

Dolo de causar y causalidad putativa (*)

EBERHARD STRUENSEE

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Münster (Alemania)

1. El desbordamiento de la teoría subjetiva de la tentativa

A raíz de la ponencia presentada por Jakobs sobre «Criminalización en el ámbito previo a la lesión del bien jurídico» (1), en el Congreso de Profesores de Derecho penal celebrado en Francfort (1985) se ha lamentado vivamente (2) el estado de la dogmática de la tentativa. Se consideraban —y aún se consideran— chocantes las consecuencias que de la teoría subjetiva de la tentativa extraía el *Reichsgericht* (RG) (3) hace más de un siglo, debido a la influencia de uno de sus miembros, von Buri: la joven inexperta que por recibir un beso se cree ya encinta y se precipita a tomar un terrón de azúcar para abortar, estaría cometiendo, según esta doctrina, una tentativa de interrupción de embarazo (4).

Las aberraciones más serias radican en la figura de la tentativa supersticiosa o irreal, aun cuando al final todos la declaran impune, y en la tentativa burdamente insensata (*grob unverständlich*) (§ 23.3 del StGB), cuya punibilidad sólo parece haber quedado sellada legislativamente con la 2.^a Ley de reforma penal (5) (**). Bien es verdad

(*) Traducción del original alemán «Versursachungsvorsatz und Wahnkausalität», publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 102, 1990, pp. 20 y ss., por José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (Profesor Asociado en la Universidad de Extremadura, Cáceres).

(1) JAKOBS, ZStW 97, 1985, p. 751.

(2) Cfr. la aportación al debate HIRSCH, así como la réplica de JAKOBS en GROPP, Informe del Congreso, ZStW 97, 1985, pp. 921, 928.

(3) RGSt. 1, 439 (sentencia del Pleno de 24 de marzo de 1880); además, RGSt. I, 451.

(4) Cfr. RGSt. 34, 217.

(5) BGBI. I 1960, p. 717; en vigor desde 1975.

(**) El contenido de los §§ 22 y 23 del Código penal de la R. F. Alemana (StGB), en los que se regula la tentativa, es el siguiente:

§ 22. **Definición.** Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, da comienzo directamente a la realización del tipo.

que el RG no alcanzó a cumplir la profecía de Geyers («Con esta teoría vamos a llegar a una edición moderna de los procesos por brujería») (6), pero sólo a costa de una inconsecuencia en la tentativa supersticiosa (7), si se tiene en cuenta la concepción de la tentativa del RG.

Mientras que la teoría subjetiva de la tentativa se conforma con un concepto de idoneidad inmanente a la consciencia, las teorías objetivas exigen una idoneidad que trascienda de la consciencia, concibiendo la punición de la tentativa como «consumación acortada», es decir, como realización de una parte del tipo objetivo de tentativa. Hasta la fecha no han dejado de fracasar estas teorías por no alcanzar a definir con suficiente precisión los elementos objetivos del tipo independientes de la consciencia del autor, ni a explicar las fronteras de punibilidad que trazan. La mayor parte de la doctrina —tras más de medio siglo de resistencia— ha acabado capitulando asimismo ante la teoría subjetiva de la tentativa sustentada por el RG. En la postguerra han sido escasas las voces que se han alzado contra la teoría subjetiva aún dominante (8). Y, después de haberse impuesto en la ciencia penal las consideraciones de fondo de la doctrina final de la acción, bajo el nombre más fácilmente aceptable de «doctrina del injusto personal» (9), parece que falta cualquier fundamento para doctrinas objetivas.

Con todo, sigue existiendo un malestar muy extendido en relación con la supuesta ampliación de la punibilidad que conlleva la teoría subjetiva. Esto, sin embargo, no es más que el resultado de olvidar o descuidar los requisitos típicos —es decir, de validez conceptual general— que también los elementos subjetivos de la tentativa han de satisfacer: también para ellos rige el principio «nullum crimen sine lege» (10).

§ 23. **Punibilidad de la tentativa.** 1. La tentativa de un crimen (*Verbrechen*) es siempre punible; la de un delito (*Vergehen*) lo es sólo en los casos en que lo establece expresamente la ley.

2. La tentativa podrá castigarse con penalidad atenuada respecto a la del delito consumado (§ 49.1).

3. Si el autor, por burda falta de entendimiento, no ha sido consciente de que la tentativa de ningún modo podía llevar a la consumación, por la clase del objeto del hecho, o del medio con el que éste se cometería, el Tribunal podrá no imponer la pena o atenuarla según su criterio (§ 49.2).

(6) GEYER, ZStW 1 (1881), p. 36.

(7) Cfr. RGSt. 33, 321. Esta inconsecuencia la censura BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, t. 3, 1918, pp. 533 y ss.

(8) SPENDEL, ZStW 65 (1953), p. 519; el mismo, NJW 1965, 1881; el mismo, *Festschrift für Stock*, 1966, p. 89; JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 551, y especialmente páginas 563 y ss.

(9) Cfr., acerca de ello, los balances de HIRSCH, ZStW 93 (1981), p. 831 y ZStW 91 (1982), p. 239; LOOS, en: *Loos* (editor), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, página 86; *Paeffgen*, JR 1989, 38.

(10) Así ya GEYER, ZStW (1881), p. 52; cfr. también SPENDEL, NJW 1965, 1982; *Engisch*, *Festschrift für Heinitz*, 1972, pp. 192 y ss.

ello significa para el tipo subjetivo de la tentativa en relación con «la causalidad como elemento de los tipos penales» (11). Según entienden todas las teorías de la tentativa, los requisitos subjetivos de la tentativa equivalen a los requisitos subjetivos del delito consumado (12), razón por la cual ha de aclararse, para empezar, si es que la causalidad es objeto de referencia del tipo subjetivo, y en qué medida (infra 2). El traslado de los resultados obtenidos al tipo subjetivo conduce al fenómeno de lo que aquí se denomina «causalidad putativa» (infra 3). Basta una mirada a algunos intentos de delimitar la tentativa idónea de la tentativa inidónea para poner de manifiesto que la causalidad putativa no es una magnitud desconocida o lejana (infra 4). Sobre este trasfondo es posible juzgar con mayor precisión el contenido dispositivo del § 23.3 del StGB (infra 5). Para terminar, habrá que definir la labor —en la que hasta ahora no se ha reparado con claridad— ante la que la causalidad putativa coloca a todas las teorías de la tentativa.

2. La causalidad como elemento conceptual del tipo objetivo y del tipo subjetivo

a) *La relación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo en cuanto al contenido*

El tipo subjetivo (de entre cuyos componentes sólo interesará, en lo sucesivo, el aspecto cognoscitivo del dolo del hecho) consiste en la descripción conceptual de los elementos de la psique del autor, sin concebir al tipo subjetivo con independencia del tipo objetivo, sino entendiéndolo en una relación de dependencia lógica con éste: el contenido conceptual del tipo subjetivo está determinado por el contenido del tipo objetivo (13). El tipo subjetivo es «un concepto de referencia orientado al concepto de resultado, sin el cual sería un esquema descolorido y amorfo» (14).

(11) Título de una monografía de *Engisch* (1931), hasta hoy decisiva.

(12) BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.ª ed. 1985, pp. 474, 490; BOCKELMANN/WOLF, *Allg. Teil*, 4.ª ed., 1987, p. 207; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 18.ª ed. 1989, § 22 nota 1; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, t. 2, 7.ª ed., 1989, § 40 n.º marg. 4; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, *Allg. Strafrechtslehre*, 3.ª ed., 1988, p. 269; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 22 n.º marg. 2; SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, *Studienbuch*, 2.ª ed., 1984, 11/9; ESER, en: *Schönke/Schröder*, 23.ª ed., 1988, § 22 n.º marg. 3; STRATENWERTH, *Allg. Teil*, 3.ª ed., 1981, n.º marg. 660; VOGLER, en *LK*, 10.ª ed., 1985, § 22 n.º marg. 2, 13; WESSELS, *Allg. Teil*, 18.ª ed., 1988, p. 173. En representantes de la teoría objetiva de la tentativa, cfr. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.ª ed., 1930, p. 56; Rob. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 396; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, pp. 379 y s.

(13) Cfr. JAKOBS, *Allg. Teil*, 7/1.

(14) SPENDEL, *ZStW* 65 (1953), p. 534.

La Ley requiere en el § 16 del StGB que el conocimiento del autor abarque las circunstancias del hecho, y no, como se suele decir, los elementos del tipo, pues éstos pertenecen a la esfera de los conceptos (15). Por tanto, el dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo. La conexión del contenido del tipo objetivo y del tipo subjetivo puede caracterizarse diciendo que las circunstancias representadas como objetivas realizan los mismos conceptos típicos que las circunstancias existentes objetivamente. Por ejemplo, en el dolo de destruir un edificio (§ 305 del StGB), la casa que el sujeto se ha representado debe poder subsumirse en el mismo concepto de edificio que el objeto del hecho efectivamente existente. Al margen de la distinta «índole» de los objetivos relevantes —imaginados u objetivamente existentes—, la ley describe el contenido del tipo objetivo y el del tipo subjetivo con idénticos conceptos, en virtud de la remisión del § 16 del StGB.

b) *La causalidad como elemento del tipo objetivo*

A los elementos del tipo objetivo pertenece también la causalidad (16), allí donde la acción típica (movimiento corporal) —expresa o tácitamente— se describe objetivamente como causa de un determinado resultado o de una determinada situación. Se está de acuerdo en que la causalidad ha de concebirse como conexión conforme a una ley de la naturaleza. Por lo tanto, la conexión causal o natural, la cual comprende los elementos comunes no se puede deducir, en el caso concreto, directamente del suceso concreto, sino que ha de entenderse como muestra de una conexión conforme a ley (natural), que sólo puede comprobarse mediante la subsunción del caso concreto en una ley causal abstracta («teoría de la condición conforme a ley») (17).

