, como impune, sea porque se niega el carácter de tentativa, sea porque se aplica el § 23 III, pero se considera que existe una exención obligatoria de la pena. Incluso hay autores que se pronuncian a favor de una punibilidad.<sup>35</sup> Lamentablemente, la fundamentación de la ley es absolutamente contradictoria.<sup>36</sup>

Es correcto no considerar la tan llamada tentativa supersticiosa como una tentativa en el sentido de la ley. No es útil, tal cual lo propone la opinión mayoritaria,<sup>37</sup> y como lo hizo hasta ahora,<sup>38</sup> basarse en la falta de una impresión que conmueve al derecho, ya que tal “impresión”, a raíz de la imprecisión y lejanía de este criterio al tipo penal, no puede sostener la punibilidad respecto a una determinada norma penal.<sup>39</sup>

Es acertado manifestar: lo que el autor se representa —es decir, realizar un delito mediante medios sobrenaturales— no es considerado por la ley como la representación de un riesgo para el bien jurídico protegido. Por consecuencia, objetivamente falta cualquier tipo de peligro, y subjetivamente, la intención del autor, la que es considerada por el legislador

<sup>35</sup> Detalles en Bloy, *Contenido antijurídico y punibilidad de la tentativa gravemente incomprensible (Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des grob unverständigen Versuchs)*, ZStW 113 (2001), 76 ss. (108 f.); Herzberg, como nota al pie 20, 267 ss.; Roxin, como nota al pie 2, § 29, nota 371 ss.

<sup>36</sup> Roxin, como nota al pie 2, § 29, nota 372: Según el proyecto E 1962, del cual surge el § 23 II, en el caso de la tentativa supersticiosa por un lado falta el dolo, pero por otro lado existe una tentativa gravemente incomprensible. Se trata de una contradicción sin solución.

<sup>37</sup> V. gr. las notas en Herzberg, como nota al pie 20, p. 267.

<sup>38</sup> Roxin, como nota al pie 2, § 29, nota 373.

<sup>39</sup> V. gr. la argumentación constitucional de Botke, abajo II.

como representación del peligro. Por ello, no existe una tentativa legalmente relevante, por lo cual la problemática del § 23 III, es decir, la de la tentativa no peligrosa y gravemente incomprensible, no se presenta. En todo caso se puede hablar de una “falsa tentativa”:<sup>40</sup> el comportamiento del autor es legalmente tan insignificante que no puede ser considerado como tentativa. Por consecuencia, en esta parte la concepción de *Hirsch* y *Zieschang* es acertada.

Ello debe ser aclarado expresamente porque hasta hoy en día dicha opinión no es generalmente reconocida. Por ejemplo *Bloy*<sup>41</sup> manifiesta en un trabajo relativamente nuevo sobre la tentativa gravemente incomprensible “que un actuar supersticioso representa desde el punto de vista racional una forma especial de una falta grave de razón, la cual, a raíz de la ausencia de una perturbación de la paz del derecho, debe ser obligatoriamente impune”. Pero según la opinión aquí sostenida no es así. Tampoco se trata de una mera disputa sobre términos porque el resultado, es decir, la impunidad, es el mismo, dado que hay una diferencia en cuanto a si un comportamiento es legalmente irrelevante o si existe una punibilidad general de la que se prescinde.

*Herzberg*<sup>42</sup> tiene una opinión parecida a la aquí sostenida cuando dice sobre la tentativa supersticiosa “que el autor que espera el éxito, se representa solamente un resultado no imputable a él, es decir que no se representa la realización del tipo penal. Es cierto que piensa de manera supersticiosa que pone a la víctima en un peligro, pero se trata de un peligro no desaprobado por el derecho, cuya creación es un riesgo permitido”. Se trata de una aplicación correcta y consecuente de la doctrina de la imputación objetiva a la tentativa. Lo único que debe ser criticado es la subsunción bajo el término del riesgo permitido. Un riesgo permitido existe solamente cuando el legislador asume riesgos reales para facilitar otras ventajas (por ejemplo, el tránsito vehicular, el funcionamiento de establecimientos industriales, etcétera). Por el contrario, según los criterios del derecho, las tentativas supersticiosas no representan un riesgo, por lo cual no se trata de tentativas. La condición subjetiva del “autor” y las “impresiones” de la sociedad no son criterios que deciden sobre la punibilidad.

<sup>40</sup> Hirsch, como nota al pie 5, Roxin-FS, 725, introdujo el término acertado.

