

El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional

Marcelo Alberto Sancinetti

Universidad de Buenos Aires

Abstract

El trabajo plantea que sólo una dogmática del hecho punible circunscripta al disvalor de acción (o de omisión) permite el desarrollo de una teoría del delito racionalista. Analiza distintos argumentos que parten ya de la Grecia antigua y atraviesan en forma permanente la filosofía moral occidental. En particular, se rechaza el carácter fundante del disvalor de resultado, como resabio de un Derecho penal ligado, en parte, a la casualidad, a la suerte moral y jurídico-penal. La tentativa acabada o la imprudencia como tal (y no la consumación) marcan el total del disvalor del hecho, pues, a partir de cierto estado de cosas, o bien se produce la consumación o bien ya no se produce, sin que la diferencia pueda ser atribuida a la libertad de voluntad. Por el hecho de que una tentativa sea externamente “inidónea” no se deriva ningún minus de su contenido de ilícito; pero la tentativa burdamente insensata sí exhibe un ilícito menor, en razón de un menor disvalor de acción. Por contraposición, la mera representación de cometer un ilícito por un error de Derecho invertido no conduce nunca a la punición por tentativa, sino al delito putativo (así sea que el error afecte al “campo previo al tipo”). El hecho de que el ilícito se circunscriba a la pura decisión de la voluntad no entraña el riesgo de punición de ámbitos realmente reservados al fuero interno, ni tampoco prejuzga acerca de si la escala penal de la tentativa debería ser aumentada; la del delito consumado, disminuida; o si se debería tender a un segmento intermedio.

In dem vorliegenden Beitrag wird die Auffassung vertreten, dass nur eine auf den Handlungs- (oder Unterlassungs-) unwert beschränkte Straftatsdogmatik die Entwicklung einer rationalen Straftatlehre ermöglicht. Es werden verschiedene Argumente untersucht, die schon im antiken Griechenland vorgebracht wurden, und die die westliche Moralphilosophie dauerhaft beeinflusst haben. Insbesondere wird die dem Erfolgsunwert zugrunde liegende Grundidee mit dem Beigeschmack eines zum Teil vom Zufall sowie vom moralischen und strafrechtlichen Glück abhängigen Strafrechts abgelehnt. Der beendete Versuch oder die Fahrlässigkeit als solche – und nicht die Vollendung – umfasst den vollen Handlungsunwert, denn es kommt ab einer bestimmten Geschehensentwicklung entweder zur Tatvollendung oder nicht, ohne dass die freie Willensentschließung Einfluss auf diesen Unterschied hätte. Allein der Umstand, dass ein Versuch äußerlich besehen „untauglich“ ist, rechtfertigt keinerlei Abstriche hinsichtlich seines Unrechtsgehalts; wenn auch der grob unverständige Versuch aufgrund seines geringeren Handlungsunwerts ein geringeres Unrecht darstellt. Im Gegensatz dazu führt die bloße Vorstellung – aufgrund eines umgekehrten Subsumtionsirrtums –, ein Unrecht zu begehen, niemals zur Bestrafung wegen Versuchs, sondern zu einem straflosen Wahndelikt (ebenso ist es, wenn der Irrtum das Vorfeld des Tatbestands betrifft). Der Umstand, dass das Unrecht sich auf die reine Willensentscheidung beschränkt, birgt ebenso wenig das Risiko einer Bestrafung von Bereichen, die ausschließlich die Interna betreffen, wie er notwendig eine Strafrahmenerhöhung des Versuchs, eine Verringerung des Strafrahmens des vollendeten Delikts oder die Schaffung eines dazwischen liegenden Strafrahmens nach sich zieht.

This article argues that only a doctrine of criminal law that is oriented towards the wrongfulness of actions (or omissions) will allow the development of a rationalist theory of criminal liability. It analyses different recurring arguments which are found in Western moral philosophy, going back to ancient Greece. In particular, it rejects the importance that is usually given to results or consequences, on the grounds that they constitute a residue of a criminal law focused, in part, on casual events, and moral and criminal luck. Complete criminal attempts or negligence as such (and not the resulting consequences) exhaust the full wrongfulness of an event, since, from a certain point in the state of affairs, whether the relevant is produced

or not cannot be attributed to the free will of the individual. The fact that an attempt cannot factually or causally produce the intended or foreseen result does not translate in a minus of its wrongfulness. By contrast, a completely irrational attempt does present a minus since it has a lesser disvalue of action. Furthermore, the mere representation of carrying out a criminal wrongful act which is not in fact forbidden, does not warrant legal punishment as a criminal attempt (even if the mistake lies in the sphere of “non-criminal law”). The fact that the crime is limited purely to the decision to carry out a certain will (the action) neither entails punishing spheres which are “solely reserved to the individual” nor is committed to the claims that attempts should be more severely punished, that the penalty for an attempted offence should be discounted or that we should find a compromise between these claims.

Titel: Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik.

Title: Action disvalue as foundation of a rational criminal law theory.

Palabras clave: Disvalor de acción (y de omisión); disvalor de resultado; suerte moral; casualidad; tentativa inacabada, acabada, idónea, inidónea; tentativa por burda insensatez; delito putativo; realización consecuyente del principio de “culpabilidad por el hecho”; escala penal de la tentativa y del delito consumado; teorías de la pena; daño a la “vigencia de la norma”.

Sitchworte: Handlungsunwert (und Unterlassungsunwert); Erfolgsunwert; moralisches Glück; Zufall; unbeendeter, beendeter, tauglicher, untauglicher Versuch; grob unverständiger Versuch; Wahndelikt; konsequente Durchführung des Schuldprinzips; Strafraumen des Versuchs und des vollendeten Delikts; Straftheorien; Normgeltungsschaden.

Keywords: omission and action disvalue; result disvalue; moral luck; casual events; incomplete attempt, complete attempt, impossible or possible attempt, irrational attempt; legal impossibility, “Culpability of act”, differentiated or equal punishment for attempts and completed crimes; theories of punishment; harm to the “validity of the norm”.

1.

Un antiguo pensamiento de la filosofía universal, que debemos a PLATÓN, reza así:

“Si alguno, teniendo intención de matar a un ciudadano (excepto el caso en que la ley lo permita), yerra el golpe y no hace más que herirlo, no merece más gracia ni compasión, ya que su intención fue matarlo, que si lo hubiese matado realmente, y podrá ser acusado ante el tribunal como homicida.”¹

Tras este pensamiento *tan categórico*, PLATÓN admite, empero, la posibilidad de mutar, para ese caso, la pena de muerte, que correspondería en caso de consumación, por la de destierro. El fundamento de este “sorpresivo giro” es más bien *opaco*: “por respeto a la fortuna que lo ha favorecido”, “a la providencia que ha salvado al hombre”, “como tributo a la deidad de la fortuna”. Con todo lo difícil que pueda ser compatibilizar este “tributo a la suerte” con la frase inicial, en todo caso está claro que, desde el punto de vista del ilícito y la culpabilidad, PLATÓN no ve ninguna

¹ PLATÓN, *Obras completas, Las leyes* (con ligeras modificaciones de redacción y actualización de la ortografía, reproduzco la versión española de Patricio AZCÁRATE, 1872, p. 145).

diferencia entre una tentativa acabada y un hecho consumado, que el autor del hecho tentado ni siquiera “merecía más gracia ni compasión”; pero, aun así, PLATÓN le concede a este autor una “rebaja de ocasión” en tributo a *la deidad de la fortuna*.

Qué haya querido dar a entender PLATÓN en estos pasajes, en sí contrapuestos, puede quedar deparado a los expertos en filosofía platónica. En todo caso, si bien en la Grecia antigua existía la cesura del debate, emitiéndose primero el veredicto de culpabilidad, para debatirse recién después sobre la pena a aplicar en caso de condena, sería más bien una “proyección racionalista retrospectiva” el ver en esas frases de PLATÓN una diferencia entre “*merecimiento de pena*” y “*necesidad de pena*”, tal como en general se la entiende en el pensamiento jurídico-penal moderno. Antes bien, de la drasticidad y barbarie con que, desde la Antigüedad y hasta hace muy poco tiempo, estuvo amenazado el asesinato (consumado), es decir, en general con *pena de muerte* – variando a lo sumo el suplicio con el que se llegaría a su ejecución –, habría que derivar la tendencia a *una lenidad* en casos de tentativa, como un derivado de que sólo pudiera haber “sentimientos humanitarios” en casos de falta de consumación.