A estos dos ámbitos —relación causal en el caso concreto («causalidad concreta») y ley causal («causalidad general») — se añade un tercer escalón, que realiza una ulterior abstracción y que a menudo no se pone de relieve: la legalidad causal o natural, la cual comprende

(15) Cfr. H. SCHUMANN, JZ 1989, 433 (con bibliografía en nota 60).

(16) BAUMANN/WEBER, Allg. Teil, p. 216; ENGISCH, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, p. 4; JESCHECK, en: LK, 10.^a ed., 1985, antes del § 13 n.º marg. 48; MAURACH/ZIPF, Allg. Teil, t. 1, 7.^a ed., 1987, § 18 n.º marg. 9.

(17) DREHER/TRÖNDLE (nota 12), antes del § 13 n.º marg. 16; ENGISCH (nota 16), pp. 20 y ss., especialmente 25 y ss.; HORN, Konkrete Gefährungsdelikte, 1973, página 123; JESCHECK, Allg. Teil, p. 254; ARMIN KAUFMANN, JZ 1971, 572; FELIX KAUFMANN, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929, p. 79; MAIWALD, Kausalität, p. 56 y s., 63, 70, 108; RUDOLPHI, SK StGB, antes del § 1 n.º marg. 41 y s.; SAMSON, Hypothetisch Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, pp. 30 y ss.; el mismo, Strafrecht I, 7.^a ed., 1988, pp. 13 y s.; SCHULZ, Festschrift für Lackner, 1987, pp. 39 y s., 42 y s.; SPENDEL, JZ 1973, 138.

los elementos comunes a todas las leyes causales, aludiendo por consiguiente al concepto de ley causal y no a una ley natural singular. De la legalidad natural se distingue, por otra parte, el principio causal (del que aquí no nos vamos a ocupar) que se refiere al ámbito de validez de la legalidad causal y que no reconoce más que modos de determinación conforme a ley natural (18).

De estos cuatro aspectos de la causalidad, sólo entran en consideración, como elementos del tipo, las leyes causales particulares o el concepto de ley causal. Según Armin Kaufmann, se trata de las leyes causales que cumplen el requisito de causación típica: «El elemento del tipo “causación” incluye la pluralidad de leyes causales, y con este elemento del tipo las leyes causales pasan a formar parte de la norma jurídica que contiene como elemento la causalidad... Estas leyes causales pertenecen también a la premisa superior, en la cual ha de subsumirse el hecho —elemento a elemento—» (19).

Esta tesis es objeto de debate. Horn afirma que «las leyes causales... [demuestran] la existencia del sustrato del concepto «legalidad natural» en el caso concreto o en grupos concretos de casos» (20). Por eso serían proposiciones de demostración, no elementos del tipo. Sin embargo, Horn, al hablar de proposiciones causales no alude a las leyes causales (21) —existentes, también según su concepción, con independencia de su conocimiento—, sino a la «ley casual conocida» (22), la ley causal ya demostrada. Este elemento del estar demostrado (o de la necesidad de demostración) se incluye en el concepto de ley causal en tan escasa medida como la demostración de la muerte cerebral en el concepto de resultado de muerte en los §§ 212 y ss. del StGB. Por eso mismo no se puede distinguir la antinomia (a la que se refiere Horn) con la postura de Armin Kaufmann (que también en el lugar que cita Horn habla de leyes causales) (23).

Por lo demás, el argumento de que la «necesidad de demostración» de las leyes causales es incompatible con el carácter de elemento del tipo (24) neutraliza la relevancia típica de la causalidad: si la

(18) Sobre ello, cfr. ENGISCH, *Vom Weltbild des Juristen*, 2.^a ed. 1965, pp. 110 y s.; MAIWALD, *Kausalität*, p. 10; WAIDER, *SchwZStr.* 93 (1977), p. 125.

(19) ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 574.

(20) HORN (nota 17), p. 128. De modo semejante, FINCKE, *Arzneimittelprüfung*, 1977, p. 76, remite las leyes causales al ámbito del Derecho procesal, porque únicamente afectarían a la cognoscibilidad de la vinculación, que sólo ocurre históricamente una vez, entre acción y resultado. Las breves consideraciones de FINCKE suscitan la apariencia de que es como si renunciase, en el concepto de causación, al elemento que expresa una regularidad (conforme a leyes, necesaria, probable, según la experiencia) de la relación. Pero si se abandonó este elemento en el concepto de causalidad, hay que preguntarse entonces de dónde se desprende su importancia para la cognoscibilidad de la causalidad.

(21) *Vid.* HORN (nota 17), p. 124.

(22) HORN (nota 17), p. 124; el subrayado es del original.

(23) HORN (nota 17), p. 128 nota 17.

(24) HORN (nota 17), p. 128; asimismo MAIWALD (nota 17), p. 108.

validez de cada elemento de la ley causal necesita de demostración, entonces debe también demostrarse que existan en absoluto leyes causales. Esto significa que también la totalidad de las leyes causales (que quedaría como posible elemento del tipo), la sujeción de la realidad a leyes (*Gesetzesartigkeit*), necesita de demostración. La causalidad no concurriría, pues, como elemento del tipo (25).

No hace falta profundizar aquí sobre la cuestión de en qué nivel de abstracción —ley causal o legalidad causal— ha de situarse el elemento típico «causación», pues el que se ascienda hasta la legalidad natural no aumenta ni disminuye el círculo de las leyes causales, que deben ser satisfechas por las concretas relaciones. Bien es cierto que al elevar el nivel de abstracción no se modifica paralelamente la cantidad de leyes causales relevantes para el tipo subjetivo; pero ello ha de analizarse con más detalle.

c) *La causalidad como objeto del tipo subjetivo*

En relación con el tipo subjetivo, ha de comprobarse, en primer lugar, en qué medida la relación de causalidad (causalidad concreta) es objeto del dolo y si el autor debe conocer todas las circunstancias que realizan la ley causal, o sólo algunas, o ninguna. Acerca de esta cuestión hay divergencia de opiniones, pero no se encuentra un debate concienzudo que las acompañe.

Partiendo del § 16, la representación del autor debe referirse a todas las circunstancias que realizan la ley causal que media entre la acción y el resultado. Como ningún sujeto actuante abarca nunca todos los factores eficaces, no existe un dolo de causar que satisfaga estas exigencias. Por eso desde siempre se ha reducido considerablemente la exigencia del dolo en relación con la causalidad. La opinión dominante se conforma con la vaga fórmula de que el autor debe conocer la relación causal en sus rasgos esenciales (26), basándose en la premisa (27), casi nunca formulada, de que las leyes causales proporcionan, para el dolo de causar, los elementos que realizan el tipo, aun cuando no todos los factores causales deban ser relevantes para el dolo.

Esta indeterminación de la doctrina dominante se evita entendiendo que es superflua toda sustantivación de cómo se haya representado la relación entre acción y resultado y que la consciencia del mero

(25) MAIWALD (nota 17), p. 108, señala que la comprobación de la relación causal por medio de leyes causales es «comprobación de una *estructura de la realidad*, a la que ciertamente se refiere la norma jurídica, pero de la que no forma parte». MAIWALD no explica con qué conceptos se «refiere» la norma jurídica a la estructura de la realidad inserta en las leyes causales.

(26) BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, pp. 393 y s.

(27) Sólo ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 574, la resalta expresamente.

hecho basta para una conexión en tal sentido (28). Esta amplia —si se compara con la doctrina dominante— reducción del contenido del dolo parece basarse en que no son las leyes casuales singulares, sino la legalidad causal abstracta, la que hace las veces de elemento del tipo. No obstante, de momento puede esto dejarse de lado. En todo caso, no es aceptable tal emprobrecimiento del contenido del dolo, pues quien quiera, de modo consecuente, quitar de la referencia del dolo toda pieza intermedia entre acción y resultado ya no puede plantearse siquiera toda una serie de problemas pertenecientes al repertorio de cualquier teoría del dolo, cuanto menos resolverlos:

1. Los casos de desvío del curso causal real con respecto al proyectado sólo plantean problema si la representación de los eslabones intermedios entre acción y resultado es relevante para el tipo. De otro modo, por muy desviado, tortuoso o extraviado que sea el curso causal, tanto como pueda imaginarlo la fantasía más desbordada, siempre concurrirá un dolo suficientemente congruente.

Para poder, a pesar de todo, negar la consumación en casos de cursos causales extraños o inadecuados, sólo queda entonces la salida de considerar no realizado el tipo objetivo. Esta es la vía elegida por la doctrina de la atribución objetiva, no imputando al tipo objetivo los cursos causales de determinadas características. Pero como los cursos causales extraños e inadecuados se convierten (29) en adecuados y, por tanto, en «objetivamente» imputables en caso de «conocimiento especial» adicional, se pone de manifiesto que el problema sustancial del conocimiento del curso causal no puede eliminarse reduciendo el contenido del dolo. Lo único que se hace es trasladar el problema de la atribución objetiva, la cual parece mitigar, al menos por medio de un sustituto, la nostalgia de un injusto objetivo, que ha perdido su pureza (o inculpabilidad: «Un-Schuld») desde el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto. Dicho sea de paso: una atribución objetiva que desliga el curso causal real del objeto de referencia del dolo, y que sin embargo sitúa en él exigencias específicas, convierte estas especificaciones en condiciones objetivas de punibilidad.

2. Según la doctrina dominante, también la producción del resultado antes de la terminación de la tentativa, prematuramente con respecto al plan, es sólo uno de los casos de desviación causal (y de este modo un candidato para la atribución objetiva). Esta concepción no tiene en cuenta el requisito mínimo constituido por el representarse una mera relación de causación entre la acción y el resultado, pues en el estadio de la tentativa inacabada el autor obra, por definición, sin la consciencia de la causación suficiente. Aquí, reducir o eliminar el conocimiento del curso causal favorece la manipulación de las exigencias del tipo subjetivo y culmina en la punición por delito consu-

(28) Así, p. ej., ROXIN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 239.
(29) Cfr. STRUENSEE, *JZ* 1987, pp. 53 y s., 58 y s., con remisiones bibliográficas.

mado a pesar de la falta de la correspondiente consciencia de la causalidad.