<sup>41</sup> Bloy, como nota al pie 36, 108 s.

<sup>42</sup> Herzberg, como nota al pie 20, 269.

## 2. La representación de un grado de peligro impune

Tampoco existe una tentativa real cuando el autor, con la voluntad de realizar el tipo penal, se representa una posibilidad para esta realización que no es reconocida por el legislador como la creación de un riesgo suficiente. Aquí se puede mencionar el “caso de la tormenta” (muy teórico, pero útil como ejemplo), citado, entre otros, por *Welzel*:<sup>43</sup> “Quien en el momento en el que se levanta una tormenta manda a otra persona al bosque con la esperanza de que esta persona fuese muerta por un rayo, no tiene la voluntad de matar”.

En efecto, falta el dolo. Ello surge de que el grado del peligro imaginado por el “autor” no tiene la dimensión suficiente para una imputación objetiva. Lo que el autor se representa es legalmente irrelevante. Por consecuencia, no se trata de una tentativa de homicidio no peligrosa, gravemente incomprensible, que debe ser tratada según las reglas del § 23 III, sino que —siguiendo a *Hirsch* y *Zieschang*— directamente no se trata de una tentativa. Se puede advertir fácilmente que ello es irrefutable cuando se modifica el ejemplo de la siguiente manera: la persona que fue enviada al bosque es realmente muerta por un rayo. Es indiscutible que no se trata de un homicidio consumado, con lo cual en caso de no darse la realización del resultado, no existe una tentativa, sea una tentativa no peligrosa o gravemente incomprensible.

Lo mismo rige para los casos en los cuales el autor pretende dañar un bien jurídico a través de medios cuyo peligro imaginado por aquél se encuentre dentro del riesgo permitido. Quien por odio a la humanidad o sadismo se dedica al comercio o a la producción de armas, a fin de causar la muerte o heridas en muchos otros, no comete la tentativa de un delito cuando observa todas las reglamentaciones vigentes para la actividad. La extensión del peligro creado e imaginado por el autor es real, pero se mantiene dentro del riesgo permitido, es legalmente irrelevante y ni siquiera puede ser clasificado como tentativa no peligrosa. Lo mismo se puede comprobar con muchos ejemplos en el tránsito vehicular, la técnica y la industria. Lo aquí desarrollado es suficiente para resolver todos los casos de la misma índole.

<sup>43</sup> *Welzel, El derecho penal alemán (Das deutsche Strafrecht)*, 11, 1969, 66.

### 3. *La representación de una extensión intolerable del peligro*

Diferente es la situación en el tercer grupo de acciones inofensivas, la cual puede ser aclarada a través de ejemplos clásicos: alguien opina que el té de manzanilla tiene efectos abortivos y sirve esta bebida a una mujer embarazada, pensando que con ello podría realizar el tipo penal del § 218. Alguien intenta derribar un avión que vuela a gran altura con una escopeta, teniendo una idea totalmente desacertada sobre el alcance del arma. Alguien piensa que puede matar a otra persona cuando echa una sola aspirina o una sola pastilla de un somnífero en la bebida del otro.

En estos casos el autor supone que los medios son peligrosos, cuando en realidad, desde el punto de vista de cualquier persona media y razonable, no lo son. Pero no obstante, aquí el autor se representa un peligro, cuya realización es punible, dado que —con base en su representación— el peligro excede el riesgo permitido. Estos casos se diferencian de los otros dos en que en aquéllos la conciencia del autor no fundamenta la representación de un peligro. Aquí el autor se representa un peligro prohibido, creado por su comportamiento.

A diferencia de las otras dos situaciones mencionadas, debemos reconocer que existe un dolo del autor, dado que también hay dolo cuando éste se basa en una incorrecta evaluación del peligro. Dicho dolo fundamenta una tentativa cuando se convierte en un comienzo de la ejecución de la realización del tipo penal. Naturalmente, dicha tentativa no es peligrosa y es gravemente incomprensible, pero, no obstante, este caso se diferencia claramente de los otros, en los cuales el autor no se representa ningún peligro legalmente relevante. *Hirsch*,<sup>44</sup> como también *Zieschang*, pretende eliminar estos casos del concepto de tentativa, pero fundamenta su opinión solamente con el argumento de que tal “puesta en marcha de la decisión”, en comparación con la tentativa real, es un “alud según su naturaleza y su gravedad”. Es cierto que una tentativa no peligrosa se diferencia de una tentativa peligrosa en su naturaleza y su gravedad, dado que la tentativa no peligrosa es otra “forma” de tentativa que la peligrosa y su “gravedad” es considerablemente menor. No obstante, con ello se demuestra solamente que se trata de otra forma de la tentativa, pero no que no se trata de una tentativa.