Varios siglos después de aquella frase, en pleno florecimiento del pensamiento de la Ilustración italiana, Gaetano FILANGIERI decía a fines del siglo XIX,² que la tentativa de delito, en tanto manifiesta la acción “prohibida por la ley misma”,³ merece la misma pena que el delito consumado y exitoso. FILANGIERI preveía la objeción – que “sólo a primera vista podía ser vigorosa”⁴ – que habría de formularse “por la escuadra de los iuspublicistas modernos”, contra su equiparación de la pena de la tentativa con la pena de la consumación, sobre la base de que el propio FILANGIERI viese en el “daño social” la fuente de legitimidad de la pena. Según él – y con reminiscencias a PLATÓN, ARISTÓTELES y SÉNECA – si, al aplicar la pena, había que desprenderse del impulso a “vengarse irracionalmente como una bestia”, y la pena se ceñía a la “seguridad e instrucción”, entonces, el *resultado* del hecho concreto no podía ser lo relevante.⁵ Pocos años después coincidía con la equiparación de pena entre tentativa y consumación el Consejero de Dresden, Carl August TITTMANN, aunque él, a diferencia de FILANGIERI, sí distinguía entre la mera tentativa en la que el autor había realizado una actividad *menor* que la necesaria para producir la lesión del Derecho – en este caso merecía una “imputación menor” – y aquella en la que él hubiera hecho toda esa actividad, pero el resultado “faltase por casualidad”, y, entonces, la imputación debía ser “igual de grande” que la de la consumación.⁶

Es curioso que a esas explicaciones, con las que, en suma, es rebatido “el principio del daño” como fundamento para la relevancia del disvalor de resultado, se asemeje el modo en que el filósofo

² FILANGIERI, *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, 1833, pp. 96 s.; EL MISMO, *Ciencia de la legislación*, 1836, pp. 221-226; EL MISMO, *System der Gesetzgebung*, 1787, pp. 264-271; sobre la obra original y demás referencias al respecto, cfr. SANCINETTI, «Das Denken der Aufklärung und das sog. „Verletzungsprinzip“», *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, (12), 2011, pp. 292 ss., nota 58, entre otras.

³ FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, 1836, pp. 226 s.; EL MISMO, *System der Gesetzgebung*, 1787, pp. 270 s.

⁴ FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, 1836, p. 227; EL MISMO, *System der Gesetzgebung*, 1787, p. 272.

⁵ FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, 1836, pp. 226-229.; EL MISMO, *System der Gesetzgebung*, 1787, pp. 272-274.

⁶ TITTMANN, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, t. 1, 1806, § 109, pp. 269-271; esp. las referencias de nota “r”.

americano Joel FEINBERG,⁷ en su prédica en pos de igual tratamiento para las tentativas fracasadas y las exitosas (consumación), combate la posición contraria, sostenida en el ámbito angloamericano, entre otros, por Michael MOORE y George FLETCHER. FEINBERG identifica “siete argumentos” en que usualmente es fundada la supuesta mayor responsabilidad derivada de la consumación, que él denomina “siete argumentos malos”, siendo *el primero* de ellos el querer inferir del “principio del daño” (*Harm Principle*) la presunta necesidad de un aumento de pena por la producción de daños reprobados.⁸ Pues en todo caso se trata de combatir los daños que *podrían* derivarse de acciones *de esa clase* y no del daño que haya producido la acción del hecho concreto.⁹

Como se sabe, ningún bien ya afectado puede ser “reconstituido” con la imposición de la pena. Si alguna protección puede llegar a producir la aplicación de una pena respecto de objetos de bienes jurídicos ésta sólo puede referirse a objetos aún subsistentes, que podrían ser dañados en hechos venideros. Por eso mismo, en contra de una opinión muy difundida, la idea de que la pena se impone “en protección de bienes jurídicos” no es en absoluto idónea para arribar a la conclusión de que, *por ello*, se deba penar más gravemente el hecho consumado que el tentado. Sorprende, pues, que más de una vez se haya tratado de fundar la relevancia del disvalor de resultado en ideas oriundas de la prevención-general, del “principio del daño” o de “la teoría del bien jurídico”. Pero mucho más sorprende que un autor como JAKOBS, que ve el fundamento de la pena *en la culpabilidad*, entendida como “déficit de fidelidad al Derecho”, y no en “el menoscabo al bien jurídico”,¹⁰ en virtud –según él dice en esta medida “con razón”– de que, en todo caso, de lo que se trata al imponer la pena es de contradecir el hecho delictivo y, de este modo, confirmar la norma, respondiendo al “daño a la vigencia de la norma”,¹¹ no obstante él abogue en favor de que la *casualidad* de la no producción del resultado favorezca al autor,¹² cuando, por otro lado, él sostiene que la tentativa es un “quebrantamiento perfecto de la norma”,¹³ y en tanto, en JAKOBS, “el fundamento punitivo de la tentativa es exactamente el mismo que el de la consumación”.¹⁴

Tampoco la “prevención especial” puede aportar la semilla en la que germine el fruto de la relevancia del disvalor de resultado, a no ser que se recurra al concepto de “expiación”, tan propio de *la prevención especial* como de *la retribución*. Pero incluso si se pudiera legitimar la pena a imponer

⁷ FEINBERG, «Criminal Attempts – Equal Punishments for Failed Attempts», en EL MISMO, *Problems at the Roots of Law – Essays in Legal and Political Theory*, 2003, pp. 81 s.; cfr. también SVERDLIK, «Crime and Moral Luck», *American Philosophical Quarterly*, (25-1), 1988, p. 80.

⁸ FEINBERG, en EL MISMO, *Problems at the Roots of Law – Essays in Legal and Political Theory*, 2003, p. 82. Al discutir este argumento, FEINBERG cita especialmente la obra de LAFAVE/SCOTT, *Criminal Law*, 1972.

⁹ FEINBERG, en EL MISMO, *Problems at the Roots of Law – Essays in Legal and Political Theory*, 2003, p. 82: “This statement formulates the liberal theory of the proper limits of the criminal law, and is close to a principle that I have defended, which has been called the ‘harm to others principle’ or ‘the harm principle’, for short (...) But it does not follow that unsuccessful attempts to perform an act of a type that is very harmful (murder, for example) should not be criminalized! That is a well-intentioned but illogical conclusion drawn from a principle (the harm principle) that gives it no support”.

¹⁰ JAKOBS, «Erfolgsunwert und Rationalität», *FS-Samson*, 2001, p. 53; cfr. también, en profundidad, EL MISMO, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

¹¹ JAKOBS, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», *FS-Saito*, 2003, pp. 17 ss.; con mayor amplitud, EL MISMO, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

¹² JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, pp. 52 s.

¹³ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/71; cfr. EL MISMO, «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», *GS-Armin Kaufmann*, 1989, p. 277; EL MISMO, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW*, (104), 1992, pp. 82-83; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70.

¹⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/1.

por un Estado secular sobre la base de una función “expiatoria”, aún quedaría por resolver en qué sentido una “culpa a expiar” puede incluir los resultados de una *decisión* tomada libremente, cuando ya al ser actuada la decisión se asume tanto la posibilidad de tener éxito como la de fracasar. Dicho a modo de ejemplo: ¿a qué se refiere el Salmo 103 cuando dice: “(Yahvéh)... no nos trata según nuestros pecados / ni nos paga conforme a nuestras culpas...”? ¿Abarcarían los “pecados” y las “culpas” que Dios, con su misericordia, pudiera “pasar por alto” también a *sus consecuencias*?

2.

STRATENWERTH, en su memorable lección inaugural en la Universidad de Basel (1962), responde implícitamente esas preguntas en forma decididamente afirmativa, como si la respuesta fuera obvia: “Si el autor reconoce su culpabilidad y trata de pagar por ella, entonces la gravedad del resultado no es indiferente para la expiación que se asume: *aquí* produce una diferencia esencial si el autor, que quería matar a un hombre, fracasó, o si lo mató realmente...”.¹⁵

Pero allí STRATENWERTH, más allá de constatar la “expresión cotidiana” de que alguien “carga con la culpa”, da por supuesto aquello que debería haber demostrado, es decir, la razón por la cual *tendría* que producir una “diferencia esencial” en la intensidad de la “expiación de una culpa” la cuestión de *qué efectos* se dieron — en conjunción con un sinnúmero de otras causas — como consecuencia de la decisión *culpable*, es decir, de *la mala acción*. Es curioso que unos trece años después, en su renombrada Filípica contra ZIELINSKI,¹⁶ STRATENWERTH haya reprochado que se incurra en una *petitio principii*¹⁷ al decir que, dada la acción ilícita, con resultado o sin él, el autor tenga la “misma culpabilidad”. STRATENWERTH dijo entonces que “la cuestión es, precisamente, la de en qué sentido la culpabilidad, p. ej., de la imprudencia sin consecuencias o con consecuencias, podría ser caracterizada como la ‘misma’”.¹⁸ Él se basa allí, al igual que en su lección inaugural de Basel, en que se puede hablar de “culpabilidad” en *dos* sentidos distintos: uno sería el de la desviación interna del autor respecto de la exigencia del deber jurídico; y sólo en este sentido no habría “ninguna diferencia” de culpabilidad.¹⁹ Pero también se puede hablar, dice STRATENWERTH, de “un concepto de culpabilidad referido *al hecho* como totalidad, que abarque la realización antijurídica del tipo”, y en este sentido “la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida del perjuicio y menoscabo a los bienes (...)”.²⁰

¹⁵ STRATENWERTH, «Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht», *SchwZStr*, (79), 1963, pp. 234 ss., esp. p. 254. Con prescindencia del tema en discusión, es aún hoy digno de mención el trabajo de STRATENWERTH, «Schuld und Sühne», *Evangelische Theologie*, 1958, pp. 337-353.