3. La cuestión de los límites del dolo (*dolus eventualis*) no puede abordarse en absoluto sin referencia a representaciones detalladas de la relación causal. Desde luego, ello es así cuando no se parte de la tesis (cada vez más frágil) de la identidad del contenido de las representaciones en el dolo eventual y en la imprudencia consciente.

Si se exige para apreciar dolo algo más que la consciencia de la «mera» o «alejada» posibilidad de producción del resultado, como por ejemplo la aceptación de una posibilidad sería, de una determinada probabilidad, de tomar en serio el peligro, de un peligro concreto, de un riesgo (no permitido) incrementado, o algo por el estilo, entonces se está uno desde luego ateniendo, sin percatarse de ello claramente, a determinadas representaciones cualificadas de la cadena causal, pues las medidas de un grado de probabilidad consciente, de tomar en serio la posibilidad del resultado, etc., no son graduaciones elegibles a voluntad por el sujeto actuante (30), sino el producto de una posibilidad de que ocurra el resultado, deducida de un conocimiento de determinado ámbito de circunstancias que realizan la ley causal (31).

4. La intención de enviar a la muerte al tío (de quien se espera heredar) aconsejándole un paseo en plena tormenta, o un viaje en ferrocarril, o en avión, según la doctrina dominante, no conduce a apreciar un delito doloso (consumado o intentado) de homicidio. Negar la atribución objetiva (si se produce el resultado) no basta para descartar también la punición por tentativa. Esta meta sólo se alcanza si se considera que el dolo debe extenderse a un curso causal objetivamente imputable (32), es decir, si la configuración del curso causal imaginado no se entiende irrelevante.

Ello se pone de manifiesto claramente en Puppe quien, aunque por una parte polemiza contra el elemento (que se queda en expresiones vagas y genéricas) de una cierta congruencia entre el dolo y la relación causal objetiva (33), sin embargo, por otra parte, señala que «también el curso causal que el autor imagina debe presentar un mínimo de probabilidad o verosimilitud, es decir, que no puede ser asimismo extraño o imposible» (34). Ahora bien, si se destierra del § 16 del StGB la congruencia entre la consciencia y las concretas circunstancias objetivas del hecho, también pierde su fundamento la exigencia de un mínimo de representación del proceso causal.

5. Tras estas consideraciones, aún hace falta una breve referencia a que la tentativa supersticiosa o irreal y la burdamente insensata

(30) Cfr. JAKOBS, Allg. Teil, 8/25; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 2.^a ed., 1975, 10/94.

(31) Cfr. STRUENSEE, JZ 1987, 60 nota 89; SCHUMANN, JZ 1989, 427, 431 y ss.

(32) Así, p. ej., JAKOBS, Allg. Teil, 8/44, 67.

(33) PUPPE, GA 1981, 14 y ss.

(34) PUPPE, GA 1981, 16; de modo semejante, RUDOLPHI, SK StGB, § 16 n.º marg. 31 *in fine*, con remisiones bibliográficas; WOLTER, ZStW 89 (1977), pp. 673 y s.

(*grob unverständig*), no pueden caracterizarse como tales, ni distinguirse de las tentativas más sensatas, si se le sustraen al dolo las representaciones del curso causal. El mero hecho de una causalidad representada no permite ninguna calificación más precisa del contenido de la relación eficaz pretendida por el sujeto actuante.

La precedente enumeración de cuestiones sustanciales prueba a satisfacción que del objeto del dolo no se pueden recortar arbitrariamente eslabones situados entre la acción (movimiento corporal) y el resultado, sin renunciar al mismo tiempo a conocimientos esenciales o principios de solución propios de las doctrinas del dolo y de la consumación. Así pues, el curso causal se revela como un elemento imprescindible del objeto del dolo, por precario que sea el problema de la concreción y sustantivación necesarias del contenido de conciencia.

3. La «relación causal», objeto del dolo en la tentativa

a) *El objeto del dolo según el § 22 del StGB*

Para la doctrina dominante, como ya se ha dicho, el tipo subjetivo de la tentativa coincide con el de la consumación, y ello rige en todo caso para la definición de la tentativa contenida en el § 22 del StGB. Según este precepto, para apreciar el tipo subjetivo hay que atender a la «representación del hecho», de acuerdo con lo cual la representación debe tener por objeto un «hecho», y «hecho» es, según al § 11.1 n.º 5 del StGB, «sólo aquel que realiza el tipo de una ley penal». Consecuentemente, también el autor de la tentativa debe proponerse un hecho que realice el tipo objetivo de una ley penal. De este modo se establece el enlace del tipo subjetivo de la tentativa con el tipo objetivo de la consumación, por medio del § 22, al igual que el § 16 lo hace en relación con el tipo subjetivo del delito consumado. Esto mismo se ponía de manifiesto más claramente en la anterior redacción del concepto de tentativa, en la cual se describía el tipo subjetivo como «decisión de llevar a cabo un crimen o delito» (§ 43 del StGB, redacción antigua), y de cuyo contenido no diverge la versión moderna del § 22 del StGB, según la opinión general (35). El que, por el contrario, la tentativa penalizada en el § 23.3. del StGB satisfaga las referidas exigencias subjetivas, y en qué medida, sólo se puede calibrar si se ha delimitado el alcance de un dolo de causar al que corresponde idéntico contenido tanto en la consumación como en la tentativa (36).

(35) Cfr. ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 13.

(36) Esta problemática es distinta a la cuestión de si el proceso psíquico que subyace a la tentativa inacabada realiza el tipo objetivo en la misma medida cuantitativa que en la tentativa acabada y en la consumación; de esta cuestión me he ocupado en: CPCr 1989, pp. 405 y ss.

b) *La delimitación de las acciones putativamente idóneas*

El ajuste estricto del tipo subjetivo de la tentativa a los datos conceptuales del tipo objetivo —que le preceden— también en relación con el elemento típico de la causación, tiene consecuencias de gran trascendencia. Las leyes causales válidas trazan la frontera exterior de aquellas circunstancias fácticas que pueden ser objeto de un dolo de causar:

Las embarazadas —real o supuestamente— que, lamentando estarlo, toman azúcar, té o píldoras amargas para poner fin a su embarazo, obran sin dolo de una causación objetivamente típica. Otro tanto es aplicable a los casos de maldiciones, hechizos y similares. Tampoco cumple el tipo subjetivo aquel que da de comer champiñones de lata a un niño pequeño creyendo poder envenenarlo (37). Ni obra típicamente quien quiere matar a la víctima con una dosis determinada de arsénico, sin saber que haría falta doblar la dosis para que resultara mortal. El supuesto del «rey de los gatos» (38) pone de manifiesto que también existe una problemática paralela en los casos de suposición errónea de los presupuestos de una causa de justificación. Todos estos autores basan su expectativa del resultado en

(37) Ejemplo de JAKOBS. Allg. Teil, 8/67.

(38) BGHSt. 35, 347. El Tribunal Supremo Federal (BGH), así como SCHAFFSTEIN, NSiZ 1989, 153, 154 y KUPER, JZ 1989, 617, 621 y ss., al comentar la sentencia, no se han percatado del problema del «peligro putativo», sobre el que llama la atención por primera vez H. SCHUMANN, NSiZ 1990, 439.

(N. del T.:) En el supuesto de la jurisprudencia alemana llamado del «rey de los gatos», dos de los acusados (un hombre, P, y una mujer, H), mediante todo género de pintorescas manipulaciones, hicieron creer a un tercero (R, agente de policía, enamorado de H, de carácter fácilmente sugestionable y capacidad crítica limitada) en la existencia del «rey de los gatos», especie de demonio, encarnación del mal, que amenazaba la propia existencia de la humanidad. Una vez convencido R de que estaba predestinado para luchar contra él, debió pasar pruebas de valor, bautizarse por el rito católico y jurar fidelidad eterna a su amada. Pero lo que al principio P y H tramaron como mero pasatiempo se convirtió después en una tragedia sangrienta, ya que H, presa del odio y de los celos, concibió el propósito de servirse de la superstición de R para matar a N, mujer de un antiguo novio suyo. H, en connivencia con P, persuadió a R de que el «rey de los gatos», a causa de una falta cometida por su «antagonista» R, exigía un sacrificio humano en la persona de N; si éste no se ejecutaba en seguida, esa especie de demonio mataría a la humanidad entera o al menos a millones de personas. Al objetar R la prohibición de matar del quinto mandamiento, H y P le replicaron que éste no regía para él, porque se trataba de un mandato divino de salvar a la humanidad, obteniendo de él juramento de que llevaría a cabo el sacrificio, so pena de eterna condenación. P entregó a R un cuchillo de explorador e instrucciones precisas de cómo ejecutar el sacrificio para que fuese efectivo. Conforme al plan, R penetró en la floristería de N so pretexto de comprar rosas, apuñalándola repetidamente en un momento de descuido e indefensión. Al acudir gente a los gritos de socorro de la víctima, R suspendió la ejecución, dado que se le había hecho creer que debía realizar su «misión» sin ser reconocido por nadie. Al huir, R contaba con que las heridas ya infligidas eran suficientes para determinar la muerte, que sin embargo no se produjo. El BGH confirmó la condena de primera instancia por tentativa de asesinato.

reglas causales que sólo existen en su imaginación, pero no en la realidad.

Por el contrario, quien intenta disparar a la víctima que supone viva, pero que en realidad está muerta, o quien suministra a su víctima polvos que ha confundido con arsénico en una dosis que habría sido letal, se está basando en leyes causales válidas, ya que se representa —si bien erróneamente— circunstancias con cuya concurrencia se habrían realizado estas leyes.

La serie de ejemplos podría prolongarse a voluntad, pero baste para aclarar el punto decisivo: ya la sola subsunción de la realidad imaginada en los conceptos del tipo, entre los que se cuentan las leyes causales, divide las acciones que se consideraron subjetivamente idóneas en dos grupos distintos, separando los actos que según su intención son idénticos al tipo subjetivo del delito consumado, de aquellos que se ejecutan persiguiendo llevar a cabo una relación causal no típica.