<sup>44</sup> *Hirsch*, como nota al pie 5, *Roxin-FS*, 725 s.

Por consecuencia, el § 23 III no incluye todos los esfuerzos totalmente inidóneos para cometer un delito, pero sí los mencionados como tentativas no peligrosas en el tercer grupo de ejemplos. Ello surge, además de por las razones mencionadas, de la voluntad del legislador, quien puede establecer el contenido de los términos empleados de manera legalmente obligatoria. Ahora cabe preguntarse si la tentativa no peligrosa, dentro de los límites mencionados anteriormente, debe ser punible o no. La respuesta debe ser diferenciada.

Desde el punto de vista político-criminal, es oportuno tratar la tentativa no peligrosa en todos los casos como impune, ya que objetivamente no crea un riesgo prohibido, por lo cual no existe la necesidad de sancionarla por razones de la protección de bienes jurídicos. La circunstancia de que el autor podría efectuar agresiones más peligrosas en otra oportunidad es un criterio del derecho penal de autor, el cual no es suficiente para una sanción en el derecho penal del hecho. Razones de prevención general tampoco llevan a la necesidad de aplicar una sanción, dado que tentativas no peligrosas, a raíz de su carácter objetivamente oculto, generalmente no son percibidas por la sociedad. Además, la intención delictiva de las tentativas no peligrosas es difícilmente comprobable. Cuando uno de estos casos es conocido —por ejemplo a raíz de manifestaciones espontáneas del mismo autor— se lo considera como no importante y no lleva a la necesidad de sancionar. En este sentido estoy de acuerdo con los representantes de la teoría nueva de la peligrosidad. El legislador debería precisar los §§ 22 y 23 de tal manera de sancionar solamente tentativas peligrosas y podría derogar el actual § 23 III. De tal manera, la doctrina de la imputación objetiva podría demostrar en el ámbito de la tentativa, de manera más clara que con la normativa actual, que es adecuada.

Otra cuestión es si es posible llegar al resultado de la impunidad total según la ley vigente, sea mediante la aplicación de la Ley Suprema, sea a raíz de otros métodos de interpretación restrictiva. La respuesta es negativa, dado que en el caso de la tentativa no peligrosa se trata de una agresión a un bien jurídico, que se representa desde el punto de vista del autor no solamente como el comienzo de una lesión concreta de un bien jurídico, sino de una tentativa consumada. *Bloy*<sup>45</sup> manifiesta correctamente “...que

<sup>45</sup> Bloy, como nota al pie 36, 82 s., con más citas en nota al pie 22.



también cuando el autor piensa erróneamente que su comportamiento es peligroso para un bien jurídico, ataca al bien jurídico. Una agresión real no requiere éxito ni una peligrosidad objetiva. En el caso de la subjetivización de la peligrosidad sigue existiendo la relación con el bien jurídico, aunque en forma reducida (reducida en el componente objetivo de la peligrosidad)”.

Cabe aclarar que la posibilidad de sancionar tales tentativas no fracasa por la falta de claridad del comportamiento sancionado y tampoco por la incomparabilidad con tentativas peligrosas. Existe una base común para comparar las diferentes formas de tentativa. En ambos casos se trata de agresiones concretas a bienes jurídicos, con la diferencia (esencial) de que las tentativas punibles son claramente peligrosas, mientras que las tentativas discutidas y aquí tratadas no lo son. Dicha diferencia no fue pasada por alto por el legislador. En la versión final del proyecto de ley, la comisión especial introdujo la posibilidad de prescindir de una pena, a fin de expresar “que el juez tiene el deber de considerar la posibilidad de prescindir de una pena”.<sup>46</sup> Al tener en cuenta lo desarrollado hasta ahora, se puede manifestar que la tentativa no peligrosa generalmente es impune también según el derecho vigente, es decir que en su resultado la ley no se encuentra muy lejos de la opinión aquí sostenida.