¹⁶ STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht», *FS-Schaffstein*, 1975, pp. 177 ss. El “mote” de “Filípica contra ZIELINSKI” proviene de DENCKER, «Erfolg und Schuldidee, Zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht», *GS-Armin Kaufmann*, 1989, p. 443; cfr. ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, esp. pp. 121 ss., 128-151.

¹⁷ STRATENWERTH, *FS-Schaffstein*, 1975, p. 184, notas 20, 22, 23 29, y los textos a los que éstas corresponden.

¹⁸ STRATENWERTH, *FS-Schaffstein*, 1975, p. 184.

¹⁹ STRATENWERTH, *FS-Schaffstein*, 1975, p. 184.

²⁰ STRATENWERTH, *FS-Schaffstein*, 1975, p. 184, con remisión a EL MISMO, *SchwZStr*, 1963, pp. 253 ss. Especialmente el trabajo de STRATENWERTH citado en nota 16 es mencionado por FRISCH («Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *GA*, 2015, nota 51) como una argumentación correcta contra la posición que le niega relevancia al disvalor de resultado. Por tanto, la crítica que sigue en el texto alcanza también a FRISCH, quien tampoco en su obra

Lo que aun así STRATENWERTH deja sin explicar es el fundamento por el cual el *segundo* sentido tendría que ser *diferente al primero*, es decir, por qué razón el hecho “como totalidad”, como “realización antijurídica del tipo”, podría llegar *más allá* de lo que puede decidir el autor como expresión de su libertad. La postura de STRATENWERTH evoca la conocida contraposición entre “norma de valoración” y “norma de determinación”. Una gran parte de la doctrina presupuso siempre que el concepto de “norma de valoración” permitía alcanzar al disvalor de *la situación de hecho objetiva*, incluido el *resultado* del hecho,²¹ mientras que la “norma de determinación” sólo podía alcanzar a *la motivación defectuosa*. Pero el sujeto puede *determinarse*, en todo caso, a realizar la conducta debida o a quebrantar la norma. No puede lograr una “motivación *extra*” para alcanzar *el disvalor de la situación de hecho objetiva*. Él parte de la base de que la situación de hecho objetiva “*existe efectivamente*” o “*puede existir*”. Por tanto, formular un reproche “*extra*”, es decir, considerar que el ilícito y la culpabilidad *aumentan*, después de que el autor *ya se ha determinado*, por las consecuencias *posteriores* a su motivación defectuosa o por la existencia “*real*” de la situación de hecho objetiva representada por el autor es formular un reproche que ya *no* tiene base en el principio de culpabilidad ni en el carácter motivador o disuasivo de la norma penal. Pues, al momento de realizar la conducta, el sujeto ya se ha motivado *todo lo que podía* en una dirección antijurídica. En su tiempo Hans WELZEL dijo, con razón: “En lo que respecta a la acción, la norma de determinación y la de valoración coinciden”.²² Pero si éstas realmente *coinciden*, el juicio de disvalor no puede referirse *al resultado* de la acción, es decir, a lo que ya no pertenece al contenido de una motivación defectuosa, a pesar de lo cual —como se sabe— WELZEL no derivó de allí las consecuencias que sí extrajo la escuela de Armin KAUFMANN y sus discípulos.

3.

Aunque, con los fundamentos señalados hasta aquí, da la impresión de que la irrelevancia del disvalor de resultado derivara de la defensa de las teorías *relativas* de la pena (prevención general y especial), lo cierto es que esa forma de pensar tiene validez —o bien no la tiene— con independencia de cuál sea la *teoría de la pena* de la que se parta para legitimar moralmente el castigo estatal. Es frecuente oír que la elección de la teoría de la pena determina *gran parte de las soluciones* de la dogmática del hecho punible. Sin embargo, casi *todas* las soluciones posibles a problemas de la teoría del delito son sostenidas, de hecho, con prácticamente *cualquier* teoría de la pena. Esto puede tener distintas explicaciones: puede ocurrir que a partir de la teoría de la pena no sean derivables, en efecto, todas las consecuencias del sistema; o bien puede ser que las soluciones de los casos

Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 516 ss. —a la que él también se remite en su reciente trabajo de GA, 2015, nota 51— ofrece argumentos que no sean en sí “*circulares*”.

²¹ En palabras de STRATENWERTH, *SchwZStr*, 1963, p. 248: “La norma de valoración, en cambio, abarca el delito consumado, en la totalidad de los elementos que fundamentan el ilícito, también según su aspecto objetivo, por tanto, en los delitos de lesión, incluido el resultado”.

²² WELZEL, en comentario a la obra de Rudolf THIERFELDER, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, (97), 1937, p. 382. Si bien WELZEL nunca extrajo la conclusión de que el resultado, entonces, *no podía integrar el tipo*, en su *Lehrbuch* se lee algo sintomático. Pues, con relación a la idea de que en la tentativa podría expresarse una “fuerza de voluntad básicamente más débil que en la consumación del hecho”, él acota que “en estos pensamientos se mezclan concepciones irracionales profundamente enraizadas, de que al hecho completo lo integra también el resultado” (*Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 180). Ahora bien, ¿qué parte asumiría aquí la “irracionalidad”, si no fuera, precisamente, el disvalor de resultado?

concretos sean inspiradas en recursos “*ad hoc*”, acaso basados en intuiciones aisladas que carezcan del suficiente “equilibrio reflexivo”; o también puede suceder que en todos estos temas exista una “disonancia cognitiva”, a veces extrema.

En lo que atañe a nuestro problema, se puede ser perfectamente “retribucionista” y retribuir según *las consecuencias del hecho o según el disvalor de la acción*. Desde luego que la vinculación al disvalor de resultado es forzosa – como lo insinuaba FILANGIERI – si lo que está en juego es una función *vindicativa* del Derecho Penal, como si éste fuese tan sólo una racionalización de nuestros *sentimientos atávicos de venganza*; eso también sería una teoría “retributiva”. No de otra forma, como en KANT, está implícito que *la retribución se aferra al resultado del hecho*, ya en razón de que él invoque “la ley del talión (*ius talionis*)”²³ como la única que “puede determinar la cualidad y cantidad de la pena”;²⁴ y que, según una recordada frase suya: “Si él [el autor] ha asesinado, tiene que morir”.²⁵ Pero uno puede ser un “retribucionista *convencido*”, como, p. ej., los filósofos americanos contemporáneos Larry ALEXANDER y Kimberly Kessler FERZAN,²⁶ y decir que todo reproche de culpabilidad debe ceñirse “a la decisión” del sujeto, como “expresión de la libertad”, y que esta decisión constituye la condición *necesaria y suficiente* para el castigo, de modo que, por ese mismo motivo, los resultados *tienen que ser irrelevantes*.

Cierto es que, a primera vista, los pensamientos de PLATÓN, FILANGIERI, TITTMANN, FEINBERG, etc., están cortados al molde, en principio, de la tentativa *peligrosa*, es decir, en el lenguaje técnico: *la tentativa idónea*, la que genera, según el uso lingüístico generalizado – aunque esta manera de expresarse es fuente de malentendidos –, “un peligro concreto para el objeto de bien jurídico”. Pero si aquellos pensamientos son válidos para negar la relevancia del disvalor de resultado *de lesión*, también lo son para negar la relevancia del disvalor de resultado *de peligro*. Por tanto, lo mismo vale para la tentativa que, “objetivamente”, no genera ningún peligro, sea por inexistencia de objeto, por ausencia de las circunstancias típicas acompañantes incluidas en la descripción legal o por ineficiencia de los medios empleados al ejecutar la acción. La cuestión de la llamada “tentativa de autor inidóneo” puede quedar ahora de lado.