Estas dos intenciones de obrar idóneamente, distintas en cuanto a su tipicidad, también han de separarse terminológicamente. Resulta aconsejable designar como «causalidad putativa» —en conexión con el ensanchamiento erróneo de la norma subyacente al tipo— a la ampliación errónea del ámbito de validez de las leyes causales. En puridad no debería hablarse de «dolo» ni de «tentativa» en los casos de causalidad putativa. No obstante, se mantendrán esas denominaciones en lo sucesivo porque ya han arraigado en el ámbito de la causalidad putativa, pero dando a conocer las peculiaridades sustanciales mediante un añadido terminológico. El propósito de contenido idéntico al dolo de consumación (el dolo de causar) fundamenta una tentativa «realmente idónea» o «nomológicamente idónea», de la que ha de distinguirse la tentativa «putativamente idónea» o «homológicamente inidónea».

La distinción acabada de elaborar se basa, sin embargo, en una premisa hasta ahora no segura, la de que el elemento típico de la causación debe llenarse de contenido mediante leyes causales válidas. La cuestión que aún queda por decidir es si resulta algo distinto cuando la legalidad causal, que está en un ulterior grado de abstracción, hace las veces de elemento del tipo.

Sin embargo, el concepto de orden superior «legalidad natural» no amplía ni el ámbito de los concretos factores causales posibles, desencadenantes de los concretos resultados posibles, ni el numerus clausus inmutable de leyes naturales (39). Por tanto, tampoco se ve incrementado el círculo de los posibles objetos del dolo.

Ciertamente, la doctrina dominante, al menos de modo implícito, parte de lo contrario, pero es que entonces debería denominar concre-

(39) Acerca de esto último cfr. POPPER, *Logik der Forschung*, 8.ª ed. 1984, página 200; HANS ALBERT, *Kritik der reinen Erkenntnislehre*, 1987, p. 104; ARMIN KAUFMANN, *JZ* 1971, 575.

tas circunstancias del hecho —y no elementos del tipo— a las leyes causales singulares (40). Esto permitiría no sólo, por ejemplo, afirmar forzosamente el dolo de abortar cuando la embarazada toma terrones de azúcar para matar al feto, sino que forzaría a la deducción de que tomar terrones de azúcar a fin de abortar pertenece a la clase de leyes causales presupuestas por el tipo objetivo. Tal deducción se impone especialmente si se recurre a determinadas fórmulas que la jurisprudencia ha empleado a veces en la delimitación entre tentativa y delito putativo. Así, habrá tentativa si el sujeto actuante quiso realizar un hecho «que, suponiendo que su representación fuese correcta, correspondía al tipo objetivo de un hecho punible» (41). Si se da por supuesta la eficacia abortiva de los terrones de azúcar, admitir el dolo carece al parecer de dificultades. Sin embargo, el aceptar como verdaderas las suposiciones nomológicas erróneas conduce a un mundo estructurado de otro modo; lo que comporta una ampliación de la punibilidad por tentativa, a la que no puede cerrársele el paso desde este punto de partida metodológico —relevancia de las fantasías nomológicas individuales— y que puede llegar a lo grotesco.

Estas consecuencias absurdas ponen de manifiesto que ya es equivocada la premisa subyacente de que las representaciones nomológicas erróneas se pueden subsumir en el concepto típico de legalidad causal. Por eso, no puede ser tampoco lo decisivo el preguntarse si en las representaciones nomológicas erróneas se trata de una «interpretación del mundo que haya que tomar en serio» (42), sino sólo si éstas corresponden al mundo que el tipo objetivo presupone.

La «legalidad causal», como elemento del tipo, en lugar de las leyes causales, no amplía el ámbito de aplicación del tipo subjetivo, en la misma medida en que no amplía el del tipo objetivo. La distinción sustancial entre acciones realmente idóneas y putativamente idóneas, que ha deducirse del tipo objetivo, sigue siendo insoslayable si se parte de la premisa de que consumación y tentativa tienen un mismo tipo subjetivo.

El que se depure de este modo al dolo de causar de la causalidad putativa no conduce de por sí al resultado de que haya que eliminar todo el ámbito de la tentativa nomológicamente inidónea de la punibilidad; pero sí pone de relieve, como ya ha de señalarse, anticipando ulteriores consideraciones, la independencia de la cuestión político-criminal representada por el fundamento y límites del merecimiento de la pena del actuar putativamente idóneo.

(40) Acerca de la diferencia lógica entre elemento y circunstancia, *vid.* nota 15.

(41) RGSt. 55, 138; 316, 318.

(42) Este criterio es seguido por JAKOBS, Allg. Teil, 25/22.

4. Los planteamientos formulados hasta la fecha para distinguir las acciones putativamente idóneas de la tentativa punible

Las consideraciones siguientes están dirigidas a resaltar que no se ha descubierto aquí la categoría de la causalidad putativa, sino que sólo se ha profundizado en su descubrimiento. Además, se ha de exponer que ésta reside en la coherencia de diversos esfuerzos por limitar la punibilidad. Estas justificaciones le quitan a la distinción entre dolo de causar y causalidad putativa la primera impresión de peculiaridad y extrañeza, facilitando así quizá que se reconozca (lo que hasta ahora no ha sucedido) esta diferencia estructural que radica en el tipo legal.

a) *La tentativa nomológicamente inidónea*

Durante mucho tiempo se ha luchado por evidenciar la impunidad de la tentativa con medios absolutamente —es decir, in abstracto— inidóneos, frente a la punibilidad de la tentativa con medios relativamente —es decir, in concreto— inidóneos (meramente «insuficientes» o «ineficaces») (43). Aun cuando a estos esfuerzos no les fue dado alcanzar el éxito (44), sin embargo han producido argumentos e ideas de interés y, ya antes de que se generalizara la teoría de la equivalencia, se han ocupado del error nomológico.

En su «Sistema del Derecho penal alemán», Köstlin se suma a las doctrinas, sustentadas en este contexto, de que para apreciar el «hecho malo» se requiere que «sea apropiado, si no según su índole real, sí al menos según la que se le supuso, para producir el efecto exterior pretendido, como consecuencia de las leyes naturales». Si, por el contrario, alguien «concibe el propósito de cometer un delito utilizando un medio que ciertamente él mismo considera idóneo, pero que es absolutamente inidóneo, según las leyes generales del pensamiento y de la experiencia cotidiana, para producir eso mismo... entonces no hay más que una intención inmoral, pero no delictiva... Bien es verdad que éste cree también firmemente en la idoneidad del medio empleado, pero su delirio [*Irrwahn*] lo equipara a quien comete delito putativo» (45). En términos similares se expresaron, por ejemplo, von Bar (46), Finger (47), Graf zu Dohna (48) y otros (49). M.E.

(43) Acerca del desarrollo de esta cuestión, cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil*, t. 2, 6.ª ed. 1984, § 41/76; MEZGER, *Strafrecht*, 3.ª ed., 1949, pp. 388, 392.

(44) Esto ya lo hace constar zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910 p. 56.

(45) KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, 1855, pp. 228 y s.

(46) VON BAR, *Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme im Verbrechen*, 1859, página 19.

(47) FINGER, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, pp. 301 y ss.; el mismo, *Festschrift für Binding*, t. 1, 1911, pp. 288 y ss.

(48) GRAF zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910, pp. 58 y s., 60.

(49) Cfr. la bibliografía en GERMANN, *Ueber den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, 1914, pp. 43 y ss.

Mayer (50) habla de la «inidoneidad conceptual» del medio, pero a pesar de ello no llega a dar el paso hasta el concepto típico de la causalidad (51). Köhler (52) escribe con precisión y de modo consecuente en su ulterior desarrollo: «En la cuestión de si el autor quiere algo delictivo, o no, no se tiene en cuenta la causalidad natural por él imaginada, sino sólo la real; no se entra a examinar si lo ocurrido debería haber conducido al resultado según la concepción del autor sobre el desenvolvimiento de las fuerzas naturales o espirituales, sino sólo si se habría producido el resultado según la causalidad natural real; una voluntad como la dirigida a desencadenar fuerzas naturales o espirituales imaginarias no puede ser penalmente relevante». También Frank, partiendo de la «necesidad de interpretación subjetiva de la prohibición», se suma a esta postura, haciendo que un observador objetivo lleve a cabo la comprobación: «¿Habría sido posible el resultado si la situación objetiva se hubiese correspondido con la representación del autor en el instante de la acción?», pues «Están prohibidas sólo las acciones de causalidad posible; ... el Estado no tiene interés en que no se lleguen a producir las acciones de causalidad imposible» (53).

Estas reflexiones no dejan nada que desear en cuanto a claridad. Germann reconoce que así se establece un «criterio sutil conceptualmente» (54), pero critica que se trata de un criterio de delimitación «muy arbitrario e intrascendente» (55). Esta crítica se refiere a un defecto, aún por superar, tanto de la fundamentación dogmática como de la político-criminal.

La impresión de arbitrariedad dogmática se basa en que antes, ni estaban aclarados el concepto y los requisitos del tipo legal, ni el concepto de causalidad como elemento legal del tipo había alcanzado suficiente precisión, de modo que tales posiciones carecían de fundamento. Ello se pone asimismo de manifiesto en la caracterización, equívoca y carente de recursos, de esta concepción, que se ha deno-

(50) N. E. MAYER. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1923, pp. 354 y s.

(51) Cfr. las ejemplificaciones en M. E. MAYER (nota 50), pp. 359 y s.

(52) KOHLER. *Studien aus dem Strafrecht*, 1890, pp. 11 y s., cfr. también páginas 25 y s.

(53) FRANK. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931, p. 90.

(54) GERMANN (nota 49), p. 46. La posibilidad de distinguir error nomológico de error ontológico ha sido cuestionada, efectivamente, en varias ocasiones, y del modo más radical por von GEMMINGEN, *die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, 1932, pp. 121 y ss. Ahora bien, si, en relación con la realidad objetiva, se puede distinguir entre hechos singulares y leyes causales, a las que están sujetos, entonces ello rige también para un acto de consciencia que está dirigido a una relación causal. Que en el contenido de la consciencia los hechos y las reglas se entrelazan fácticamente, casi siempre irreflexivamente, no implica que sea imposible separarlos analíticamente.