Resta preguntarse qué sucede con la posibilidad de atenuar la pena según el § 23 III. Dado que en caso de tentativas totalmente inofensivas no existen diferenciaciones razonables respecto al merecimiento de una pena, la atenuación de la pena tiene sentido solamente en los casos límites entre tentativas no peligrosas y tentativas peligrosas. La ingesta de una sola pastilla de un somnífero seguramente es un medio inofensivo para cometer la tentativa de un homicidio, la cual puede ser clasificada como gravemente incomprensible. No obstante, con una cantidad creciente de pastillas este medio progresivamente se convierte en peligroso. No es fácil determinar cuál es la cantidad de pastillas para llegar al límite de la peligrosidad. En esta zona intermedia se podría aplicar la cláusula de la atenuación. Lo mismo podría regir cuando “actos gravemente incomprensibles” sean llevados a cabo por varias personas y que no se pueda llegar a una sentencia de una tercera persona media-objetiva. Ello sucedió en el

<sup>46</sup> Comunicación del parlamento alemán (Bundestags-Drucksache) V/4095, p. 12.

caso suizo<sup>47</sup> de una tentativa de aborto mediante baños de mostaza y jabón, dado que muchas personas, “incluyendo a médicos”, pensaban que se trataba de un medio idóneo.

El hecho de interpretar el derecho vigente de la manera aquí sostenida es, en comparación con una impunidad general de la tentativa no peligrosa, solamente la segunda mejor opción, pero no se la puede clasificar como inconstitucional bajo el punto de vista del principio de la proporcionalidad ni bajo el principio de la igualdad. Cabe aclarar que las diferencias esenciales entre tentativas peligrosas y no peligrosas son consideradas a través de las diferentes consecuencias legales de tal manera que en la jurisprudencia reciente no se pueden encontrar penas por tentativas no peligrosas.

El reproche de *Hirsch*<sup>48</sup> en contra de la reglamentación legal como derecho penal de convicciones no es sostenible, dado que el autor no se da por satisfecho con la manifestación de su convicción contra el derecho, sino que ataca un bien jurídico concreto<sup>49</sup> mediante una tentativa consumada. Dicho quebramiento de la norma es más que una convicción reprochable.

Por ello, sostengo la opinión de que el derecho vigente se basa en una concepción dual de la tentativa, que generalmente define la razón del merecimiento de pena a través de la agresión al bien jurídico mediante una puesta en peligro real del bien jurídico protegido, y en casos excepcionales y no frecuentes también ya en la agresión real en forma de un quebrantamiento total de la norma.<sup>50</sup> Aclaré expresamente que “el principio de la puesta en peligro debe prevalecer”.<sup>51</sup> *Zaczyk*<sup>52</sup> llamó a esta concepción dual “inmotivada”. Esto no es correcto, dado que tanto dogmáticamente como desde el punto de vista político-criminal debe prevalecer una teoría monística, basada en el concepto de la puesta en peligro.

47 BGE 70 IV, 49/50.

48 Hirsch, como nota al pie 5, Lüderssen-FS, 255, 258, con más citas.

49 También Radtke, *En el límite de la tentativa inidónea punible (An der Grenze des strafbaren untauglichen Versuchs)*, JuS, 1996, 878 ss. (881) resalta que “la voluntad ejercida en contra del derecho es aquella que es dirigida intencionalmente por el autor a la lesión del bien jurídico”.

50 Roxin, como nota al pie 2, notas 9-24.

51 Roxin, como nota al pie 2, nota 13.

52 Zaczyk, NK 2, 2006, § 22, nota 11, nota al pie 37.

Mi interpretación del derecho vigente tiene una base suficiente en el texto y el fin de la ley, los cuales no deben ser pasados por alto por los juristas.<sup>53</sup>

Al fin y al cabo, la opinión aquí sostenida apoya en gran parte el intento de *Heike Jung* de establecer una mayor objetivización respecto a la punibilidad de la tentativa. Por tal motivo le dedico este pequeño trabajo, el cual le obsequio con mis ifelicitaciones para su septuagésimo cumpleaños!

<sup>53</sup> *Zaczyk* (de la misma manera que otros representantes de una interpretación idealística del derecho penal) tiende a subestimar la obligatoriedad de reglamentaciones legales. En este sentido le reprocha a la crítica de *Herzberg*, la cual se mantiene dentro del derecho vigente, que la misma es “limitada a un mero positivismo” (NK 2, 2006, § 22, nota 37, nota al pie 94). El jurista, quien interpreta el derecho vigente, tiene la obligación de respetar la limitación, mientras una reglamentación legal sea nula a raíz de la violación de normas superiores. El hecho de considerar que otra opinión es correcta es totalmente independiente, como lo demuestra el presente trabajo.