Desde el punto de vista del Derecho positivo alemán, es bien sabido que la punición de la tentativa externamente no peligrosa se deriva ya del hecho de que la tentativa se define “según la representación del autor” (§ 22 StGB) y no según la representación de *otro observador* “en su

²³ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, p. 332, también p. 333; en p. 336 KANT invoca expresamente la “venganza” (o el “desagravio”, el “desquite” [*Genugtuung*]) a que se vería obligado por la opinión pública el militar que recibe un insulto.

²⁴ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, p. 333.

²⁵ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, p. 333. Es curioso que los kantianos actuales quieren revertir esta frase en una de “contenido diferente”, argumentando “contra KANT, sobre la base de KANT”; así, ZACZYK, «„Hat er aber gemordet, so muß er sterben“ – Kant und das Strafrecht », en KUGELSTADT (ed.), *Kant-Lektionen. Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*, 2008, pp. 241 ss.

²⁶ ALEXANDER/FERZAN, «Results don’t matter», en ROBINSON/GARVEY/FERZAN (eds.), *Criminal Law Conversations*, 2009, pp. 147 ss.

lugar”.²⁷ Esto coincide con la opinión dominante en USA,²⁸ pues en concordancia con la jurisprudencia sentada en 1977 por la Corte Suprema de Justicia del Estado de New York, en el caso “*People v Dlugash*”, y conforme a la fórmula del Código Penal Modelo (Sección 5.01, *a*), que rige en la mayoría de los Estados, una persona comete tentativa cuando su “conducta constituiría el delito si las circunstancias concomitantes fueran como ella creía que eran”.

4.

Una difundida opinión sostiene que la posibilidad de prescindir de pena o de atenuarla de modo extraordinario, conforme al § 23, apdo. 3, StGB, implica una concesión a la “teoría *objetiva* de la tentativa”,²⁹ en razón de que – así se supone – esa lenidad derivaría de que el proyecto de acción “no podría conducir de ningún modo a la consumación”. La creencia de que esta benignidad deriva de la “falta de peligro objetivo” es, empero, *errónea*. Para demostrarlo, basta imaginarse un caso en el que el autor actúe con “burda insensatez” y, sin embargo, por la concurrencia de circunstancias totalmente desconocidas por él, suceda que el proyecto no sólo encierre un peligro, sino que incluso produzca a la postre el resultado. Así, si un sujeto cree poder matar a su enemigo arrojándole una manzana con toda su fuerza contra la nuca desde unos diez metros, llevará a cabo un proyecto que, tal como él lo concibe, es “burdamente insensato”, y, por ello, eso torna aplicable el § 23, apdo. 3, StGB. Pero ello tampoco se modificaría en el caso de que, p. ej., un empleado de la frutería, por desavenencias con su empleador, hubiera introducido en la manzana subrepticamente un clavo de grandes dimensiones, cuya cabeza quedase cubierta por una etiqueta de la marca de origen, como consecuencia de lo cual la víctima del ataque hubiera muerto por la (“sorpresiva”) incrustación del clavo en el cráneo. Una circunstancia relevante para que se produzca el resultado es *desconocida* por el autor; en esta medida, hay un error de tipo (§ 16 StGB). Pero a su vez el autor tiene un dolo, si bien sumamente deficitario, al atribuirle a un “manzanazo común y corriente” la propiedad de poder causar la destrucción de un cráneo humano con sólo ser arrojado con fuerza desde cierta distancia. El dolo que sí hay, sobre la base de un “error (nomológico) al revés”, fundamenta una tentativa de un grado de disvalor de acción muy débil, mientras que la circunstancia que “objetivamente” hace peligrosa a la acción no es conocida por el autor (los llamados casos de “doble error”). Por ende, la regulación más benigna del § 23, apdo. 3, StGB, se basa en *el carácter deficitario* de la concepción del hecho o bien en *la suma torpeza* de su ejecución (o sea: una burda “imprudencia al revés”), y no en la “falta de peligro objetivo”. La motivación defectuosa del autor apenas tiene un mínimo de infidelidad al Derecho, que a lo sumo podría producir un escaso “daño a la vigencia de la norma”, si es que lo produce.

Claus ROXIN sostiene que la “teoría de la imputación objetiva” permitiría cierta restricción a la punición de la tentativa inidónea.³⁰ Esto implica una “confusión de categorías”. Pues la teoría de

²⁷ Al respecto, fundamental en las acertadas críticas a las posiciones disidentes de KÖHLER, RATH, ZACZYK, HIRSCH y BOTKE, cfr. HERZBERG, «Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs», GA, 2001, pp. 257-272.

²⁸ Cfr. SAMAHA, *Criminal Law*, 1ª ed., 2013, pp. 249 s.: “... en la mayoría de las jurisdicciones... la imposibilidad fáctica [la tentativa inidónea] no es una defensa”; cfr. también LIPPMAN, *Contemporary Criminal Law – Concepts, Cases, and Controversies*, 3ª ed., 2013, pp. 189 s.

²⁹ FRISTER, AT, 7ª ed., 2015, § 23, nm. 3; ROXIN, AT II, 2003, § 29, nm. 35.

³⁰ ROXIN, AT II, 2003, § 29, nm. 23

la imputación objetiva, respecto de la punición por tentativa, sólo delimita el *marco de circunstancias de hecho* que el autor tendría que *representarse* como efectivamente dadas para que su conducta sea *punible como tentativa*. Así, si él se imagina determinadas circunstancias fácticas, según las cuales el riesgo que él crea es un riesgo *permitido*, su acción no constituirá tentativa, aun cuando él actúe con la esperanza de que *por esa vía* se produzca un resultado y crea que ese riesgo es un riesgo reprobado (delito putativo); mientras que si él se representa circunstancias tales que, según la teoría de la imputación objetiva, constituirían un riesgo reprobado, la acción del autor tendente a crear ese riesgo asumiendo el resultado sería una tentativa, aun en el caso de que, p. ej., por ausencia de un “cuerpo vivo” delante de sí, él intente sólo *en vano* disparar “a matar”, cuando el cuerpo ya está, en verdad, muerto.

Por otra parte, es de extrañar que ROXIN haga esfuerzos por restringir la punición de la tentativa, en el capítulo en que trata el “fundamento punitivo de la tentativa”, cuando luego le da al texto vigente del Código Penal alemán una extensión que va *más allá de lo deseable*, especialmente en torno a la distinción entre “tentativa inidónea” y “delito putativo”; pues en casos en que, para la posición más restrictiva —que yo considero correcta³¹— representada por BURKHARDT,³² JAKOBS³³ y otros³⁴, un error normativo “al revés” implicaría siempre delito putativo (impune), ROXIN —sobre la base de una “solución diferenciadora”— quiere admitir como tentativa punible algunos casos de errores normativos que conciernen al campo previo al tipo penal.³⁵ Pero, cuando el autor actúa sobre la base de un error normativo al revés, cualquiera que sea el campo del Derecho al que esto se refiera, es seguro que él *no* atentará contra el orden jurídico *existente*, sino contra uno *imaginado* por él.

5.

La primera intuición de justicia de quienes queremos ceñir la dogmática del hecho punible al disvalor de acción reside en el rechazo a la “responsabilidad por casualidad” que tendría el hecho de que la pena variase en función del disvalor de resultado; esto implicaría la influencia del factor “suerte”,³⁶ en el sentido de que nadie puede controlar todas las variables que inciden para el éxito de su proyecto de acción. Contra esto son expuestos diferentes argumentos:

5.1.

En primer lugar, se dice que quien quisiera erradicar toda dosis de azar de la imputación penal tampoco podría considerar *voluntaria* o *no casual* a la tentativa, porque —así se piensa— que el autor haya superado los actos preparatorios y comenzado la ejecución o dado tal o cual paso de acción *también* se debe al azar de *no haber fracasado* prematuramente. Este argumento se halla en

³¹ SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, pp. 216 ss.

³² BURKHARDT, «Rechtsirrtum und Wahndelikt, Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715», JZ, 1981, pp. 681 ss.; EL MISMO, «Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht, Zugleich Anm. zum Urt. Des KG vom 9.9.1981, wistra, 1982, 196», wistra, 1982, pp. 178 ss.

³³ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 25/38 ss.

³⁴ Referencias en SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, nota 87.

³⁵ ROXIN, *AT II*, 2003, § 29, nm. 411.