(55) GERMANN (nota 49), p. 46.

minado «teoría subjetivo-objetiva de la tentativa» (56), porque la base del juicio consta de circunstancias representadas —es decir, de material subjetivo— que se subsumen en los conceptos con validez objetiva general de la causalidad y de las reglas de experiencia. Pero esta terminología sugiere una forma mixta, en la que la antinomia entre lo subjetivo y lo objetivo se refiere al mismo ámbito de objetos —por ejemplo, víctima del hecho existente objetivamente o meramente imaginada—, mientras que, en realidad, por una parte se alude a la representación de hechos y, por otra, a la aplicación de reglas causales objetivamente válidas a circunstancias imaginadas. Este modo de proceder no es ni más ni menos «subjetivo-objetivo» que la subsumición del contenido de la representación en cualquier otro elemento conceptual con el que se debe corresponder el hecho representado, si se quiere que cumpla los requisitos de un dolo del «hecho».

La objeción de la arbitrariedad político-criminal afecta a un problema de fondo común a todas las teorías de la tentativa, que son aspectos de idoneidad, al mismo tiempo trazan el límite de la punibilidad. De este modo se comprometen con una fundamentación monista de la pena. Por esta razón está desde el principio vedada para ellas la idea de que, bajo el sentimiento jurídico más o menos claro de que determinadas acciones sin consecuencias merecen punición, se pueden esconder fundamentos de la pena de distinto alcance (57). Sobre ello se volverá a tratar infra con más detalle.

b) *La tentativa supersticiosa*

Según la doctrina dominante, la tentativa supersticiosa no está conminada con pena. Aún hoy es sugestiva la fundamentación con la que el R.G. negó la punición de la acusada que quería deshacerse de su marido por medio de mujeres entendidas en la materia «con ayuda del diablo o por medios parapsicológicos» (58):

«El conjuro tenía, pues, por objeto emprender actos que debían hacer entrar en acción a fuerzas inmateriales, a fin de desplegar ciertos efectos psíquicos. Se puede pasar por alto la cuestión de si ello es acaso posible, ya que en todo caso la existencia de las fuerzas aquí debatidas no es demostrable, sino que éstas son meramente susceptibles de creencia o de credulidad, de imaginación o de ilusión; en tanto que no están basadas en el conocimiento científico o en la

(56) BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1988, pp. 315 y ss.; GERMANN (nota 49), pp. 40 y ss.; desde P. MERKEL, *Grundriss des Strafrechts*, 1927, p. 160, se hablaba de «teoría del plan»; así, p. ej., von GEMMINGEN (nota 54), p. 132 nota 80.

(57) Cfr., sin embargo, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 88 con remisiones bibliográficas en nota 128.

(58) RGSt. 33, 321 (sentencia de 21 de junio de 1900).

experiencia cotidiana, el juez no puede reconocerles como fuente de efectos reales... y caen fuera del círculo de los procesos causales» (59).

Si se generalizan las exigencias, aquí establecidas, para el dolo del hecho, la tentativa presupone que deben emplearse fuerzas consideradas «en el conocimiento científico o en la experiencia cotidiana... como fuente de efectos reales». Evidentemente, el RG no extrae esta conclusión, que habría puesto de manifiesto la contradicción con la punición de la tentativa inidónea sustancialmente amplia.

Manifestaciones semejantes sobre la delimitación de la tentativa supersticiosa ha seguido habiéndolas hasta la doctrina actual. Señala Lackner (60): «Bajo el nombre de tentativa inidónea no se incluye la llamada tentativa irreal, en la cual el autor se basa en la eficacia de fuerzas mágicas inexistentes (o, en cualquier caso, según el estado del conocimiento científico, no demostrables)», según lo cual, para apreciar tentativa punible habría que exigir que el autor haya recurrido a fuerzas cuya existencia la asegura el estado actual del conocimiento científico, de modo que la causalidad putativa habría que eliminarla por completo del concepto de tentativa. Igualmente Rudolphi (61) observa que la tentativa irreal no representa una verdadera tentativa, porque «el autor espera de fuerzas en realidad inexistentes la realización del resultado típico del injusto». «Por el contrario, hay tentativa inidónea cuando el autor supone erróneamente fuerzas reales y quiere realizar el tipo con su ayuda, por ejemplo, cuando atribuye al jugo de frambuesa eficacia abortiva» (62). De acuerdo con las premisas de las que se deduce la impunidad de la tentativa irreal, el jugo de frambueas tiene, según los conocimientos científicos, tan poca eficacia abortiva como un ejemplar del «Séptimo Libro de Moisés», y las fuerzas supuestas erróneamente en ninguno de ambos casos son «reales».

Estas pocas pruebas corroboran lo siguiente: la circunstancia de que el sujeto supersticioso quiera utilizar fuerzas, influjos, conexiones o fenómenos no existentes en la realidad, no demostrados científicamente, y que según la experiencia no ocurren, es, ciertamente, un argumento convincente de su impunidad. Pero la lógica de este argumento trasciende mucho más allá de la tentativa supersticiosa o irreal, abarcando a toda causalidad putativa.

Anticipándose quizá a esta objeción, Jakobs (63) limita la tipicidad al empleo de «medios natural-causales o representados como natural-causales». Lo que aquí se quiere hacer pasar por limitación, en realidad es una enorme ampliación de los límites del objeto de

(59) RGSt. 33, 322 y s.

(60) LACKNER, StGB, 18.^a ed., 1989, § 22 nota 2 b) cc).

(61) RUDOLPHI, en: SK StGB, § 22 n.º marg. 35.

(62) RUDOLPHI, en: SK StGB, § 23 n.º marg. 8.

(63) JAKOBS, Allg. Teil, 25/22.

referencia del dolo (el tipo objetivo), pues en el tipo objetivo no aparecen «medios representados como natural-causales». Por tanto sólo puede tratarse de elementos del tipo subjetivo, que trascienden la congruencia conceptual entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo y que amplían la punibilidad por tentativa. Con estos elementos se suplantata, sin más, el ordenamiento jurídico por la cosmovisión del sujeto actuante en lo que sólo él considera como eficaz naturalmente, o realmente, o según leyes causales, convirtiéndolo en baremo vinculante de su punición.

Ahora bien, se aludirá a que, en contraposición a las energías sobrenaturales, las fuerzas representadas como natural-causales son aquellas cuya clase sí existe, con la salvedad de que el agente les atribuye virtualidad (en abstracto o a dosis insuficientes) que no les corresponden.

Pero la vinculación del dolo a tales circunstancias y fuerzas pertenecientes a un género sí existente carece de cualquier fundamento en relación con las dos direcciones de delimitación pensadas para ella —exclusión de la tentativa supersticiosa, inclusión de la burdamente insensata—, pues resulta inconsecuente exigir para el dolo, ciertamente, la representación de medios y fuerzas de existencia asegurada por la ciencia y por la experiencia, y, sin embargo, hacer decidir sobre la coordinación de efecto y medios no a las reglas y experiencias de validez general («objetivas»), sino a la fantasía del sujeto actuante (64).

La conexión de la relación causal del tipo objetivo a leyes causales válidas y a conocimientos técnicos metodológicamente asegurados de las respectivas ciencias se prolonga por tanto necesariamente en el ámbito del tipo subjetivo. No puede reducirse meramente a los componentes de la causalidad cuya clase sí se da, pero desvinculados de su concreta relación causal, al margen de su formación válida, si es que no se quiere deshacer la congruencia conceptual del tipo objetivo y del tipo subjetivo.

c) *Tentativa peligrosa y no peligrosa según patrones de adecuación*

Tanto la teoría objetiva de la tentativa como la teoría subjetiva han recurrido, para la limitación de la punibilidad, al ideario de la causalidad adecuada. A fin de hacer desaparecer las diferencias que median entre estas dos formas de acceso a la adecuación, se expondrá en primer lugar cómo se valora la idea de la adecuación en las teorías objetivas de la tentativa, para posteriormente abordar su aplicación en el marco de la teoría subjetiva.

(64) Esta distinción entre fuerzas cuya clase sí existe, y elementos que sólo pertenecen al mundo de la fábula y la fantasía, es la propuesta más precisa para separar la tentativa supersticiosa de la burdamente insensata.

1. Las teorías objetivas de la tentativa se esfuerzan por vincular los límites de la punibilidad por tentativa a la falta de circunstancias o hechos típicos objetivos, es decir, independientes de la consciencia. Con esta finalidad, las teorías objetivas de la tentativa que aquí son de interés comienzan por el primer componente del juicio de adecuación, es decir, por la base fáctica a la que han de aplicarse las reglas nomológicas —segundo componente— (65). Sin embargo, constituye un error capital creer que se pueden aprovechar, para una «objetivación» de la punibilidad por tentativa, los aspectos o reglas que sirven para formar la base fáctica del juicio de adecuación.

La teoría de la adecuación se basa en la de la equivalencia y se la concibió para reducir la responsabilidad por la consumación o por el resultado, que tenía un excesivo alcance según el punto de vista de la equivalencia de todas las condiciones. La teoría de la adecuación, como la teoría de la equivalencia, enlaza con una situación objetiva de partida en la que están realizadas todas las condiciones del resultado típico. Una limitación de la responsabilidad mediante reducción de los hechos sobre los que se debe adoptar el juicio de adecuación, sólo se puede alcanzar, pues, eliminando determinadas circunstancias objetivamente dadas que son condiciones del resultado, para lo cual se procede evidentemente descartando aquellas circunstancias que ni eran conocidas por el autor ni eran cognoscibles para un «observador objetivo» ante actum. En la medida en que el autor conoce las condiciones del resultado, no merece indulgencia, y en la medida en que son «objetivamente cognoscibles» no se le exige nada humanamente imposible. Esta reducción de los hechos se basa en los límites del poder verse influido por las normas de conducta, y de ahí mismo obtiene el patrón para eliminar las condiciones del resultado objetivamente dadas, pero desconocidas y no cognoscibles.