³⁶ En el florido ejemplo de SVERDLIK, *American Philosophical Quarterly*, (25-1), 1988, p. 80 “... entonces parece que estamos permitiendo que la responsabilidad moral de una persona pueda ser afectada por, digamos, el vuelo imprevisible e incontrolable de un pájaro”.

autores de peso,³⁷ también en la bibliografía americana,³⁸ pero se trata de un argumento equivocado. En las discusiones entre determinismo y libre albedrío, los no deterministas nunca pretendieron decir que la libertad de voluntad se diera sin acompañamiento de factores o bien fortuitos o bien ya determinados. En este sentido, durante el desarrollo de una tentativa *también* se da una dosis de azar; el “mover un dedo” es ya una modificación en el mundo, que, de hecho, podría *fallar* a pesar de la “orden mental”, p. ej., por el “adormecimiento del dedo”. Pero si se le atribuye un valor a esa *casualidad* (digamos 9 puntos sobre 10), de todos modos se distingue allí *un* punto *no determinado*, “expresión de la libertad”. Sólo *esta* unidad puede ser objeto de un juicio de reproche: las decisiones y sub-decisiones de pasos de acción que son producto *de la libertad de acción*. El resto *no* entra en el juicio de reproche.

En cambio, a partir del momento en que el autor ha llegado al límite *de la tentativa acabada* — es decir, después de asumir que con lo hecho por él (en la comisión) o con lo que dejó transcurrir (en la omisión) *ya puede serle imposible impedir la consumación* — y, además, ha perdido toda posibilidad de seguir incidiendo, sólo restan factores *fortuitos*, falta *todo* componente voluntario: ya no habrá ni un céntimo de motivación defectuosa, entonces, nada para imputar (aunque sí es verdad que, en la medida en que sean imputados “resultados”, un componente a analizar es el de “la realización del riesgo en el resultado”, que es una constatación puramente *objetiva*).

5.2.

Por otro lado, se argumenta, en cambio, de modo precisamente *contrapuesto*. Hace algo más de una década JAKOBS³⁹ ha hecho denodados esfuerzos por tratar de demostrar que *no habría casualidad* en la producción del resultado. Él dice que si la producción del resultado “es conducible”, entonces “no resulta por casualidad”, sino que, al contrario, “crear un riesgo no permitido sin que se presente el resultado es ‘suerte’, más precisamente: casualidad”.⁴⁰ Y esta casualidad — dice JAKOBS— debería ir en beneficio del autor, porque “el ilícito no está realizado completamente”; “debido a la falta de un ilícito completo tampoco existe culpabilidad en toda la medida posible”.⁴¹

Contra eso, hay mucho que decir. Para comenzar, si eso fuera cierto, se contradiría el argumento anterior, dado por los mismos “resultatistas”, de que también en el logro de *un paso de acción* hay un componente de azar. Pues si hay azar al dar “un paso de acción”, ¿cómo podría *no haberlo* en los resultados producidos mucho después de concluida la acción? Pero esto, en todo caso, indicaría una *contradicción*; no demostraría aún que esa forma de argumentar *es en sí deficitaria*. Por supuesto

³⁷ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/73; así también TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 105; ya antes, PAEFFGEN, *Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre*, 1979, pp. 112 s.; análogamente también KÖHLER, *Die bewußte Fahrlässigkeit*, 1982, p. 329, nota 8; ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 102; MAIWALD, «Die Bedeutung des Erfolgswerts im Unrecht, Der Einfluß der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie», en SCHÖCH (eds.), *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, 1987, p. 67; más recientemente, ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 10, nm. 99; LÜDERSEN, «Der „Erfolgswert“», *FS-Herzberg*, 2008, pp. 110, 115 s.

³⁸ Cfr. por todos, MOORE, *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, 2009, Cap. II, *pássim*, con referencias sobre la posición contraria.

³⁹ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, pp. 43 ss.

⁴⁰ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, pp. 52 s.

⁴¹ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, pp. 52 s.

que si un riesgo no permitido *no* se realiza, esto *también* es casualidad. La casualidad consiste, precisamente, en que un riesgo no permitido, dadas las limitaciones del conocimiento humano, puede o bien realizarse o bien no realizarse, eventualmente – en el caso ideal de paridad – con un 50% de chances de éxito y de fracaso. Por consiguiente, *tanta* casualidad hay si el resultado falta como si se produce. El hecho de que si el resultado se produce sea “imputable” a la culpabilidad – y, en ese sentido, *no* sea “casual” – no significa, como presupone la opinión contraria,⁴² que entonces no haya casualidad. Pues las razones por las cuales el resultado es imputable (la tentativa precedente o la imprudencia precedente) son las mismas que estarían presentes si el resultado no se produjera – es en esta “otra” medida que su producción o su ausencia depende de casualidades –.

JAKOBS sostiene que habría casualidad sólo si el resultado no se produce, incluso en el caso de que un autor hubiera creado un riesgo pequeño, pero no permitido, pero que no habría casualidad si *sí* se produce. JAKOBS se basa en que “dejarle a la víctima esa chance... no cuenta como un hecho digno de elogio”.⁴³ Desde luego que el hecho *no es elogiado* por la mera circunstancia de que el riesgo creado sea menor al que podría crear otro autor más eficiente. Pero que la medida de *dos* riesgos, evaluados *ex ante*, debería determinar *el grado* de la imputación, lo demuestra ya el principio de la “disminución del riesgo”, pues si aquel que disminuye un riesgo ya existente no crea un riesgo reprobado, y este juicio es emitido según una perspectiva *ex ante*, entonces también cuando dos riesgos son *no* permitidos, su grado de gravedad *ex ante*, evaluado al momento de ser actuada la decisión de acción, debería determinar *su grado de imputación*; no el resultado al que finalmente conduzca cada curso. Eso lo demuestra el hecho de que si un tercero se viese imposibilitado de impedir ambos riesgos, pero tuviera la posibilidad de alejar a la víctima del riesgo mayor, aunque a costa de elevar un tanto el riesgo menor, ese tercero obraría, en la medida en que, desde una perspectiva *ex ante*, hubiera disminuido el “riesgo conjunto”, en forma *atípica* (= riesgo permitido), por aplicación del principio de “disminución del riesgo”.⁴⁴ Pero si este principio rige para el veredicto de atipicidad, tiene que regir también para evaluar el grado de los dos riesgos no permitidos, si al momento de ser actuada la última decisión de acción, uno es *mayor* que el otro. Si para dictaminar que hay “un riesgo *permitido*” vale un juicio *ex ante*, no podría valer nada distinto para discernir entre “dos riesgos *reprobados*”.⁴⁵

Pero aun así, JAKOBS sostiene que “el autor sólo puede ser culpable de aquello que ‘le cae’ como ilícito a la sociedad”,⁴⁶ y que, para la sociedad, el resultado “aumenta el daño a la vigencia de la

⁴² En el mismo sentido que JAKOBS, también ROXIN, *ATI*, 4ª ed., 2006, § 10, nm. 98: “Dado que los resultados producidos por casualidad nunca son típicos, tampoco la producción del resultado, sino a lo sumo su ausencia puede ser casual...”. Véase, también en este sentido, SCHROEDER, «Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot», *FS-Otto*, 2007, pp. 176 s. y las referencias de su nota 80.

⁴³ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, p. 53, nota 47.

⁴⁴ Así, con mayor detalle, SANCINETTI, «Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 597 ss.

⁴⁵ SANCINETTI, *FS-Jakobs*, 2007, pp. 597 ss.

⁴⁶ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, p. 53. En todo este concepto, JAKOBS ensaya la idea – completamente llamativa – de que la mayor responsabilidad por la consumación pudiera estar fundada en el incumplimiento de una “carga” (*Obliegenheit*), es decir, de una “culpa contra sí mismo”. Pero esta “mezcolanza de conceptos” no puede aportar más que confusión. El autor es responsable por el quebrantamiento de una norma *de deber*, por tanto, no está en juego una mera “carga”; e incluso en los casos en que él tuviera aún una cierta chance de evitar el resultado con posterioridad a una tentativa acabada, esto no ocurrirá como “mero asunto *suyo*”, sino que él, como garante

norma”.⁴⁷ “Si el resultado perturba –dice JAKOBS– para llegar a eliminar la perturbación, la contradicción por medio de la pena tiene que configurarse más intensamente en caso de una objetivación fuerte que en una débil”.⁴⁸ Pero si uno acepta esta fundamentación, ante dos autores que se motivaran de *forma igualmente reprobable*, la pena a imponer a uno de ellos, por “intensificar la comunicación”, se basaría *no* en “su propia culpabilidad”, sino en la forma en que *los demás* percibirían su motivación, en sí tan defectuosa como la del otro que fracasase por cualquier motivo *ex ante* impensable. JAKOBS sostiene que el que duda de la necesidad de intensificar la pena en caso de consumación “no podría ir muy lejos en la vida cotidiana”.⁴⁹ Aquí se dejará de lado la cuestión de que eso es sumamente dudoso, pues dependería de cómo fuesen las personas con las que uno trabara relación “en la vida cotidiana”.

Lo que de hecho sorprende es que JAKOBS haga residir la culpabilidad, de pronto, en la forma de reacción *de los demás miembros del cuerpo social*, pues esto también implicaría “confundir al autor entre los objetos del Derecho de cosas”,⁵⁰ y, en *una parte* de la reacción penal, es decir, en aquella medida que se basara en la “diferencia de resultados”, el autor del hecho consumado pasaría a ser “un *souffre-douleurs*”.⁵¹ Dicho de otro modo: lo que irrita aquí es la lesión al “principio de igualdad”, en tanto la “motivación defectuosa” pudiera ser *igual en dos* casos, siendo que sólo uno de sus autores produjera el resultado. Si la sociedad necesita realmente “vengarse más” en caso de consumación, esto será culpa *de ella*, de su falta de Ilustración, y no del autor.

5.3.

La razón decisiva de una intuición de justicia que rechaza la incriminación por “suerte moral” reside en que, a partir de cierto estado de cosas, o bien se produce la consumación o bien no se produce, sin que haya ningún ingrediente de libertad de voluntad al que pueda atribuirse *la diferencia*. Brevemente: si la imputación se circunscribe al disvalor de la acción, esto no ocurrirá por el hecho de que, durante el desarrollo de la acción, *no* acompañe a la tentativa también un “factor casual”, sino en razón de que, en la consumación, ya *no* acompaña a la producción del resultado un factor de “libertad de voluntad”. La falta de casualidad es (también) una casualidad.

6.

Verdad es que mi forma de argumentación conduce a que el ilícito no pueda estar constituido, propiamente, por *nada que sea externo*, lo cual vale tanto para el resultado posterior a la acción, como para el mismo movimiento corporal exitoso que constituyese el comienzo de la tentativa.⁵² En un

prototípico por injerencia, estará *obligado* a evitar el resultado, en la medida de lo posible. (Que la posición de JAKOBS y la mía quieran excluir la posibilidad de un desistimiento liberador de pena en tales casos no implica que el autor deje de tener un “deber de evitación” en sentido estricto, cuyo cumplimiento pudiera tomarse en cuenta a su favor como mera conducta posterior al hecho.)

⁴⁷ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, p. 54; allí puesto en forma de pregunta, luego respondida afirmativamente.

⁴⁸ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, p. 54.

⁴⁹ JAKOBS, *FS-Samson*, 2001, p. 54.

⁵⁰ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Parte I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, p. 331.

⁵¹ JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, p. 36.

⁵² SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, p. 18: “... al ilícito no podría integrarlo nada que vaya más allá de una decisión de voluntad. Esto tendría que dar un corte definitivo a la tensión entre

trabajo más reciente, JAKOBS critica mi punto de vista, sobre la base de que eso no podría ser “el caso en una sociedad liberal; pues las cosas internas no tienen allí, *per se*, una relación social”.⁵³

En esta crítica se anida un “malentendido”, que consiste en identificar el rechazo de que haga falta la traducción de la decisión (actuada) en un *éxito externo*, con la idea en sí acertada de que el fuero interno —es decir, aquello que *ya para el propio autor se mantiene en ese ámbito*— no pueda vulnerar el Derecho. Esto último es correcto, pero no implica que una lesión jurídica requiera necesariamente la traducción de la decisión de actuar *en algo externo*, cuando el autor ha “actuado” su decisión *hacia el exterior*, pero no ha logrado de hecho “ningún movimiento”. Supóngase que un comienzo de la tentativa pudiera coincidir, en un caso hipotético, con la tentativa acabada, p. ej., porque al autor sólo le toca participar con un acto instantáneo, tal como él acaba de leerlo en un *mail* —por el que fue instigado— haciendo “click” con el *mouse* de su computadora en un rectángulo que dice “aquí”, como consecuencia de lo cual “habría de estallar una bomba” (siendo que la “flecha del *mouse*” de su pantalla ya se hallara situada de antemano casualmente en ese rectángulo). El único acto a su cargo es “mover un dedo hacia abajo, mínimamente”, es decir, hacer “un *click*” (antes de eso, supóngaselo así, hay mera “preparación”, propia o de terceros). Este *programa* no es algo que, para el autor, vaya a “quedarse en su fuero interno”; *para nada lo es*. Pero bien podría ocurrir que, al querer hacer “click”, el autor quisiera imprimirle a su dedo la fuerza necesaria, “actuara, por así decirlo, esta decisión”, y, sin embargo, o bien el *mouse* no funcionase por quedar rígida su pestaña metálica o bien el dedo se hubiera “dormido o acalambrado”. Así y todo, de hecho, el autor ha dado su “orden mental” de “accionar *ya*”; sólo que el mínimo movimiento necesario para el hecho no ha tenido éxito. Aquí podrá ser ocasionalmente difícil de “demostrar en el proceso” esta “actuación de la decisión”, pero, en *la sustancia*, esto no cambia nada. Sólo cuando, según la representación del propio autor, su voluntad habrá de permanecer en “su fuero interno”, entonces nada de eso podrá ser asunto jurídico en un Estado de libertades.

Pero JAKOBS mismo no podría “escandalizarse” en absoluto ante la posibilidad de que un ilícito penal muy grave no exhiba “nada externo”. Pues él —y con razón— admite la punición de la tentativa de un delito de omisión,⁵⁴ en situación en que el “omitente” presuponga, p. ej., que el niño que está ahogándose es aquel mismo que él ha arrojado al agua sin querer o bien que es su hijo y no acude en su auxilio; podría ocurrir incluso que ni siquiera ese niño estuviera ahogándose, sino que esto *le pareciera* así al “omitente” por motivos completamente plausibles, es decir, por una “representación *razonable*”, y no “por burda insensatez” (p. ej., el niño en cuestión, que *no* está realmente en peligro, hace movimientos llamativos y aparentemente flota con dificultad, además de “pegar alaridos”). JAKOBS es el “paladín” de la “equivalencia entre comisión y omisión”.⁵⁵ Si en

disvalor de acción y disvalor de resultado. Pues el resultado exterior —al igual que el movimiento corporal exitoso— no puede asegurarlo el autor en el momento de motivarse; él puede motivarse siempre con tendencia a una meta determinada, que la meta sea alcanzada o no va más allá de su ‘defecto volitivo’, y, por tanto, tampoco puede tener un lugar en el concepto de ilícito”.

⁵³ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 69.

⁵⁴ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/1; allí abarca tanto el caso de una posición de garante “por organización” (deberes negativos) como el de una por “institución” (deberes positivos).

⁵⁵ JAKOBS, *Das strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., 1996, p. 35 y *pássim*; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 69; cfr. también LERMAN, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *GA*, 2008, pp. 78-91; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, 2012, p. 161, con nota 26.

la omisión puede haber un “quebrantamiento perfecto de la norma”, sin que haya *nada externo* (tentativa inidónea de omisión), ¿por qué tendría que haber algo externo en la comisión? En todo caso, el hecho de que comisión y omisión sean meras variantes “fenotípicas”⁵⁶ determina a la vez que lo esencial del ilícito no puede residir en el acontecer *externo*, sino en que, según la representación (razonable) del autor, él está quebrantando una norma, sea por comisión o por omisión.

A propósito, la equiparación entre comisión y omisión debería conducir en forma natural a quitarle relevancia al disvalor de resultado. Pues, en la omisión, la relación causal presupuesta para imputar el resultado, en todo caso, es *hipotética*, de modo que un delito impropio de omisión “consumado” se halla, en el mejor de los casos, en paralelo con una tentativa idónea de comisión. Si bien “el cadáver” es real, la relación causal entre la omisión de impedir la muerte y la producción de la muerte es una “hipótesis”, en sí no demostrable. Por tanto, si comisión y omisión pueden ser equivalentes es, precisamente, porque la demostración de un disvalor de resultado es no-constitutiva, y así como una omisión puede ser equivalente a una comisión, entonces una tentativa puede serlo respecto de una consumación.

7.

Por cierto, no pueden ser tratados aquí todos los argumentos esgrimidos en el contexto de una discusión que, como mínimo, parte de la Grecia antigua. Pero, para hacer más completo este breve panorama, quisiera ocuparme de otros dos argumentos:

7.1.