Esta vía de limitación de la responsabilidad parece también estar abierta para el ámbito de la tentativa. Como el juicio *ex-ante* hace abstracción del desenlace posterior, el hecho de que no se produzca el resultado, en los casos de tentativa, no se opone a la aplicación del esquema mental propio de la teoría de la adecuación. Pero la base fáctica construida para el juicio de adecuación se basa, en primer lugar, en otra situación de partida distinta y, en segundo lugar, emplea un punto de vista de selección que ha de fundarse, normativamente, de otro modo.

En la tentativa, no se trata de sustraer de las condiciones del resultado objetivamente existentes aquellas que ni las conoce el autor

(65) Es representativo: von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. 2, 1930, p. 425 y ss., también p. 430; el mismo, *ZStW* 42 (1921), p. 528, y *ZStW* 47 (1926), p. 56; además, KRIEGSMANN, *ZStW* 30 (1910), p. 542; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*, Allg. Teil, I, 1982, § 12 n.º marg. 47 y s.; TRIFFTERER, *Oesterreichisches Strafrecht*, Allg. Teil, 1985, pp. 360 y s. Cfr. también la exposición en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Allg. Teil, t. 2, § 40 n.º marg. 27 y 134.

ni son cognoscibles para un observador objetivo. Por el contrario, se trata más bien de eliminar de la base fáctica que se ha de juzgar las circunstancias objetivamente no existentes, pero que el autor imagina como objetivas, como, por ejemplo, la suposición de que el espantapájaros es un hombre o de que el arma descargada está cargada. La teoría de la adecuación se esfuerza por la imputación de los hechos no representados, pero objetivamente dados, mientras que las teorías de la tentativa se deben ocupar de sustraer los hechos representados, pero objetivamente inexistentes.

Esta distinta situación de partida está sujeta también a un interés en limitar que responde a distinta motivación. El sujeto actuante no debe hallarse a salvo de que se le «imputen» circunstancias no conocidas ni cognoscibles. Parece francamente absurdo el modo de plantear el problema de la teoría de la adecuación, al preguntarse si un observador objetivo, cuaidadoso en evitar lesiones de bienes jurídicos, en la situación del autor, con un proceder más prudente, sensato y concienzudo, se habría dado cuenta de que el espantapájaros no es un hombre y de que el arma no está cargada, pues incluir hechos no conocidos en el juicio de adecuación corresponde a distinta idea directriz que la eliminación de los hechos imaginados, de más, en la tentativa. El punto de vista para la selección utilizado por la teoría objetiva de la tentativa puede formularse así genéricamente: de los actos que el autor tiene por causales del resultado deben descartarse los «objetivamente no peligrosos», en tanto que los fines de la pena que marcan la pauta no requieren su penalización (66). También esta reflexión sirve a fin de cuentas para el mismo objetivo que la teoría de la adecuación: el de limitar la punibilidad. Pero el fundamento último de estos esfuerzos por limitar no reside, como en el caso de la teoría de la adecuación, en las condiciones de la motivabilidad por las normas, sino en la falta de necesidad de reaccionar frente a violaciones de la norma (¿meramente supuestas?).

De este modo se ha puesto de manifiesto suficientemente —no otro es el propósito de las consideraciones precedentes—, que los baremos de la teoría de la adecuación que limitan la imputación de hechos relevantes objetivamente dados, no tienen nada en común con aquellos aspectos que sirven de única medida para la relevancia de las circunstancias erróneamente supuestas.

2. Los intentos que, sobre la base de la teoría subjetiva, recurren a la idea de la adecuación como principio limitador, fundamentan desde el principio el juicio sobre el carácter apropiado, idóneo o peligroso de la acción sólo en las circunstancias que el autor se representó, pero también en todas ellas: «La base puede versar, única y exclusivamente, sobre la representación que el autor se había formado de

(66) Cfr., p. ej., MEZGER, *Strafrecht*, 3.^a ed., 1949, p. 397.

la situación circundante en el instante del hecho» (67). Esta base fáctica, ciertamente, no es tampoco idéntica a la de un juicio de adecuación limitado a las circunstancias representadas en el que a la vez éstas concurren objetivamente por completo. El juicio de adecuación se basa, por lo tanto, en una situación «reflejada en la mente del autor» (*abgebildet*); la tentativa, por el contrario, en una situación «imaginada» (*eingebildet*) (68). Pero en ambos casos es el mismo punto de vista —obtenido del modo en que operan las normas— para la selección de los hechos relevantes.

A esta base fáctica, así caracterizada, se aplican las reglas nomológicas, objetivamente válidas, es decir, existentes con independencia del conocimiento del sujeto. Sólo este segundo paso en el juicio de adecuación reduce tajantemente la punibilidad por tentativa, eliminando todos los casos de suposición errónea de relaciones nomológicas (69).

Este proceder coincide sustancialmente con el principio, aquí fundamentado, de que la causalidad es elemento del tipo objetivo y, forzosamente, también del tipo subjetivo. Su único defecto radica en que, como se ha indicado *supra*, no integra los elementos del juicio de adecuación en los componentes del tipo legal (objetivo y subjetivo), exponiéndose así al reproche de «formar una especie de mosaico de elementos objetivos y subjetivos» (70).

d) *El delito putativo*

El delito putativo no es un fenómeno con entidad propia —razón por la cual no necesita una determinación conceptual segura—, sino que sólo ofrece una denominación genérica, no comprobada concluyentemente, para ciertos casos próximos a los de dolo. No se realiza aquí —como sí ocurre en la tentativa— tipo objetivo alguno. Generalmente, en él sólo da pie para la comprobación de la punibilidad la representación del autor de que lleva a cabo algo punible o al menos prohibido; un delito putativo sin que se imagine cometer injusto, es decir, un delito putativo en error de prohibición, parece ser un contrasentido.

(67) Graf zu DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, 1910, p. 60. GRAF ZU DOHNA no se conforma, en efecto, con las limitaciones de la punibilidad por tentativa que se derivan de la teoría de la adecuación, sino que recurre adicionalmente a la teoría de la «falta de tipo» (*Mangel am Tatanbestand*).

(68) Formulación en que se emplea la terminología de VON GEMMINGEN (nota 54), p. 127.

(69) GRAF ZU DOHNA, *Festschrift für Güterbock*, p. 59. Esta limitación se debería añadir, en las teorías objetivas de la tentativa, a las ya obtenidas mediante el primer paso en la formación del tipo. Pero tal consecuencia se pasa por alto completamente.

(70) Así von GEMMINGEN (nota 54), p. 131.

El principio para trazar los límites entre la tentativa y el delito putativo es claro: se trata sólo de comparar el hecho representado con los conceptos típicos y no, a la inversa, de ampliar éstos de acuerdo con las suposiciones del sujeto. Es fácil de manejar este principio cuando, por decirlo así, «todo» el tipo o «toda» la norma prohibitiva o prescriptiva existe sólo en la imaginación del agente (71). En el adúltero que considera punible su actuar, no se encuentra ningún principio razonable para un intento de subsunción (*Subsumtionsversuch*). La delimitación se presenta más difícil cuando el agente, según se suele expresar, subsume su comportamiento erróneamente en un tipo penal «válido» (72). Pero no se trata de exponer aquí los diversos intentos de distinguir, sino sólo el resultado dogmático indiscutido: el delincuente putativo actúa sin dolo (de tipo) (73). Ahí reside el paralelismo estructural —referido a otro ámbito de elementos del tipo— entre el delito putativo y la causalidad putativa. Sin embargo, puede hallarse una nota distintiva en que en el delito putativo se imaginan normas de valoración, que proporcionan sentido o significado, o éstas se transfieren a sustratos no abarcados por ellas, mientras que en los casos de causalidad putativa se aprecia erróneamente la validez o el alcance de leyes causales: allí hay un error normativo; aquí, nomológico.

e) *El contenido del dolo según la doctrina de la imputación objetiva*

La doctrina de la imputación objetiva dice proponerse enriquecer el tipo objetivo, más allá de la mera causación del resultado típico, con ulteriores elementos relevantes para el injusto, de modo que sólo éstos fundamentarían la «atribuibilidad objetiva» del resultado. De donde se deduce que también el objeto de referencia del dolo debe ser un «resultado objetivamente atribuible» (74). Esta nueva determinación del objeto del dolo, a pesar del dogma de la identidad del dolo de consumación y del de tentativa, no ha mostrado hasta ahora

(71) Cfr. RGSt 42, 92; ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 79; RUDOLPHI, en: SK StGB, § 22 n.º marg. 31; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 15/31, WEESSELS, Allg. Teil, p. 183.

(72) Los inconvenientes comienzan ya al intentar formular correctamente la situación problemática a que aquí se alude, pues el tipo penal en el que el agente realiza la subsunción no existe en la forma supuesta. El que haya un tipo similar no justifica la afirmación de que el agente lleva a cabo la subsunción en una norma válida.

(73) ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 22 n.º marg. 79, 31; SCHMIDHÄUSER, Allg. Teil, 15/31; H. SCHUMANN, JZ 1987, p. 525 y s., con remisión bibliográfica.

(74) Cfr. RUDOLPHI, en: SK StGB, § 16 n.º marg. 7, 31; WOLTER, GA 1977, 263; el mismo, ZStW 89 (1977), pp. 673 y s., 679 y s.; FRISCH, Vorsatz und Risiko, 1983, pp. 118 y ss., 210 y ss.; el mismo, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1989, p. 574 (con bibliografía en nota 26).

consecuencia alguna para la problemática de la tentativa (75). Y, con todo, debería conducir a negar ya el tipo subjetivo en casos de acciones sólo putativamente idóneas.

La doctrina de la imputación objetiva se basa en un determinado entendimiento del modo en que funcionan las normas de conducta para, desde ese punto de partida, buscar criterios de atribución. Es representativo el planteamiento con el que Rudolphi (76) fundamenta la necesidad de presupuestos adicionales de imputación: «Objeto de las normas penales pueden serlo *sólo* aquellas acciones de cuya ejecución se espera, según el saber experimental de nuestro tiempo, la producción del resultado del injusto típico o su evitación, como posible, como más o menos probable o incluso como segura» (77). Puesto que también la tentativa es objeto de las normas penales, éstas sólo abarcan igualmente, según su ámbito de dominio acabado de definir, acciones que conforme al saber experimental de nuestro tiempo hacen esperar la producción del resultado. Si se aprecia en el saber experimental un patrón nomológico de validez general y no meramente reglas de experiencia supuestamente válidas, entonces las acciones putativamente idóneas caen fuera del concepto de dolo y del de tentativa.

Sin embargo, por el contrario, la doctrina de la imputación objetiva parte, en el ámbito de la tentativa, de concepciones tradicionales, conforme a las cuales la capacidad de imaginación nomológica es la única instancia fundamentadora de la punibilidad, abandonando sus premisas arriba mencionadas.

f) Repasando los distintos intentos de trazar límites de la penalidad se pone de manifiesto lo siguiente: la diferencia estructural entre la tentativa nomológicamente idónea (dolo de causar) y la tentativa nomológicamente inidónea (causalidad putativa) resulta en parte claramente conocida, y en parte, como consecuencia de determinados planteamientos dogmáticos, inequívocamente esbozada. El hecho de que no se haya impuesto se debe, por una parte, a la falta de suficiente enlace dogmático del concepto de dolo con el tipo objetivo y, por otra, al ya citado monismo en la fundamentación de la pena, con el que se identifican todas las teorías de la tentativa.

5. El tipo subjetivo del § 23.3. del StGB

El § 22 del StGB comprende también, según la opinión general, a la tentativa inidónea. Ello se deduce no sólo del § 23.3 del StGB,

(75) No obstante, cfr. TRIFFTERER, *Oesterreichisches Strafrecht*, Allg. Teil, 1985, p. 360; el mismo, *Festschrift für Klug*, 1983, p. 442; SCHMOLLER, *ÖJZ* 1982, 491.

(76) RUDOLPHI, en *SK StGB*, antes del § 1 n.º marg. 57.

(77) El subrayado es mío.

sino también de que el fundamento para enjuiciar el comienzo directo (y la posterior ejecución) lo constituye la «representación del hecho». Esta representación puede tener por objeto, ciertamente, como se ha expuesto, la realización de circunstancias que cumplen un tipo, o sea, está referida al tipo; pero el § 22 no requiere que siquiera una parte de las circunstancias fácticas representadas sea objetivamente existente, sino que dispone la punición por tentativa sin consideración a las dimensiones de la ausencia de circunstancias fácticas objetivas.

En cambio, la tentativa putativamente idónea no se encuentra abarcada por el tenor literal del § 22 del StGB (78). Su punibilidad está presupuesta, según doctrina unánime, al menos en el § 23.3 del StGB (79), opinión fundamentada en cómo surgió históricamente este precepto:

Los elementos singulares de la regulación del § 23.3 del StGB tienen de por sí una larga tradición, que se remonta a los comienzos de los preceptos sobre punición de la tentativa inidónea de los Derechos particulares (*Partikularrechte*) de siglo pasado (80). Objeto de estas regulaciones era la punibilidad o la punición atenuada de casos de causalidad putativa. Tras entrar en vigor el Código penal del Reich vuelven a aparecer en los intentos de reforma, desde principios de este siglo, propuestas para resolver la problemática de la idoneidad (81). Como fruto —bien que aún no maduro— de estos trabajos previos se introdujo el § 23.3 del StGB por medio de la Segunda Ley de

(78) *Vid. supra* 3 b).

(79) DREHER/TRÖNDLE, § 23 n.º marg. 6; LACKNER, StGB, § 23 nota 3d; ROXIN y otros, *Einführung in das neue Strafrecht*, p. 19; ESER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 23 n.º marg. 17; WESSELS, *Allg. Teil*, p. 183; VOGLER, en: LK, § 22 n.º marg. 34.

(80) Cfr. las breves exposiciones en von SCHWARZE, en HOLTZENDORF, *Handbuch des Strafrechts*, t. 2, p. 299; BAUMGARTEN, *die Lehre vom Versuche des Verbrechen*, 1888, p. 276; FRANK, *VDA*, t. V, 1908, pp. 246 y s.

(81) En primer anteproyecto, que comprende todo el Código penal, aún no contiene ninguna regulación. El contraproyecto de 1911 (presentado por KAHL y otros) excluye lacónicamente de la punibilidad la tentativa putativamente idónea en su § 19: la tentativa queda «impune si el autor ha emprendido la ejecución conociendo circunstancias cuya efectiva concurrencia haría que la consumación quedase descartada». El § 13 del Proyecto de 1913 prevé sólo una atenuación de la penalidad cuando la tentativa no pudo «conducir de ningún modo a la consumación». Igualmente impreciso es el § 24.2 del Proyecto de 1919. El de 1922 (RADBRUCH) prevé en el § 24.2 la impunidad con los mismos requisitos que el vigente § 23.3. El siguiente Proyecto oficial de 1925 precisa los requisitos de la impunidad en el § 23.4: «desconocimiento burdo de leyes naturales», exceptuando de la punibilidad sólo algunos casos de causalidad putativa. En el § 26.3 del Proyecto de 1927 se vuelve a tender, como en el § 26.3 del Proyecto de 1930 KAHL, a la imposibilidad de consumación por la clase del medio o del objeto. Los Proyectos del Tercer Reich (§ 7.3 del de 1935, § 9.3 del de 1936, § 7.3 del de 1938) vinculan la atenuación de la pena sólo a la «burda insensatez». Los §§ 2.6.e del Proyecto de 1958 y 27.3 de los de 1959, 1960 y 1962 equivalen al Derecho vigente. El § 25 del Proyecto Alternativo (2.ª ed. 1969) prevé la impunidad del actuar no peligroso debido a burda falta de juicio. Según el § 17.4 del Proyecto de BAUMANN (1963), en casos de «tentativa burdamente insensata» sólo puede prescindirse de la pena.

Reforma del Derecho penal (82). En el segundo informe escrito de la Comisión de Reforma Penal se menciona como ejemplo de aplicación del precepto un supuesto extraído del ámbito de la causalidad putativa; tentativa de asesinato administrando una dosis escasisima de calmante (83). Aún más clara es la fundamentación del § 77.3 del Proyecto de 1962, idéntico al § 23.3 del StGB con excepción de algunas modificaciones de estilo; allí se designa como ámbito de aplicación la «ignorancia de las leyes naturales más elementales» o «una representación completamente descaminada de las relaciones causales conocidas por la generalidad» (84).

Esta breve mirada retrospectiva hacia la historia lo que demuestra es que el legislador ha creído atenuar, con el § 23.3 del StGB, las consecuencias penales (también) para la tentativa nomológicamente inidónea. La interpretación histórica no proporciona, por el contrario, pruebas de una intención en el legislador de volver a conminar con pena el actuar putativamente causal, por vez primera desde el Derecho particular de la primera mitad del siglo pasado, ya que la voluntad de limitar una dimensión de la punibilidad, erróneamente supuesta, no abarca el fin de introducir legalmente la punibilidad en esta dimensión.

Sin embargo, aun cuando se pretenda encontrar en la interpretación histórica indicios suficientes de una intención en el legislador de criminalizar la tentativa nomológicamente inidónea, todavía queda la cuestión de si esta voluntad del legislador ha encontrado expresión suficientemente en el tenor literal del nuevo precepto.

La ley menciona casos en los que «la tentativa» de ningún modo habría podido conducir a la consumación, enlazando así con la definición de la tentativa en el § 22 del StGB, pretendiendo, según su tenor literal, una ulterior atenuación de las consecuencias jurídicas para determinados casos de la tentativa abarcados en general en el § 22 del StGB (85). Ahora bien, si el actuar sólo putativamente idóneo cae ya fuera del § 22 del StGB afecta a la tentativa putativamente idónea.

Tampoco si se le considera aisladamente, es decir, sin integrarlo en la regulación del § 22 del StGB, está de ningún modo acuñado el § 23.3 del StGB para los casos de causalidad putativa. El precepto tiene en cuenta dos razones del fracaso del intento, consistentes en que la consumación no podía producirse a causa de «la clase del objeto del hecho, o del medio con el que se llevaría a cabo».

Si, para comenzar, se pregunta acerca de lo que debe entenderse

(82) De 4 de julio de 1969, BGBI. I, p. 717.

(83) BT-Drucksache V 4095, p. 12. Cuestión totalmente distinta es que éste no es un ejemplo útil de «burda falta de juicio».

(84) BT-Drucksache IV 650, p. 145.

(85) GÖSSEL, GA 1971, 230.

por el «objeto» sobre el que hecho habría de recaer, se ve uno remitido a delitos en los que el tipo legal describe un determinado objeto del hecho, lo cual significa que la representación del agente debe contener todas las circunstancias que realizaron el concepto legal del objeto del hecho. En esta medida se superponen los requisitos típicos de los § 22 y 16 del StGB. Pero de aquí no se desprende que se quisiera aplicar el § 23.3 del StGB a «objetos imaginarios» (*Wahnobjekte*) y, por ejemplo, castigar por furtivismo al que quiere dar caza al unicornio.

Si por «medio» —al igual que ocurre con el «objeto»— sólo se entendiese un medio descrito con mayor precisión en el tipo legal, sólo vendrían en consideración para estimar esta alternativa los tipos de delitos que requieren emplear medios especiales para el hecho, como p. ej. los §§ 223a o 244 del StGB. Esta interpretación, que discurre paralelamente al concepto de objeto, es evidente, porque objeto y medio se mencionan de una sola vez, pero ni siquiera se la tiene en cuenta —testimonio elocuente de con qué lejanía del tipo opera la interpretación al uso. El concepto de medio, como no especificado, pero aun así típico, aparece también allí donde la ley requiere una relación causal entre acción y resultado no caracterizada pormenorizadamente. Como elemento del tipo objetivo, el «medio» es idéntico a un factor causal que aparece en una ley causal de validez general. El dolo del «medio» debe referirse, por tanto, a una circunstancia que realiza una ley causal. Este concepto amplio de medio como factor causal tampoco incluye a las acciones sólo putativamente idóneas.

Bien es cierto que el lenguaje permite entender por «medio» también los factores nomológicamente inidóneos, sólo tenidos por eficaces como consecuencia de una ley causal imaginaria. Esta interpretación se ve apoyada por el reconocimiento legal de la «burda insensatez» (*grober Unverstand*), que debe tener por contenido «no representaciones erróneas sobre hechos, sino sólo errores sobre las leyes del acontecer» (86). Pero esta interpretación no sólo contradice el contexto («objeto», «tentativa»), sino que convierte al § 23.3 del StGB, incrementando su valor, en una norma constitutiva de la punibilidad, que sobrepasa a la definición del § 22 del StGB, suponiéndole al concepto de medio, en conexión con la cláusula de la «insensatez», una función de ampliar el tipo. De acuerdo con este principio, tampoco puede quedar excluida la protección penal del unicornio.

Así se ponen de manifiesto las dificultades a las que conduce la interpretación del tipo subjetivo del § 23.3 del StGB. Esta cuestión no se ha de decidir aquí definitivamente. Baste, por lo pronto, abrir una brecha de duda en el bastión dominante, hasta ahora indiscutido.

Al mismo tiempo, las dificultades expuestas conducen de nuevo

(86) ROXIN (nota 79), p. 19; asimismo, JESCHECK, Allg. Teil, p. 479; VOGLER, en: LK, § 23 n.º marg. 35.

a la idea básica: el pecado original de todas las teorías de la tentativa reside en acceder irreflexivamente a la causalidad putativa. En el capítulo dedicado a concluir y recapitular se aludirá al significado —hasta ahora pasado por alto— de la categoría de la causalidad putativa para el contenido y las tareas de las teorías de la tentativa.

6. Las teorías de la tentativa a la luz de la causalidad putativa

La presente investigación ha servido para recordar la categoría aquí dominada causalidad putativa, que, sustancialmente, no era ninguna dimensión desconocida en las primeras discusiones sobre el tratamiento de la tentativa inidónea. Pero la distinción entre el comportamiento putativamente idóneo y el realmente idóneo recibe aquí por vez primera un fundamento dogmático seguro, consistente en que la causalidad (general) es elemento del tipo objetivo, el cual describe por su parte con carácter cerrado el objeto del dolo (§ 16 del StGB). Consecuentemente, la suposición de relaciones causales, que no se pueden subsumir en una ley causal y por tanto tampoco en un tipo objetivo, excede al concepto de dolo válido para el delito consumado.

«Está fuera de toda duda que en la tentativa el fenómeno contra el que se dirige la ley penal es la voluntad delictiva...» (87). Así formulaba el RG el fundamento de punición de la tentativa según la teoría subjetiva, y a él se ha sumado el legislador de la reforma de 1969 (88). El carácter delictivo de la voluntad puesta en práctica se ha venido fundamentando, y aún hoy se fundamenta, con la afirmación de que el tipo subjetivo de la tentativa es idéntico al del delito consumado (89), suposición compartida por todas las clases de teorías de la tentativa, objetivas y subjetivas. Lo cual significa que su pretensión de fundamentar o explicar la punición de la tentativa alcanza, como máximo, tanto como el tipo subjetivo de la consumación.

Esta situación descarga a las teorías subjetivas de la tentativa —respetuosas con los límites del tipo— de diversas acusaciones.

En primer lugar, es corriente el reproche de «hipertrofia de la punibilidad». La tendencia a ampliar la penalidad no es, sin embargo, como se suele suponer, «consecuencia lógico-sistemática» de la teoría subjetiva de la tentativa, sino simple producto de la confusión entre causalidad y causalidad putativa, en la que incurren todas las teorías de la tentativa. Esta confusión, por una parte, desacredita a la teoría subjetiva de la tentativa, y, por otra, sirve de caldo de cultivo para las teorías objetivas. Sólo la necesaria distinción entre causalidad y causalidad putativa libera a la teoría subjetiva de las excrecen-

(87) RGSt. 1, 439, 441.

(88) BT-Drucksache V 4095, p. 11.

(89) *Vid. supra* nota 12.

cias que le han sido achacadas y que ella misma había asumido, privado al mismo tiempo a la teoría objetiva del supuesto objeto de sus intentos de curación.

Igualmente se ha extendido la acusación de que la teoría subjetiva de la tentativa es una emanación de un Derecho penal del ánimo propio de un Estado policial o totalitario (90). Tal acusación no sólo es prematura, sino que se revela como un bumerán, pues también los «objetivistas» incluyen casi por completo la causalidad putativa en el tipo subjetivo de la tentativa, creando sólo así el espectro que ellos mismos, invocando el Estado de Derecho, exorcizan a continuación.

Finalmente, la categoría de la causalidad putativa relativiza la fuerza de convicción del argumento de que la tentativa inidónea no es el «prototipo de injusto» (91), pues como prototipo del injusto no viene en consideración, como críticamente se sugiere, la tentativa supersticiosa o putativamente idónea. Las deducciones de una doctrina del injusto orientada al tipo y fundamentada en la teoría de las normas muestran sólo a la tentativa acabada (92) y —como el análisis precedente pone de manifiesto— nomológicamente idónea, como contraria a la norma e injusto «completo».

Así pues, la teoría subjetiva de la tentativa que permanece fiel a su punto de partida sólo legitima la punibilidad por tentativa en un ámbito bastante reducido. Una punición que vaya más allá, que se extienda al terreno del actuar putativamente idóneo, requiere una fundamentación adicional de que —y en qué medida— también en el propósito nomológicamente inidóneo se halle una voluntad de delinquir similar a la de tentativa. Seguramente, se puede hacer comprender la necesidad de pena, por ejemplo, en los casos de erróneas apreciaciones cuantitativas, no ostensibles, en el ámbito nomológico —por ej., en relación con la dosificación del veneno, el alcance del arma de fuego, la fuerza del golpe, la cantidad de explosivo, etc. Pero no hay que perder de vista que aquí se trata de ampliaciones del tipo o, más exactamente, de formar nuevos tipos subjetivos mediante la descripción conceptual de una clase de procesos causales que sólo existen en la imaginación del agente. En caso de que el § 23.3 del StGB criminalice la «causalidad putativa» hasta la insensatez burda, poniendo en manos del individuo un «privilegium odiosum

(90) KOHLRAUSCH, en: *Aschrott/Kohlrausch* (editores), *Reform des Strafrechts*, 1926, pp. 27 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 3.^a ed., 1949, p. 377; von LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26.^a ed., 1932, p. 304; SPENDEL, *ZStW* 65 (1953), pp. 523, 531; el mismo, *NJW* 1965, 1882; el mismo, *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 96 y s.

(91) HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), p. 242 nota 102; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, p. 159; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 192.

(92) STRUENSEE, *CPCr*, 1989, pp. 416 y ss.

de la legislación en perjuicio propio» (93), hay buenos motivos para dudar de que haya resuelto satisfactoriamente este problema (94). Pero aquí no se va a hacer ninguna crítica en particular. Más bien hay que reconocer el carácter básico de la tarea que la penalización de la cuasalidad putativa conlleva, como problema legislativo consistente en establecer nuevos tipos «de tentativa».

Con esta caracterización se obtiene al mismo tiempo un punto de vista orientador, que arroja nueva luz sobre los innumerables intentos de distinguir entre tentativa idónea punible (o relativamente idónea) y tentativa absolutamente inidónea, en la medida en que afectan a la causalidad putativa. No hay que valorar a priori estos esfuerzos como gratuitos o sin sentido, si se les interpreta —frente a su propia consideración— como búsqueda de motivos para la creación de tipos subjetivos adicionales. Entonces se explica también por qué todos y cada uno de los criterios propuestos siguen siendo discutidos y necesariamente vagos: porque se limitan a formular puntos de vista rectores de la ampliación de la penalidad y no alcanzan a proporcionar elementos ya preparados en los que se pueda realizar la subsunción. También la «teoría de la impresión» —tan difundida— recibe, bajo el aspecto de la formación del tipo, un sentido firme, estable.

Hasta hoy se ha ignorado que esta tarea legislativa afecta precisamente a la descripción de los elementos subjetivos de la punibilidad. Una de las causas que sirven de estorbo a esta idea es (de nuevo) la confusión de los distintos significados de «lo objetivo», la cual va acompañada de una notable subestimación de lo «meramente subjetivo» y, en consecuencia, pasa por alto diferencias estructurales básicas. Tener en cuenta estas distinciones en la esfera de lo subjetivo es también lógicamente clave para las teorías objetivas de la tentativa y fundamenta así, tanto para objetivistas como para subjetivistas, la tarea común de organizar desde el principio el tipo subjetivo del actuar putativamente causal «de modo objetivo», o sea, de encontrar «tipificaciones objetivas de hechos subjetivos» (95). Sólo después de ello se podrá discutir con sentido sobre si la puesta en práctica de la voluntad determinada a partir de aquí como «delictiva» es sólo presupuesto necesario, o ya suficiente, de la punibilidad. Sin embargo, es de suponer que, tras haber solucionado el problema de la formación del tipo, este debate ya no valga la pena.

(93) Formulación de LAMMASCH, *Das Moment objektiver Gefährlichkeit des Verbrechensversuches*, 1879, pp. 77.

(94) En sentido crítico sobre la regulación del § 23.3 del StGB, GÖSSEL, GA 1971, 227 y ss., J. MEYER, ZStW 87 (1975), pp. 614 y ss.; ROXIN (nota 79), pp. 17 y ss.

(95) De este tenor la formulación de LOOS, en: *Rechtswissenschaft und Rechtswicklung*, 1980, p. 278, aludiendo, en cambio, a la sustitución de hechos subjetivos tipificados por la tipificación de hechos objetivos.