Por un lado, en un vibrante artículo, LÜDERSSEN⁵⁷ ha narrado sus propios vaivenes sobre este tema. En cierto punto esboza un temor que suele ser invocado por autores de América Latina. Si el hecho punible —dice él— se focaliza en la desobediencia a una norma estatal, y la producción del resultado se reduce a funciones de selección y del proceso penal, se llegaría a un sistema que se concentre en el disvalor de la acción tendente a la lesión del bien jurídico, y de ambas orientaciones habría que temer “por demasiada responsabilidad”, sería “más fácil renunciar a restricciones de la responsabilidad”, sobre todo cuando este sistema entrase en acción en estados totalitarios, que lo preferirían, naturalmente, a uno basado en lesiones externas de bienes jurídicos”.⁵⁸

Este argumento falla en casi todos sus presupuestos. En primer lugar, un Estado totalitario no tendría ningún problema en configurar cualquier acción que quisiera punir ya en la forma de “delito consumado”. En definitiva, el propio LÜDERSSEN acepta que si un hecho está consumado o no puede depender de la descripción más o menos exigente de la conducta en el tipo penal.⁵⁹ Por ende, ni siquiera haría falta, en lo fundamental, la punición de tentativas; ella es más bien propia de “Estados liberales”. En segundo lugar, ya todos los códigos vigentes de “Estados liberales”

⁵⁶ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 25.

⁵⁷ LÜDERSSEN, *FS-Herzberg*, 2008, pp. 109 ss.

⁵⁸ LÜDERSSEN, *FS-Herzberg*, 2008, p. 114.

⁵⁹ LÜDERSSEN, *FS-Herzberg*, 2008, p. 115.

conocen la punición de delitos de resultado recortado y de delitos de varios actos, los cuales, como se sabe, tienen respectivamente, ya como hechos formalmente consumados, la estructura material de una tentativa acabada y de una tentativa inacabada,⁶⁰ también los “delitos de emprendimiento” producen una conjunción entre tentativa y consumación, que no podría existir si esto fuese realmente propio de países totalitarios.

Por otra parte, desde el punto de vista fenomenológico es de resaltar que Gustav RADBRUCH,⁶¹ de cuyo espíritu humanista no se puede dudar, fundamentó la disminución meramente facultativa de la escala penal de la tentativa, en su Proyecto de 1922, sobre la base de “la realización del principio de culpabilidad”, mucho antes de que surgiera lo que LÜDERSEN denomina el “riguroso finalismo de (Armin) KAUFMANN y ZIELINSKI”.

En efecto, RADBRUCH decía: “Actualmente, así como en caso de los delitos que se agravan por el resultado también tiene el efecto de agravar la pena el resultado que no es imputable a la culpabilidad del autor, así también, por otro lado, tiene el efecto de atenuar la pena la ausencia del resultado que no es imputable a un mérito del autor. En cambio, en realización consecuente del principio de culpabilidad el proyecto equipara, en principio, la pena de la tentativa a la de la consumación. Si él, por su parte, admite aún la atenuación de la pena prevista hasta ahora, esto sucede en consideración a que la falta de resultado probablemente pueda haber sido también la consecuencia de un defecto de la decisión de voluntad de causar el resultado (§ 23, apdo. 2)”.⁶²

7.2.

En conexión con dicha crítica a la idea de LÜDERSEN, hay que agregar aún que cualquier argumentación de esa índole tendría sentido si la tentativa fuera impune sin más ni más, pero no si de todos modos es también punible. Pero si, no obstante, en países de tradición humanista la tentativa *es* punible, la tesis de la equiparación con la consumación de ningún modo prejuzga acerca de si esa equiparación resultaría aumentando la pena de la tentativa, disminuyendo la de la consumación o bien buscándose un marco penal intermedio. En países como Alemania, en que, en general, las escalas penales no son propiamente drásticas, no se produciría ningún escenario escandaloso por el tratamiento de la tentativa con la pena de la consumación – a excepción de los casos de “pena privativa de libertad perpetua”, que podría tener un resabio de *barbarie* –. Pero en países de América Latina, en que los marcos penales – como en la Argentina por ejemplo – son *muy severos*, en ocasiones desproporcionados entre sí y cruzados de agravantes de toda índole, una revisión de las escalas penales de los hechos consumados hacia *un punto menor* sería de desear, y allí mismo podría encontrarse con la escala penal de la tentativa. Quizá en todos los países podría producirse esta “reducción”.

⁶⁰ JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, nm. 8/89 s.

⁶¹ RADBRUCH, *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches* (1922), en *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. 9, 1992, pp. 47-160; § 23, p. 2: “La tentativa puede ser penada más benignamente que el hecho consumado (§ 72)”.

⁶² *Bemerkungen* [Observaciones]: VII. *Die Durchführung des Schuldprinzips* [La realización del principio de culpabilidad]. La crítica hecha así en el texto contra la concepción de LÜDERSEN les alcanza a todas las posiciones que pretenden sugerir (como, p. ej., SCHROEDER, *FS-Otto*, 2007, p. 172) una relación entre el nacional-socialismo y la equiparación entre el disvalor de la tentativa (acabada) y el delito consumado, pues de ningún modo se puede ver en un autor como RADBRUCH un “nacional-socialismo incipiente”.

Contra una propuesta de esa índole, Thomas VORMBAUM⁶³ me ha objetado que mi “optimista apreciación” de la posibilidad de una atenuación del Derecho penal tendría la contrapartida de una gran expansión, pues la tentativa sería punible siempre, y no sólo en casos de crímenes y delitos graves. Contra esto replico lo siguiente. En ciertos países –como en la Argentina– la tentativa es punible, *de lege lata*, cualquiera que sea el tipo penal de que se trate en su forma consumada (arts. 42-44 CParg.). En la práctica, sin embargo, raramente se llega a procesos penales por tentativa de “cualquier delito”. Pero, por otro lado, respecto de tentativas acabadas no se derivaría ninguna consecuencia contra-intuitiva por el hecho de que *todo delito* reconozca punición por tentativa. De hecho, es poco comprensible que en el Código Penal alemán una tentativa acabada de administración infiel (§ 266 StGB) sea *impune*, mientras que sí *es punible* una tentativa *inacabada* de estafa (§ 263 StGB).

Pero *sí* hay que conceder que, en casos poco graves, así como también en las contravenciones, incluso una tentativa acabada puede ser “pasada por alto”. En tales casos, el resultado cumplirá una función restrictiva de la punibilidad, como si el “principio de oportunidad” se entrometiera ya en la configuración de ciertos tipos penales de escasa gravedad. Dicho de otro modo: cuanto más grave es un hecho, es decir, cuanta mayor es la culpabilidad, menos razón hay para hacer depender su punibilidad de factores fortuitos.

8.

A modo de resumen, cerraré mi exposición dando un caso hipotético, inspirado en un ejemplo de Frank JACKSON,⁶⁴ propuesto por él en el ámbito de la “Teoría de la decisión”, que en su “aspecto prescriptivo” encierra en sí una “Teoría de las normas”.

Un médico recibe a su cuidado a un paciente que sufre una enfermedad relativamente grave y crónica. El médico dispone de tres medicamentos: *A*, *B* y *C*. Él sabe que el medicamento *A* reduciría sensiblemente la enfermedad, supóngase, al 50%. Sabe también que entre los medicamentos *B* y *C*, uno de ellos es completamente *curativo* de la enfermedad, mientras que la otra droga *mataría* a alguien que padeciera esa clase de enfermedad. Para hacer más verosímil el caso, supóngase que hay relativamente poco tiempo para tomar la decisión, y que las drogas han sido transportadas en una ambulancia de campaña, siendo que las etiquetas de identificación de *B* y *C* se han desprendido. En el lugar, no hay medios ni tiempo para hacer ningún análisis previo; pártase de la base también de que el paciente no está consciente y, por ello, no puede incidir en la decisión por medio de “su preferencia”. ¿Cómo debe actuar el médico?

Es sorprendente que la respuesta intuitiva a este caso –si uno lo expone ante públicos diferentes– es bastante uniforme: el médico debe suministrar aquella droga que, según el conocimiento de que

⁶³ VORMBAUM, «Das zwölfte Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte», *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, (12), 2011, pp. XXII ss. (XXIV).

⁶⁴ JACKSON, «Decision-Theoretic Consequentialism and the Nearest and Dearest Objection», *Ethics*, (101), 1991, pp. 461-482; cfr. también KIESEWETTER, «‘Ought’ and the Perspective of the Agent», *Journal of Ethics & Social Philosophy*, (5-3), 2011, pp. 1-24.

él dispone, reduciría la enfermedad a la mitad. Si razonáramos como los objetivistas que LÜDERSSEN describe en la narración de su vida universitaria (como, p. ej., Günther SPENDEL), el deber debería venir “proyectado desde el objeto hacia el autor”, es decir, que el médico “debería dar la droga que curase por completo la enfermedad”; de otro modo, habría “lesiones por omisión” u homicidio consumado. Es obvio que ésa sería la respuesta correcta, si hubiera alguna forma “de saber” si es B o bien C la droga que tiene la propiedad de curar. Pero así como, para los jueces penales, existe una regla de Derecho para resolver los casos de duda sobre la culpabilidad del acusado (*in dubio pro reo*), así también el Derecho contiene reglas para el caso de dudas en el autor sobre la posibilidad de afectar un objeto de bien jurídico. La regla de Derecho en el Código Penal alemán está dada por la definición de la tentativa y las reglas de imputación que definen cuándo hay dolo. Si, según la representación del autor, dar la droga B al igual que dar C implica para él una “posibilidad de matar” (estímese en el 50%), aun cuando también sepa que, si no se diera ese desenlace, se “curaría totalmente al paciente”, al médico le estará prohibido dar tanto el medicamento B como el C. Por ende, el “deber objetivo” surge, según sea la representación del autor al momento de actuar, y, por cierto, se traduce en el *deber* de dar la droga A.

Si el médico no se atiene a ese deber y da uno de los dos medicamentos “en duda”, p. ej., sorteando previamente con una moneda, y, *de hecho*, dando la droga C, “cura al paciente totalmente”, esto no lo exime de una punición por tentativa (objetivamente inidónea),⁶⁵ del mismo modo que no lo eximiría de la punición por homicidio (consumado), si el paciente muriese. Pero, ¿por qué debería ser diferente la reacción penal? ¿O acaso la sociedad tira “una moneda” para determinar el “daño a la vigencia de la norma”?

El caso-base está dado de tal forma que el médico no incurra a su vez en ninguna infracción al deber de información de la *lex artis*. Por cierto, se podrían ensayar variaciones, presuponiendo un comportamiento imprudente anterior, que determine un déficit de conocimiento imputable. Esto llevaría la discusión demasiado lejos, analizando la compleja relación entre un actuar en sí doloso con un trasfondo de imprudencia, que en definitiva habría podido librar al autor del “estado de duda”. Pero en esta exposición he querido limitarme al ámbito del delito doloso.

9. Bibliografía

ALEXANDER/FERZAN (2009), «Results don't matter», en ROBINSON/GARVEY/FERZAN (eds.), *Criminal Law Conversations*, Oxford University Press, Oxford, pp. 147 ss.

⁶⁵ No se debe considerar “idónea” o “peligrosa” por el simple hecho de que, de haberse dado la otra droga, se habría producido el resultado, pues esta sería una posibilidad de consumación (idoneidad) durante el *acto preparatorio*; una vez escogido el medicamento, el comienzo de la tentativa se da de modo *inidóneo* (o bien ya no será una tentativa fracasada, sino que habrá consumación). Tampoco hay que dejarse engañar por el hecho de que esto fuese una mera inidoneidad del “medio empleado”. Un caso similar se puede dar con inidoneidad *de objeto*, si, p. ej., una enfermera tiene delante de sí a dos pacientes en grave estado, y de pronto recibe la noticia de que uno de ellos ha fallecido, porque el monitor marca inactividad cerebral. Si ella quisiera “matar al otro”, pero no supiera cuál de los dos es el *ya fallecido* y dispone de una sola droga y escasos segundos para intentarlo, su decisión “al azar” por *uno* de ellos desembocaría también en una tentativa de objeto inidóneo o bien en una consumación.

BURKHARDT (1982), «Zur Abgrenzung von Versuch und Wahndelikt im Steuerstrafrecht, Zugleich Anm. zum Ur. Des KG vom 9.9.1981, *wistra*, 1982, 196», *wistra – Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, pp. 178 ss.

————— (1981), «Rechtsirrtum und Wahndelikt, Zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 15.10.1980, JZ 1981, 715», *JuristenZeitung*, pp. 681 ss.

DENCKER (1989), «Erfolg und Schuldidee, Zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht», en DORNSEIFER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia (entre otras), pp. 441 ss.

FEINBERG (2003), «Criminal Attempts – Equal Punishments for Failed Attempts», en EL MISMO, *Problems at the Roots of Law – Essays in Legal and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, pp. 77 ss.

FILANGIERI (1836), *Ciencia de la legislación* (ilustrada con comentarios de Benjamín CONSTANT), 3ª ed., t. 6, Librería Española de Lecointe, París.

————— (1833), *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, t. III, Parte II, Tip. e Lib. Elvetica, Capolago.

————— (1787), *System der Gesetzgebung* (versión alemana de Gottlieb Christian Carl LINK), t. 4, Haueisen, Anspach.

FRISCH (2015), «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 65 ss.

————— (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C. F. Müller, Heidelberg.

FRISTER (2015), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed., C. H. Beck, Múnich.

HERZBERG (2001), «Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 257 ss.

JACKSON (1991), «Decision-Theoretic Consequentialism and the Nearest and Dearest Objection», *Ethics*, (101), pp. 461 ss.

JAKOBS (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

————— (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn (entre otras).

————— (2001), «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», en SHIIBASHI (ed.), *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Seiji Saito*, Shinzansha, Tokio, pp. 43 ss.

- (2001), «Erfolgsunwert und Rationalität», en JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe, Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg (entre otras), pp. 43 ss.
- (1996), *Das strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2^a ed., Schäffer Paderborn, Düsseldorf.
- (1992), «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104), pp. 82 ss.
- (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.
- (1989), «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia (entre otras), pp. 271 ss.
- KANT (1797), *Die Metaphysik der Sitten*, Parte I, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1^a ed., 1797, Nicolovius, Königsberg.
- KIESEWETTER (2011), «'Ought' and the Perspective of the Agent», *Journal of Ethics & Social Philosophy*, (5-3), pp. 1 ss.
- KÖHLER (1982), *Die bewußte Fahrlässigkeit, Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg.
- LAFAVE/SCOTT (1972), *Handbook on criminal law*, West Publ., St. Paul (Minnesota).
- LERMAN (2008), «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 78 ss.
- LIPPMAN (2013), *Contemporary Criminal Law – Concepts, Cases, and Controversies*, 3^a ed., SAGE Publications, California.
- LÜDERSEN (2008), «Der „Erfolgsunwert“», en PUTZKE *et al.* (eds.), *Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 109 ss.
- MAIWALD (1987), «Die Bedeutung des Erfolgsunwerts im Unrecht, Der Einfluß der Verletztenposition auf eine dogmatische Kategorie», en SCHÖCH (eds.), *Wiedergutmachung und Strafrecht: Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, Fink, München, pp. 64 ss.
- MOORE (2009), *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals and Metaphysics*, Oxford University Press, Oxford.
- PAEFFGEN (1979), *Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97 b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.
- PAWLIK (2012), *Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübinga.

PLATÓN (1872), *Obras completas, Las leyes*, puestas en lengua castellana por primera vez por D. Patricio AZCÁRATE, Libro Noveno, Medina y Navarro, Madrid.

RADBRUCH (1922), *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922)*, en *Gustav Radbruch Gesamtausgabe*, t. 9, 1992, C. F. Müller, Múnich, pp. 47 ss.

ROXIN (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. F. Müller, Múnich.

————— (2003), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. II, *Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. F. Müller, Múnich.

SAMAHA (2013), *Criminal Law*, 11ª ed., Cengage Learning, Wadsworth.

SANCINETTI (2011), «Das Denken der Aufklärung und das sog. „Verletzungsprinzip“», (versión alemana de Thomas KLIEGEL), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, (12), pp. 267 ss.

————— (2007), «Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre», en PAWLIK *et al.* (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Colonia (entre otras), pp. 271 ss.

————— (1995), *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs* (versión alemana de Manuel CANCIO MELIÁ *et al.*), Carl Heymanns, Colonia (entre otras).

SCHROEDER (2007), «Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot», en DANNECKER *et al.* (eds.), *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns, Colonia (entre otras), pp. 165 ss.

STRATENWERTH (1975), «Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht», en GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Schwartz, Gotinga, pp. 177 ss.

————— (1963), «Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (79), pp. 233 ss.

————— (1958), «Schuld und Sühne», *Evangelische Theologie*, pp. 337 ss.

SVERDLIK (1988), «Crime and Moral Luck», *American Philosophical Quarterly*, (25-1), pp. 79 ss.

TIMPE (1983), *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Abs. 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín.

TITTMANN (1806), *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, t. 1, Hemmerde & Schwetschke, Halle.

VORMBAUM (2011), «Das zwölfte Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte», *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, (12), pp. IX ss.

WELZEL (1969), *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a ed, Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1937), comentario a la obra de Rudolf THIERFELDER: *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, (97), pp. 381 ss.

ZACZYK (2008), «„Hat er aber gemordet, so muß er sterben“ - Kant und das Strafrecht», en KUGELSTADT (ed.), *Kant-Lektionen. Zur Philosophie Kants und zu Aspekten ihrer Wirkungsgeschichte*, Königshausen & Neumann, Würzburg, pp. 241 ss.

————— (1989), *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZIELINSKI (1973), *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff - Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlín.