

La atenuación del marco penal en la tentativa (*)

WOLFGANG FRISCH

Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho, de la Universidad de Freiburg i.Br.

El derecho de la medición de la pena pertenece a los ámbitos parciales del Derecho penal que han experimentado una evolución particularmente intensa en las décadas pasadas. Günter Spendel, el estimado profesor aquí homenajeado, ha participado decisivamente en este desarrollo. La distinción entre causas de medición de la pena finales, reales y lógicas, elaborada por él en su escrito de habilitación «Sobre la teoría de la medida de la pena» (1), se ha revelado como orientadora para la discusión ulterior (2), su intenso alegato en favor de la teoría del ámbito discrecional (3) ha contribuido esencialmente a la consolidación de ésta. Ciertamente, no se puede pasar por alto que a pesar de la satisfactoria reelaboración de cuestiones centrales del derecho de medición de la pena en las últimas décadas, también hoy hay, todavía, amplios campos en los que falta la necesaria, deseable y posible claridad. A ese respecto, cuentan especialmente las decisiones acerca del marco penal que el juez debe tomar en numerosos casos, antes de la medición de la pena propiamente dicha (entendida como la individualización de la pena, en un caso concreto, dentro del marco penal) (4).

(*) Traducción del original *Die Strafrahmenmilderung beim Versuch*, publicado en *Festschrift für Günter Spendel*, Berlín, 1992, de MARCELO A. SANCINETTI (Universidad de Buenos Aires).

(1) *Zur Lehre vom Strafmaß*, 1954, pp. 191 y ss.

(2) Cf. sólo la presentación general de BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.^a ed., 1974, que recibe esta clasificación (pp. 52 y ss.) y ordena según ella todo el material de la medición de la pena (pp. 196 y ss., 357 y ss., 613 y ss.).

(3) SPENDEL (como en nota 1), pp. 168 y ss., 176 y ss.

(4) Repetidamente se distingue, también terminológicamente, entre gradación de la pena (que precede a la medición de la pena propiamente dicha, dentro del

La siguiente contribución sobre este grupo de problemas no puede referirse conceptualmente al campo total de las cuestiones metodológicas y sustanciales aludidas, sino que tiene que restringirse a un sector. Se presenta como tal, en gran medida, la decisión acerca del marco penal determinante en los casos de tentativa. Ella no sólo es de considerable significación dentro del ámbito total de decisiones acerca del marco penal (5), sino que también guarda una particular relación con las investigaciones del homenajeado, en la medida en que las cuestiones de la punibilidad de la tentativa conforman un importante punto clave —uno más— en la obra completa de Günter Spindel (6). Los criterios básicos de estas investigaciones dan un importante impulso, como aún se habrá de demostrar, también a lineamientos para la decisión acerca del marco penal correcto en caso de tentativa.

I. ¿MARCO PENAL TOTAL O DECISIÓN SOBRE EL MARCO? ¿CONSIDERACIÓN TOTAL O BASE RESTRINGIDA PARA LA DECISIÓN? CUESTIONES CAPITALES DE LA DECISIÓN SOBRE EL MARCO PENAL EN CASO DE TENTATIVA

La ley no dice demasiado acerca de la cuestión del marco penal correcto para el castigo de la tentativa. Si uno prescinde por un momento del caso especial de la tentativa groseramente irrazonable, ella se limita a declarar, en el § 23, párr. 2, StGB, que la tentativa puede ser castigada más benignamente, conforme a la cláusula de atenuación del marco prevista en el § 49, párr. 1, StGB. La opinión dominante entiende esto como una exigencia, dirigida al juez, de que decida si, para la medición de la pena, deberá tomarse como base el marco penal previsto para el hecho punible consumado, o uno reducido en el límite inferior y superior, conforme al § 49, párr. 1. Ciertamente es que ya esto no está totalmente fuera de discusión. Pero se discute

marco) y medición de la pena en sentido estricto, cf. p. ej. BRUNS (como en nota 2), pp. 36 y ss., con otras referencias. En vistas de la vigencia de diferentes principios rectores en ambas fases (véase, p. ej., las explicaciones sobre la orientación a la ratio específica de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1, StGB, en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 944, 952 y ss.), ello parece tener sentido absolutamente.

(5) Así, de una evaluación de 150 sentencias de revisión del BGH (publicadas predominantemente en las revistas NStZ y StV), acerca de la medición de la pena en casos de asesinato y homicidio, resultó que una cuarta parte de todas las decisiones (34) se referían a casos de tentativa. Una significación práctica comparable tiene solamente la atenuación del marco según los §§ 21, 49, párr. 1, StGB.

(6) Así, p. ej., SPENDEL, ZStW 65 (1953), pp. 519 y ss.; 69 (1957), pp. 441 y ss.; *idem*, en: *Festschrift für Ulrich Stock*, 1966, pp. 89 y ss.; *idem*, NJW, 1965, pp. 1881 y ss., y JuS, 1969, pp. 314 y ss.

ante todo, mediante qué criterios sustanciales se debe decidir acerca del marco penal que debe tomarse por base.

1. El ámbito para una discusión acerca de los criterios para la elección del marco en los casos de tentativa —o mejor— para la decisión sobre el marco, sólo existe si el § 23, párr. 2, debiera ser entendido realmente en el sentido de una exigencia de decidir por separado respecto del marco. Éste es el punto de vista de la opinión dominante, especialmente de la jurisprudencia (7). Según esto, el juez tiene que decidir, en una primera fase, acerca de si tomará por base de la ulterior medición de la pena el marco penal normal o el marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (respecto del límite superior, pero muchas veces también respecto del límite inferior), en un segundo paso se debe determinar después, dentro de este marco penal «elegido» en cada caso, la pena adecuada, según los principios generales de la medición de la pena. Sin embargo, este punto de partida no está exento de dudas. Una opinión minoritaria (8) quiere renunciar a una fase predispuesta de modo autónomo, en lo que influye de modo no poco importante el evitar la amenaza de una doble valoración que supuestamente produciría el proceder en dos fases (9). En lugar de ello, el juez debe averiguar directamente cuál es la pena adecuada según los principios generales de la medición de la pena, dentro de un marco total, que está constituido por el límite inferior del marco atenuado según el § 49, párr. 1, y el límite superior del marco penal normal (10). Según esto, de antemano es innecesaria

(7) En este sentido, especialmente, BGHSt., t. 1, pp. 115, 117; t. 16, p. 351; t. 17, p. 266; t. 35, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18; DREHER, JZ, 1956, p. 682; BRUNS (como en nota 2), pp. 46, 77, 440 y ss., 513 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1985, pp. 48, 171, 204; SCHÄFER, *Praxis der Strafzumessung*, 1990, núms. 381 y ss., 398 y ss.; DREHER / TRÖNDLE, StGB, 45.ª ed., 1991, § 49, núm. 2; G. HIRSCH, en: *Leipz. Komm.*, 10.ª ed., 1985, previo al § 46, núm. 1, y § 49, núm. 1; LACKNER, StGB, 19.ª ed., 1991, § 49, núm. 4; SCHÖNKE / SCHRÖDER / STREE, StGB, 24.ª ed., 1991, § 49, núm. 7.

(8) Así, especialmente, ZIPF, *Die Strafmaßrevision*, 1969, pp. 28 y ss., 33 y ss.; hasta la 3.ª ed. (1981) también HORN, *SK-StGB*, § 46, núm. 56; análogas concepciones son defendidas en parte para los casos menos graves o especialmente graves, cf., p. ej., MAIWALD, *Festschrift für Gallas*, 1973, p. 161; *idem*, NStZ, 1984, p. 435, como también STRENG, NStZ, 1989, p. 398.

(9) Naturalmente, también juegan un papel otros puntos de vista, como especialmente las dudas respecto de lo adecuado de los sectores de intersección.

(10) Según esta concepción, se podría hablar entonces de una atenuación conforme al § 49, párr. 1, en el caso de que la pena quedase en un ámbito al que el juez no puede ingresar sin aplicación del § 49, párr. 1; a la inversa, se trataría de un caso en que se rechaza la atenuación, cuando aparece como adecuada una pena que queda más allá del límite superior del marco penal atenuado (así también HORN, *SK-StGB*, [hasta la] 3.ª ed., § 46, núm. 56, quien en ese caso hablaba de una elección dentro de dos marcos penales).

una discusión sobre criterios especiales para decidir sobre el marco penal.

Aun cuando el fundamento de las siguientes reflexiones respecto de este punto no deba quedar inseguro, en este lugar, sin embargo, sólo podremos ser breves. Pues las objeciones que hablan en contra de la opinión minoritaria son tanto claras como graves (11). Ante todo, no se puede pasar por alto ya el hecho de que por medio de la fusión propuesta por ella entre el marco penal regular y el marco penal atenuado según el § 49, párr. 1, se agrava aun un mal básico del derecho vigente: la gran amplitud de los marcos penales. Igualmente clara es la tensión en la cual se halla la teoría del marco total unitario, respecto del plan de la regulación legal: la ley modifica en el § 49, párr. 1, no sólo el límite inferior —en tanto el límite inferior no se halle ya en el mínimo legal—, sino que reduce también el límite superior. Esta modificación también del límite superior queda sin explicar desde el punto de vista de la teoría del marco penal total; pues, para ella, sólo cuenta, de antemano, la reducción del límite inferior, que amplía el marco penal normal hasta el marco total (12). Esta modificación del límite superior es explicable sólo sobre la base de una medición de la pena en dos actos, en la cual en un primer nivel se decide acerca del marco penal determinante para la ulterior medición de la pena en sentido estricto, y el sentido de esta decisión consiste en decir algo para el caso de que se admita una atenuación del marco también acerca de las posibilidades existentes, en esa situación, para el castigo más grave. Pero, finalmente, también habla en contra de la teoría del marco penal total, el hecho de que ella deje fuera de consideración los parámetros de valoración vinculados con el marco penal normal y con el marco penal atenuado del § 49, párr. 1: el marco penal normal y el marco penal atenuado (según el § 49, párr. 1) no sólo tienen una función límite; más allá de las diferencias del máximo y, eventualmente, también del mínimo, establecen a la vez escalas penales divergentes para las constelaciones de casos a los que les corresponde el respectivo marco, las que van ascendiendo desde lo leve hasta lo grave (13). Detrás del

(11) Acerca de la siguiente crítica, cf. complementariamente FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 351 y s.; BERGMANN, *Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB*, 1988, pp. 60 y ss.; TIMPE, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, pp. 82 y ss., respectivamente con otras referencias.

(12) Ciertamente es correcto que el juez tiene que haber rechazado el § 49, párr. 1, en caso de que traspase el límite superior (así HORN, *SK-StGB*, 3.^a ed., § 46, núm. 56 [abandonado entretanto por HORN mismo]), pero ello no explica por qué el legislador ha aplicado esfuerzos en fijar límites superiores, pues su sentido puede consistir sólo en una función rectora positiva, y no en probar únicamente que no se ha aplicado el marco penal atenuado.

(13) Respecto de esta función del marco penal como escala de gravedad, bási-

parámetro atenuado del marco penal determinado por el § 49, párr. 1, se halla el criterio de que las constelaciones de casos de tentativa (o de omisión, etc.), bajo determinados presupuestos, merecen un tratamiento que diverge de la escala penal del marco normal, según una escala penal atenuada en su totalidad. Esta función específica de parámetro de los marcos penales (y de sus límites) es ignorada ya en el punto de partida, y, a la vez, se recurre a una escala penal equivocada (o sea, la del marco total) (14), cuando se intenta encontrar la pena adecuada dentro de un marco total, independientemente de la cuestión de la pertinencia de la escala normal o de la atenuada. Más allá de ello, sea mencionado ahora sólo marginalmente que la concepción aquí rechazada conduce a fricciones entre los casos en que existe un privilegio obligatorio (donde la función de parámetro del marco atenuado debe ser considerada) y aquellos de privilegio facultativo.

2. Con el criterio de que el juez, en el § 23, párr. 2, es convocado a una decisión acerca de si debe tomar como base de la ulterior medición de la pena la escala penal del marco normal o la escala penal más leve del marco atenuado según el § 49, párr. 1, todavía no se establece, ciertamente, que la decisión a tomarse de este modo también sea, dogmáticamente, un tema *digno de atención*. Ello es así, sólo si vale considerar determinados lineamientos sustanciales; por ejemplo, porque, para la aplicación de uno u otro marco penal, sólo sea significativo un canon estricto de circunstancias de medición de la pena —que, por su parte, necesita ser discutido—, o incluso dependa de determinadas circunstancias especificables, si entrará en acción uno u otro de los marcos penales. La decisión sobre el marco penal en casos de tentativa, en cambio, apenas sería un tema especial que valiera la pena tratar dogmáticamente, si tales restricciones de las circunstancias relevantes debieran ser rechazadas, y si, en lugar de ello, debiera tratarse de una evaluación de todas las circunstancias de medición de la pena y el juez no tuviera ninguna otra vinculación que la de determinar el marco penal que aparezca como adecuado con relación al caso.

camente DREHER, *Über die gerechte Strafe*, 1949, pp. 61 y ss.; *idem*, JZ, 1956, p. 682; *idem*, MDR, 1961, p. 344; *idem*, JZ, 1968, p. 211; *idem*, *Festschrift für Bruns*, 1978, pp. 149 y ss. Entretanto, la idea ha sido asumida también por la jurisprudencia, cf. especialmente BGHSt., t. 27, p. 2; BGH, NSTz, 1983, p. 217; BGH, StV, 1984, p. 114; BGH, NSTz, 1984, p. 117; OLG Stuttgart, MDR, 1961, p. 343; OLG Saarbrücken, NJW, 1969, p. 1782; de la doctrina, cf. especialmente BRUNS (como en nota 2), pp. 81 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.^a ed., 1985, pp. 60 y s.; *idem*, JR, 1977, p. 165; FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, 1971, pp. 161 y ss.; G. HIRSCH, *LK*, previo al § 46, núms. 39 y s., y § 46, núm. 111; Schäfer (como en nota 7), núm. 459 y ss.

(14) Otras explicaciones de esta idea, en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 952.

Justamente este punto de vista ha defendido muchas veces con decisión, sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Para ella interesa de modo decisivo una valoración total del caso (15): dado que la ley no prevé ninguna restricción del arbitrio judicial —así la decisión básica en BGHSt, t. 16, p. 351—, tendría que «quedar reservado al juez del hecho, el tomar su decisión sobre la base de una consideración total de las circunstancias del hecho en el más amplio sentido, así como de la personalidad del autor». Sólo una tal consideración total «de las circunstancias totales decisivas para la voluntad delictiva, el motivo o los motivos del hecho, la ejecución del hecho y el grado de puesta en peligro del bien jurídico» podría brindar información acerca de «si un hecho punible tentado, según el contenido de ilícito o de culpabilidad, puede ser castigado con justicia más benignamente que el hecho concebido como consumado» (16). Según esta concepción, por tanto, la atenuación de la pena por tentativa podría ser rechazada, por ejemplo, haciendo referencia a los relevantes antecedentes penales del acusado (17), a sus motivos para el hecho o, posiblemente, incluso a su (menor) susceptibilidad a la pena.

Si este punto de vista fuera correcto, sería ocioso indagar acerca de los criterios para la decisión sobre el marco penal, e incluso desembocaría en una restricción inadmisibles del arbitrio judicial, que se hiciera depender la decisión acerca de tomar por base uno u otro marco penal, de determinadas circunstancias más específicas, por ejemplo, del estadio de desarrollo o de la peligrosidad de la tentativa. No obstante, se debe poner en duda ya el hecho de que el BGH mismo vea aún hoy las cosas de modo tan indiferenciado; en efecto, en decisiones más recientes va apareciendo cada vez más el principio de que en la decisión sobre la atenuación del marco penal según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, hay que «basarse en primer lugar, en el peso de las circunstancias referidas a la tentativa» (18). Pero esta

(15) Cf. especialmente BGHSt., t. 16, pp. 351, 353; t. 17, p. 266; BGH; StV, 1984, p. 246; 1985, p. 411; BGH, GA, 1984, pp. 374, 375; de tiempos recientes, BGH, StV, 1990, pp. 62, 63, y BGH, en DETTER, NStZ, 1990, p. 176 (con salvedades, véase *infra*, nota 18), p. 485; de la doctrina, cf. ante todo BRUNS (como en nota 2), p. 446; G. HIRSCH, *LK*, § 49, núm. 4; véase por lo demás la detallada presentación del estado de las opiniones en HETTINGER, *Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen*, 1982, pp. 178 y ss., y TIMPE (como en nota 11), pp. 21 y ss.

(16) BGHSt., t. 17, p. 266.

(17) Críticamente, sin embargo, a partir de BGH, NStE, § 23, núm. 2 (donde, con todo, no se trataba de antecedentes penales pertinentes).

(18) Cf. especialmente BGH, NStE, § 23, núm. 2, donde se habla decididamente de causas referidas a la tentativa; además, BGHSt, t. 25, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18 y ss.; BGH, en THEUNE, NStZ, 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1989, p. 467; véase también MEYER-GÖBNER, NStZ, 1988, p. 535, y SCHÄFER (como en nota 7), núms. 400 y s. (quien exige, sin embargo, de nuevo junto a ello también [?] una valoración total).

cuestión —que apenas puede ser contestada de modo fiable— del punto de vista actual del BGH o de sus Salas [probablemente tampoco completamente uniformes (19)], puede quedar aquí a un lado. Lo decisivo es que, en todo caso, es insostenible la concepción de que, respecto de la atenuación del marco penal según el § 49, párr. 1, en casos de tentativa (como también en otros casos), haya que decidir por vía de una consideración de conjunto de todas las circunstancias del hecho, para lo cual se trataría sustancialmente de la justicia de la atenuación del marco en vista a estas circunstancias totales (20). Ella ha constituido durante mucho tiempo un obstáculo suficientemente inhibitorio para el desarrollo de una dogmática refinada de la medición de la pena en el ámbito de la decisión sobre el marco penal, y no debería fortalecerse más a esta desgracia, al hacer aparecer la elaboración de lineamientos diferenciadores, de antemano, como una innecesaria pérdida de tiempo, amenazando así con ahogarla en sus germen; esto, tanto más cuando, por otro lado, una raíz de tal persistencia podrían constituirla, precisamente, también ciertas falencias en el ámbito de los lineamientos diferenciadores aplicables. Las razones para la insostenibilidad de la teoría de la relevancia de todas las circunstancias de medición de la pena, también para la decisión sobre el marco, han sido expuestas repetidamente en los últimos años, incluso por mí mismo (21). Basta por ello, y es recomendable a la vez, para llegar aún al tema propiamente dicho, con que los argumentos más importantes sean mencionados aquí nuevamente sólo en forma esquemática.

La teoría de la consideración total está expuesta a graves objeciones, ya desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley. Ya la sola exigencia de determinar el marco

(19) Mientras que, p. ej., el BGH, en NStE, § 23, núm. 2 (Sala 1.^a) no quiere hacer bastar para la denegatoria, la circunstancia, no referida a la tentativa, de los antecedentes penales (así y todo, sin embargo, antecedentes no pertinentes), el BGHSt., t. 35, p. 347, 355 y s. (Sala 4.^a), le atribuye un peso decisivo (en el sentido de conceder la atenuación) a la circunstancia, igualmente no referida a la tentativa, de la estructura de la personalidad del acusado.

(20) Esta consecuencia relevante para la diferenciación, sin embargo, ya no se menciona, con frecuencia, en absoluto; véase, sin embargo, BGHSt, t. 17, p. 266.

(21) Una crítica profunda de la concepción que quiere hacer depender la atenuación del marco de una valoración de conjunto de todas las circunstancias del hecho relevantes para el ilícito y la culpabilidad, se encuentra en TIMPE (como en nota 11), pp. 32 y ss.; HORN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 573 y ss.; FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 944 y ss.; véase además LACKNER, § 49, núm. 4 (que si bien se atiende a la valoración total, quiere reconocer para ésta sólo una base restringida de la situación de hecho, lo cual, sin embargo, deja de ser una valoración total considerada estrictamente). De hecho, la valoración total también es rechazada por todos aquellos que quieren hacer valer, en la decisión según el § 23, párr. 2, sólo circunstancias referidas a la tentativa, en la de los delitos de omisión, sólo circunstancias referidas a la omisión; véase *infra*, las referencias de nota 35.

penal decisivo para la ulterior medición de la pena mediante la ponderación de numerosos factores contrapuestos, provoca peligros, en esa medida, insuperables. Pues, con ello, las múltiples oscuridades acerca de la correcta dirección de la valoración y, principalmente, del peso de los factores de medición de la pena, con la falta de parámetros aceptados —que se halla detrás de ello— para la respuesta a esta cuestión, cobran pleno efecto, ya sobre la base del ulterior proceso de medición de la pena; en esa medida, generan inseguridad. Este peligro es agravado aun por el hecho de que el BGH habla, generalmente, sólo de los métodos (consideración total) y del conjunto de factores a incluir, mientras que, por el contrario, o bien omite mencionar el resultado de la valoración a alcanzar, o bien describe conceptos cuya vaguedad apenas podrían ser superada —como, p. ej., la cuestión de si el hecho tentado debe ser castigado «con justicia más benignamente, según el contenido de ilícito y culpabilidad» (22). Apenas hace falta acentuar que, con tales instrucciones de acción dirigidas al juez, la afirmada validez del principio de determinación incluso para el ámbito de las consecuencias jurídicas queda desnaturalizado en una mera declamación.

Pero la teoría de la consideración total también es incompatible —en segundo lugar—, con la función del marco penal de constituir una prevaloración legal, de la cual parte la jurisprudencia misma. Según ello, los valores-límite de los respectivos marcos penales se corresponden a los puntos finales de «una escala de gravedad continua igualmente invisible», que corre paralelamente al marco penal, y en la cual se deben alinear todos los casos posibles del tipo delictivo —ascendiendo, desde lo leve a lo grave— (23). Para determinar la pena, el juez debe orientarse siguiendo esta escala de gravedad; ella constituye, para él, el parámetro —que el juez lesiona si, p. ej., castiga un hecho de mediana gravedad con la pena mínima (24)—. Con este modelo materialmente convincente del marco penal como escala de gravedad y principio de valoración, adoptado también por la jurisprudencia, se halla en una insuperable tensión la exigencia de llegar a un juicio acerca del marco penal respectivamente adecuado, sobre la base de una consideración de conjunto de todos los hechos relevantes para la medición de la pena. Pues, con esta exigencia, aquello que debería vincular al juez habrá quedado a su disposición; al menos así, si uno no precisa los principios de la decisión, ni los determina en su contenido, más que lo que lo hace la jurisprudencia mencionada. Una vinculación que está a disposición de la persona a vincular, es, empero, un sinsentido patente. La idea de un parámetro de valoración para el juez, contenido en el marco penal, conserva su

(22) Así, BGHSt, t. 17, p. 266.

(23) Cf. *supra*, las referencias de nota 13.

(24) BGH, NStZ, 1984, p. 117.

sentido y significación, sólo si se parte de que, en el caso de varios marcos penales que están a disposición, hay determinados parámetros jurídicos igualmente vinculantes, y esto significa especialmente: apropiados, según su contenido, para poder desarrollar una vinculación, los cuales declaran como determinantes para la ulterior valoración comprensiva del caso, determinados marcos penales, o sea, los parámetros de valoración contenidos en ellos (25). A este respecto, es manifiesto que tal preselección vinculante del marco penal decisivo está asegurada de la manera más pronta posible, si, para el carácter determinante de un marco penal o de otro, no importa un juicio total aún a precisar (en realidad, posible sólo de modo impreciso) (26), sino que esté dado un conjunto limitado de circunstancias.

En la misma dirección —que, a la vez, convierte al ocuparse de la decisión sobre el marco penal correcto en caso de tentativa en un tema digno de atención— se hallan también, sin embargo, otros dos criterios que descubren además otros aspectos de la insostenibilidad de la tesis de la consideración total. Por un lado, está el criterio puesto de relieve por Warda ya en 1962, de que la teoría de la consideración total fracasa en los relevantes sectores de intersección, que existen ampliamente entre los marcos penales normal y especial (27). Pues, si, para la determinación del marco penal correcto, debiera importar su propiedad o adecuación para aplicar, en el caso, la pena justa (propiedad que, por su parte, es exigida también por la consideración total postulada por la jurisprudencia), la perplejidad está programada verdaderamente allí donde el castigo justo o (si no) adecuado, es posible por igual tanto sobre la base de un marco penal, como del otro —por tanto, en el ámbito de las magnitudes penales comunes y de los grados de gravedad totales correspondientes a ellas—. En esa medida, una diferenciación es posible sólo más allá del resultado de esta valoración total. Por otro lado, empero, y principalmente, la incorrección de la teoría de la consideración total resulta también del fin de regulación de la atenuación del marco para casos de tentativa (y, en general, del de las atenuaciones facultativas del marco según el § 49, párr. 1), el cual se deriva, de nuevo, ya de consideraciones sistemáticas. Efectivamente, no es por casualidad que la atenuación del marco que aquí interesa sea para el caso de tentativa. Se puede expresar con pleno sentido, más bien, que la ley quiere tomar en cuenta aquí, al abrir la posibilidad de atenuar el

(25) Naturalmente, ellos no necesitan estar detallados legalmente, también pueden ser vinculaciones a elaborar por la jurisprudencia en el marco de su misión de concretización (véase también aún *infra*, 3).

(26) Ya semánticamente faltan las posibilidades de una expresión correspondiente.

(27) WARD, *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, pp. 109 y s.; véase complementariamente, FRISCH / BERGMANN, *JZ*, 1990, pp. 948 y s.

marco, ciertas propiedades valorativas relevantes, precisamente de la tentativa (28). Debe considerarse que el hecho es digno de una pena menor, con relación al hecho consumado presupuesto en el marco penal normal, lo cual precisamente tiene relación con que el hecho se ha atascado en el estadio de tentativa. Correspondientemente, acerca de la concesión o denegación de la atenuación del marco, sólo pueden ser decisivas aquellas circunstancias que son capaces de expresar algo en esta dirección específica: ellas se refieren, por tanto, a la razón específica de si el hecho, *por* su carácter de *tentativa*, queda rezagado decisivamente, respecto del merecimiento de pena del hecho consumado. Las circunstancias que carecen de esta fuerza de expresión en este aspecto específico, tienen que ser excluidas respecto de la decisión sobre la concesión o denegación del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1. Al conjunto de estas circunstancias irrelevantes en el aspecto de la decisión sobre el marco, lo integran todas las circunstancias que aparecen no sólo en caso de tentativa, sino exactamente igual (y esto significa a la vez: sin modificación de su valor de posición), también en los correspondientes hechos consumados. Configuran ejemplos típicos los antecedentes penales, la confesión, determinados elementos del carácter o la susceptibilidad del autor a la pena. Circunstancias de esta clase, y de otras similares atípicas, ni son apropiadas para fundamentar la atenuación del marco, en caso de que se traduzcan de modo correspondientemente favorable (29), ni son idóneas —por otra parte— para denegar la atenuación del marco, en caso de que se muestren de modo correspondientemente negativo. Antes bien, se puede recurrir a ellas —también en casos de tentativa— solamente para concretar la medida de la pena dentro del marco penal. Todo esto vale tanto más, en cuanto es exigido no sólo por el fin de regulación de la atenuación del marco, sino que también es ineludible para evitar diferenciaciones arbitrarias. Pues no existe ninguna razón material que aparezca como evidente para tratar a las circunstancias que —como los antecedentes penales, determinados elementos del carácter, la susceptibilidad a la pena, etcétera— pueden ser consideradas en el hecho consumado solamente dentro del marco penal, y así deben ser elaboradas, de una manera distinta *con motivo* de una tentativa, o sea, en el sentido de una concesión o denegación de la significativa atenuación del marco (30).

(28) Cf. también DREHER, JZ, 1957, p. 146; STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer Juristentag*, 1963, p. 259; véase complementariamente, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 949, con otras referencias.

(29) No es convincente, por ello, BGHSt., t. 35, pp. 347, 355, donde la estructura de la personalidad de la coautora es considerada como razón suficiente para la atenuación del marco (la admisión de una atenuación fue, en las consecuencias, sin embargo, correcta; ella se derivó, sin embargo, de lo dicho *infra*, bajo III.1).

(30) Acertadamente, JAKOBS, *Strafrecht, AT*, 2.^a ed., 1991, 25/78: arbitrariedad (en JAKOBS, *lug. cit.*, también con otras referencias).

3. Si no todas las circunstancias relevantes para la medición de la pena, según todo lo dicho —en contra de la teoría de la consideración total—, guardan relación con la atenuación del marco penal en caso de tentativa, sino que, antes bien, es significativo sólo un ámbito más estrecho, vinculado específicamente a la ratio, entonces, con ello ya se hace visible un primer campo de temas de reflexiones dogmáticas necesarias para la decisión sobre el marco penal en caso de tentativa (31): dentro del campo total de circunstancias relevantes para la medición de la pena, hay que determinar aquellas que son significativas para la decisión sobre el marco penal. Sin embargo, ésa no es la única misión a llevar a cabo. La dogmática de la medición de la pena podría restringirse a la circunscripción y descripción de las circunstancias significativas para la atenuación del marco, sólo si, con prescindencia de esa restricción del conjunto de circunstancias específicas (para la atenuación del marco), no hubiera otras condiciones jurídicas significativas para la decisión sobre el marco; si el aplicador del derecho, por tanto —en la medida en que él se restringiera en su argumentación sólo al conjunto de las circunstancias específicas— pudiera decidir, en lo demás, así o asá, es decir, en la existencia de factores iguales (dado el caso, que puedan expresarse de igual forma), pudiera tanto conceder la atenuación del marco, como también denegarla. Pero justamente eso parece, por diversas razones, completamente insostenible. En primer lugar, ya en sí mismo sería difícilmente comprensible qué sentido tendría una restricción del material de la decisión a determinadas circunstancias, si, por lo demás, estas circunstancias no influyeran también sobre la decisión, sustancialmente, en un sentido o en el otro. Pero, en segundo lugar, y principalmente, sería también incompatible con el principio de igualdad, que el ordenamiento jurídico le permitiera al juez que, existiendo constelaciones idénticas de circunstancias específicas para el marco penal, pudiera tanto conceder como denegar la atenuación del marco (32). Con otras palabras, mentalmente están presupuestas ciertas otras condiciones —p. ej., en el sentido de que la atenuación del marco, existiendo determinadas circunstancias o constelaciones, debe ser concedida o denegada—. El carácter facultativo de la atenuación del marco para el caso de tentativa no se contraponen a todo lo dicho. Que el juez «pueda» conceder la atenuación del marco no debe ser entendido en el sentido de que existe un ámbito de libertad abierto al juez, para decidir en una determinada

(31) Lo mismo vale, naturalmente, también para otras atenuaciones del marco según el § 49, párr. 1; véase al respecto, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 952 y s.

(32) Respecto de que, antes bien, en vista del principio de igualdad y la esencia del derecho, deban vincularse, a situaciones de hecho esencialmente iguales, consecuencias jurídicas iguales, cf., p. ej., PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen*, 2.^a ed., 1991, núms. 53 y ss., 100 ss., 870 y ss., y *passim*; véase también ya FRISCH (como en nota 13), pp. 142 y ss.

situación así, y en otra exactamente igual, de otro modo (ya por el hecho de que una facultad de esa clase sería inadmisibles). Antes bien, ella debe ser considerada ante el trasfondo de la imposibilidad de una decisión legal estricta, tal como sucede especialmente en las causas de atenuación obligatoria de la pena (33): el legislador ve —en primer lugar— que sería inadecuado (a diferencia de otros casos de atenuación obligatoria del marco, por ejemplo, para la complicidad) castigar todos los casos de tentativa con un marco penal atenuado, y que, por tanto, es necesaria una diferenciación. Pero —en segundo lugar— se ve a la vez imposibilitado para realizar, ya en el plano de la ley, esta diferenciación entre casos de tentativa dignos del privilegio (en el marco) y casos que, en esa medida, no lo son. La precisa comprensión y descripción de las situaciones de hecho que merecen una atenuación del marco, y aquellas en las cuales ésta no es acertada, se deja librada —como también en otros casos— a instancias de concreción del derecho, por tanto, a la jurisprudencia y a la ciencia. Ellas deben elaborar aquellas reglas de atribución más diferenciadas —entonces, estrictas— (34) respecto de las cuales la ley (por diversas razones) no se ve en situación de determinar. Aquí reside la verdadera misión de una dogmática de la decisión sobre el marco penal en la tentativa, que mentalmente implica el circunscribir los factores en suma significativos.

II. CIRCUNSTANCIAS REFERIDAS A LA TENTATIVA, RATIO DE LA ATENUACIÓN Y DIFERENCIAS EN EL ÁMBITO DE LOS TIPOS DELICTIVOS

1. Desde tiempo considerable, existen puntos de partida, en la doctrina, para tal precisión dogmática de los criterios y lineamientos de la decisión sobre el marco penal en caso de tentativa. En su núcleo ellos conducen a la tesis de que acerca de la aplicación o denegación de la atenuación según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, sólo podrían decidir circunstancias referidas a la tentativa; circunstancias que se hallan fuera del círculo de las circunstancias referidas a la tentativa —como, p. ej., inequívocamente, la susceptibilidad del autor a la pena, su conducta posterior al hecho, o su carácter—, tendrían que permanecer, para esta decisión, fuera de consideración (35). Acerca

(33) Acerca de lo que sigue, en detalle ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 947 y s.

(34) Véase *infra*, con más detalle, la diferenciación del punto III.

(35) En este sentido, especialmente DREHER, JZ, 1956, p. 683; *idem*, JZ, 1957, p. 156; *idem*, JZ, 1968, p. 213; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7; JAKOBS (como en nota 30), 25/78; RUDOLPHI, SK-SiGB, 5.^a ed., a abril de 1991, § 23, núm. 3; VOGLER, en: *Leipz. Komm.*, 10.^a ed., 1983, § 23, núm. 10; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 4.^a ed., 1988, pp. 422 y s.; véase tam-

de la aplicación o no aplicación del § 49, párr. 1, para el caso de tentativa, deciden, con ello, puntos de vista como el estadio hasta el cual se extendió la tentativa (36), las razones determinantes para la no producción del resultado (37), la peligrosidad de la tentativa (38), etcétera (39).

De hecho, dentro de la teoría de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa se pueden divisar, nuevamente, dos corrientes diferentes: la primera, si bien declara más o menos decididamente las circunstancias relevantes según su naturaleza, evita, en lo demás, clasificaciones estrictas (como la atenuación sólo hasta un determinado punto temporal de la tentativa) y está caracterizada así tanto por la tendencia a circunscribir los factores relevantes, como por los simultáneos esfuerzos por la elasticidad para la valoración del caso (40). Los defensores de la otra corriente van más allá: ellos se esfuerzan por lograr declaraciones bien estrictas, en el sentido de una aplicabilidad o no aplicabilidad de la atenuación, para ciertos tipos de tentativas. Con relación a las rúbricas corrientes de la dogmática de la tentativa se distingue al respecto, por ejemplo, entre tentativa acabada e inacabada, y la tentativa inacabada es mencionada regularmente como caso de una atenuación obligatoria, la tentativa acabada, en cambio, es sustraída, como tendencia, de la atenuación, porque el autor habría hecho aquí todo lo que, según su representación, era necesario para la producción del resultado delictivo, por ende, se habría cargado ya con un *quantum* de culpabilidad, que en

bién STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer. Juristentag*, 1963, pp. 247 y ss. Abogan en el sentido de un lineamiento general para apoyarse sólo en circunstancias específicas, p. ej., TIMPE (como en nota 11), pp. 32 y ss., y LACKNER, § 49, núm. 4. Acerca de las tendencias de la jurisprudencia más reciente, si bien no apoyándose exclusivamente en razones referidas a la tentativa, pero dándole a éstas un peso particular, véase ya *supra*, en notas 18 y s.

(36) Destacado especialmente por DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7; VOGLER, LK, § 23, núm. 10; también en la más reciente jurisprudencia se acentúa especialmente, entretanto, la proximidad a la consumación del hecho, véase, p. ej., BGHSt., t. 36, pp. 1, 18; BGH, NStE, § 23, núm. 2.

(37) JAKOBS (como en nota 30), 25/79: el planeamiento fugaz como causa de la no producción del resultado.

(38) Véase p. ej. DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3, con otras referencias de la jurisprudencia; VOGLER, LK, § 23, núm. 10; según la más reciente jurisprudencia, la peligrosidad de la tentativa integra las circunstancias especialmente significativas, cf. las referencias de nota 36.

(39) Como otros puntos de vista sean mencionados especialmente: los casos marginales de tentativa inidónea por grosera irrazonabilidad y la conducta análoga al desistimiento (cf. TIMPE [como en nota 11], pp. 109 y ss., 127 y ss.; JAKOBS [como en nota 30], 25/79).

(40) Como representantes de este punto de vista deben ser mencionados, p. ej., JAKOBS (como en nota 30), 25/79; JESCHECK (como en nota 35), pp. 422 y s.; RUDOLPHI, SK-StGB, § 23, núm. 3; DREHER, JZ, 1956, p. 683.

vista además de las múltiples casualidades de la falta de producción del resultado se corresponde ampliamente al del hecho consumado, y que, por ello, exigiría la equiparación con él en el marco penal (41). Las ocasiones en que se sale de esta regla son concedidas más bien sólo como casos de excepción —por ejemplo, para el caso de una tentativa inidónea (acabada) (42), o para el caso de que el autor despliegue, en conexión con su acción de tentativa, esfuerzos análogos a un desistimiento para evitar la producción del resultado (43).

Con el rechazo de la tesis de la necesidad de una llamada consideración total todo parece hablar en favor, a primera vista, de la teoría de la relevancia de las razones referidas sólo a la tentativa específicamente, y, dentro de este marco —incluso antes de cualquier decisión en favor de una o de otra de las corrientes mencionadas—, de nuevo en favor de una vinculación a los tópicos de la clase esbozada. Si la ley quiere que sean tratados más benignamente sólo una parte de los casos de tentativa: ¿qué habrá más a mano que delimitar, dentro del campo total de los casos de tentativa, los casos dignos de una pena mayor, de aquellos de una pena menor, recurriendo a conceptos y clasificaciones que también son aplicados, en otros casos, para caracterizar diferentes constelaciones? Con todo lo convincente que pueda parecer, en principio, la teoría de la relevancia de las razones referidas a la tentativa, también contra ella existen objeciones.

2. Ya ni el trasfondo ni el punto de partida intelectual de esta teoría pueden satisfacer. Efectivamente, al integrar el contenido de la atenuación facultativa, no se trata simplemente de delimitar entre sí grupos de casos de tentativa, desde el punto de vista del mayor o menor merecimiento de pena. La misión dada al aplicador del Derecho tiene un contenido específico: se debe indagar a qué constelaciones de casos alcanza la ratio de la atenuación de la tentativa, y a cuáles no. Pero la ratio de la atenuación de la tentativa se debe ver ante el trasfondo del desplazamiento de la pena de la consumación: el sentido de la atenuación facultativa de la tentativa es el de subordinar a una atenuación a aquellas constelaciones de casos de tentativa —para las cuales debido a que sólo se ha dado una tenta-

(41) En este sentido, especialmente SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; véase también detalladamente WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pp. 309 y ss., 312 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 243 y s., y DORNSEIFER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 439; expresamente en contra, p. ej., BGH, StV, 1991, 105 (= BGH, en DETTER, NStZ, 1991, p. 272).

(42) Cf. p. ej. WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a.

(43) Esto es destacado especialmente por TIMPE (como en nota 11), pp. 142 y ss.; análogamente, JAKOBS (como en nota 30), 25/79.

tiva (44)— aparezca inadecuada la pena de la consumación (más precisamente: la imposición del marco previsto para el hecho consumado). Lo inadecuado de la pena de la consumación puede resultar aquí, nuevamente, sólo de una cosa: de que determinadas constelaciones de tentativa no todas (45) revelan déficit en comparación con el hecho consumado, los cuales hacen aparecer al castigo según el marco penal del hecho consumado como no justificado. En otras palabras, la razón de la atenuación de la tentativa es la falta de elementos del hecho consumado, que conllevan decisivamente la justificación del castigo según el marco penal del hecho consumado. Este criterio configura, a la vez, el lineamiento para la determinación de aquellas circunstancias que deciden sobre la aplicación o denegación de la atenuación de la tentativa: son determinantes aquellas circunstancias en cuya existencia, o no existencia, concurren, o no concurren, ciertos elementos que conllevan decisivamente el marco penal de la consumación.

La diferencia entre este cuestionamiento, orientado a la ratio de la atenuación para la tentativa, y la teoría de la relevancia de circunstancias sólo referidas a la tentativa, con sus concretizaciones pertinentes, no es difícil de percibir: si uno parte de la ratio de la atenuación para la tentativa, entonces, no es para nada obvia una restricción a circunstancias referidas a la tentativa de la naturaleza arriba explicada. No sólo entran en consideración propiedades de la tentativa, o de la dogmática de la tentativa, como razones para la inadecuación de la pena de la consumación. Más bien es completamente concebible todavía algo que apenas es considerado, lamentablemente, en la discusión actual: dado que los delitos del StGB están concebidos de modo extremadamente diferente, no es imposible que, en determinados delitos, o tipos de delitos, ya la falta de consumación sea suficiente como una razón de tal índole como para conceder la atenuación de la tentativa —o sea que, en estos delitos, con la falta de la consumación decae a la vez un hecho decisivo, cofundamentador de modo determinante de la medida de la pena—. No es ningún argumento en contra de esto, el hecho de que la ley no haya tomado a la falta de consumación como motivo de una atenuación obligatoria (46); pues aquí no se trata en absoluto de considerar a la no producción de la consumación como tal, una razón suficiente para la atenuación: la razón para la atenuación es más bien que, con la falta de la consumación, sólo en determinados delitos hay a la vez un déficit en

(44) Véase *supra*, según la nota 28.

(45) Pues, si no, la atenuación tendría que ser obligatoria.

(46) Un argumento que aparece con frecuencia, cuando la falta de resultado es caracterizada impropriamente como única fundamentación de la atenuación, cf., p. ej., Bruns (como en nota 2), p. 443; SCHÄFER (como en nota 7), núm. 398; véase también SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7.

el ámbito de la base de la justificación de la pena (47). Esta posibilidad ulterior de una indicación de la atenuación para la tentativa queda fuera de consideración —si bien, como consecuencia del punto de partida— en la teoría de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa, que investiga exclusivamente las propiedades valorativamente relevantes de la tentativa (48). Ello es delicado, porque en el caso de una tal indicación de la pena de la tentativa, para la tentativa de determinados tipos de delitos, la discusión completa sobre otras propiedades relevantes para la atenuación en el ámbito de las constelaciones de la tentativa de estos delitos, pierde su sentido, bajo el aspecto de la atenuación del marco: dado que la atenuación del marco en estos delitos —debido al déficit en el ámbito de la base de justificación de la pena, vinculado aquí a la falta de consumación— abarca todos los casos de tentativa, a las correspondientes circunstancias características de la tentativa no les correspondería, en esa medida, una significación para la elección del marco penal, sino solamente para concretar la pena dentro del marco atenuado de la tentativa.

3. Las objeciones recién esbozadas contra la teoría de la relevancia (sólo) de circunstancias referidas a la tentativa no sólo son objeciones teóricas contra la metódica de esta teoría. Ellas tienen un trasfondo práctico y un contenido. Ello se hace reconocible inmediatamente, si uno se libera de otro defecto de la discusión actual: la discusión en torno a lo adecuado de la atenuación para la tentativa padece también de una consideración insuficiente de las diferencias entre los tipos delictivos (49). Por medio de esta forma niveladora de consideración, se pierde de vista un punto importante: el dato técnico, previo para la existencia de una tentativa, de la falta de consumación, es, en el contexto de diversos tipos delictivos, de una significación material completamente diferente (50). En una serie de delitos, él coincide con un dato material, a saber: con un déficit en el ámbito de la base de justificación de la aplicación de la pena. En

(47) Acerca de que esta coincidencia entre el dato formal de la falta de consumación y un dato materialmente significativo de la falta de resultado, exista, de hecho, sólo fragmentariamente, véase aún *infra*, 3.

(48) Sin embargo, sería posible calificar este déficit de la tentativa en determinados delitos, igualmente como referido a la tentativa en un sentido específico (o sea, como caracterizador precisamente de este grupo de tentativas).

(49) En el punto central de la discusión sobre la atenuación, están en general los puros delitos de resultado, especialmente los tipos de lesión corporal y de homicidio. El problema de la atenuación en caso de tentativa, en el marco de tipos como, p. ej., de los §§ 146, 242 o del § 267, StGB, ha sido poco discutido, o apenas se lo ha hecho.

(50) Insinuándolo, y —con razón— en el sentido de favorecer la consideración más fuerte de las diferencias de resultado que hay aquí, sin embargo, DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452.

otros delitos, por el contrario, no se puede hablar de una divergencia material correspondiente entre tentativa y consumación. En concreto:

En una serie de delitos la consumación está vinculada a la existencia de un resultado disvalioso que si bien está en una relación de realización con la acción típica (51), está separado de ésta, es autónomo. Configuran ejemplos característicos los delitos de lesiones, de homicidio o de daño: para todos ellos, es característico que la comisión consumada del hecho presupone, junto a una acción dirigida al resultado típico, además un suceso disvalioso especial, que se presenta como realización del peligro generado por la acción. Cuánto vale este suceso disvalioso como parte esencial de la justificación de la pena del delito consumado, se refleja no sólo en el persistente atenerse de la dogmática del derecho penal a una comprensión del ilícito asentado sobre dos eslabones, consistentes en el ilícito de acción y en el de resultado (52). Ello se deriva ante todo de la ley misma —así, cuando, de la producción de un determinado disvalor de resultado, se hace depender la punición de ciertas acciones, por ejemplo, en casi todo el campo de la imprudencia, pero también en muchas formas de conductas dolosas (a saber, en caso de impunidad de la tentativa) (53)—. En la misma dirección corre el criterio de que la producción de un resultado determinado conduce, con relación a delitos con la misma acción —como, p. ej., en la relación entre el § 315, c, y el § 316, StGB—, a una clara agravación de la pena (o sea que, su ausencia, a un tratamiento más benigno). Configuran otras pruebas las numerosas modificaciones del marco penal en caso de producción de resultados calificantes (54). Estas decisiones lega-

(51) Acerca de la exigencia de la realización del peligro propio de la acción típica en el resultado producido, como elemento del tipo (no escrito) de los delitos de resultado, cf. especialmente, RUDOLPHI, *SK-StGB*, previo al § 1, núm. 57, con otras referencias, así como también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 507 y ss.

(52) Acerca de esta comprensión, p. ej., GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 155 y ss., 161 y ss.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / LENCKNER, antes de los §§ 13 y ss., núms. 58 y s.; STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, pp. 177 y ss., 182 y ss.; WOLTER (como en nota 41), pp. 109 y ss., 127 y ss., y FREUND, *Erfolgdelikt und Unterlassen*, 1992, § 9, II; en WOLTER y FREUND, también acerca de los modelos divergentes de ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, *passim*, y ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 410 y s. En profundidad, y críticamente acerca de los conceptos dualista y monista del ilícito, DEGENER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 364 y ss., 366 y ss.

(53) Pues la idea de que esta restricción no tenga nada que ver con las diferencias en el ámbito del dato legitimante de la pena, p. ej., basándose solamente en puntos de vista de una economía del castigo (véase al respecto, en general, últimamente DEGENER, *ZStW*, 103 [1991], pp. 378 y ss.), apenas podrá ser defendida con seriedad. Coincidentemente, FREUND (como en nota 52).

(54) Independientemente de si se trata de auténticos delitos calificantes por el resultado, o de la mención de consecuencias calificantes en los ejemplos-regla.

les, que son expresión, por su parte, de ideas valorativas muy difundidas (55), podrán ser puestas en duda personalmente, porque uno no comparta estas ideas valorativas, o las considere racionalmente no fundamentables (56). Pero esto no modificará en nada su existencia, ni, con ello, que la consumación de un delito representa, en los casos de esta clase de predecisiones sintomáticas de la ley, la existencia de un disvalor adicional, significativo para la justificación de la pena, el cual falta, de antemano, en un hecho atascado en tentativa. Se podría ignorar estas predecisiones legales, a lo sumo, si ellas fueran arbitrarias o insostenibles. Pero difícilmente se pueda decir esto. Pues incluso si aquellos sentimientos de la generalidad que están detrás de la separación entre la conducta sin consecuencias de aquella que las produce (la conmoción especial, la especial necesidad de satisfacción) (57) hubieran de ser irracionales (58), es de todos modos defendible, incluso racionalmente, que el legislador tome en cuenta para la delimitación de la pena (también según su medida) la falta o la menor significación de esos sentimientos y necesidades, en el caso de la conducta sin consecuencias (59).

Las cosas son completamente distintas en una serie de otros delitos: en ellos la consumación está determinada de manera más o menos técnica; las situaciones de hecho de disvalor calificadas no están vinculadas con su existencia. Configuran ejemplos característicos los delitos de puesta en peligro abstracto y los llamados delitos de resultado recortado. La consumación está aquí todavía lejos de aquel suceso disvalioso que puede ser concebido como la situación de hecho de ilícito autónoma (a impedir). A modo de ejemplo: El hurto y la falsificación de documentos están consumados, mucho antes del desapoderamiento (fáctico) del propietario o del engaño en el tráfico jurídico; la declaración falsa está consumada, mucho antes e independientemente de si se llega a una apreciación falsa del caso.

(55) Acertadamente, STRATENWERTH, SchwZStR, 79 (1963), pp. 253 y s.; como dato fáctico reconocido también por los críticos, cf., p. ej., ZIELINSKI (como en nota 52), p. 201.

(56) Cf., p. ej., ARMIN KAUFMANN (como en nota 41), pp. 243 y s.; DORNSEIFER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, pp. 427 y ss.; en contra, JAKOBS (como en nota 30), 6/73, con otras referencias de la opinión dominante.

(57) Más en detalle, FRISCH (como en nota 51), pp. 561 y ss.; DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 451; DEGENER, ZStW, 103 (1991), pp. 376 y ss.

(58) En contra de ello, JAKOBS (como en nota 30), 6/73; FREUND (como en nota 52), § 9, II, especialmente según la nota 52.

(59) Acertadamente, DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452; JAKOBS (como en nota 30), 6/73, y FREUND (como en nota 52), § 9, II, según nota 59. Esto sería distinto, sólo si ya tales diferencias no existieran. En la actualidad, sin embargo, esto apenas se podría decir (véase también el repaso de DEGENER, ZStW, 103 [1991], pp. 386 y ss., acerca de los resultados de las correspondientes investigaciones de psicología social).

En casos de esta clase, con la producción de la consumación no se traspasa a la vez un umbral de disvalor adicional, materialmente significativo: no produce ninguna diferencia esencial en la apreciación del disvalor, que el ladrón sea detenido poco antes o poco después de guardar el objeto en su bolsillo o que el falsificador lo sea durante la elaboración del documento falso o recién después de soltar el lápiz tras el último punto, etc. (60).

La cuestión de si un delito determinado pertenece a un grupo o al otro, se orienta —ésto, para evitar malentendidos— no según la posibilidad técnica de clasificar al delito como delito de resultado, o la imposibilidad de ello, por tanto, no depende de que el delito revele un resultado determinado, separable de la acción, en el mundo exterior. Correcto es, solamente, que los delitos de resultados clásicos (delitos de homicidio, de lesiones, de daño, de estafa, de infidelidad, etcétera) son, a la vez, casos modelo del primer grupo. No obstante, hay delitos con un resultado exterior determinable, junto a la acción del hecho, en los cuales no se puede hablar de un disvalor de resultado separado, autónomo, que está junto a la acción. Como ejemplo, los delitos de incendio y de envenenamiento: la situación exigida en los §§ 306 y ss., StGB, de que un edificio sea alcanzado, de modo tal que esté en condiciones de continuar ardiendo por sí mismo (61), y la posibilidad de la sustancia proporcionada, de producir un efecto, exigida en el § 229, StGB, pueden ser caracterizadas absolutamente como estados de situación especiales del mundo exterior (62). Ellos no describen especiales disvalores de resultado junto a la acción típica. Los verdaderos disvalores de resultado —la destrucción de determinado edificio o la producción de un daño a la salud— están, en los tipos correspondientes, más bien completamente fuera de la realización del tipo. Las situaciones de hecho descritas en los tipos mismos, necesarias para la admisión de consumación, caracterizan, en el fondo, sólo la orientación de peligrosidad específica y la dimensión del peligro de la acción: ellas formulan, sustancialmente, casos especiales de tentativas acabadas, con lo cual la ley no se limita sólo a postular que el autor tendría que haber hecho todo lo que era necesario (según su criterio), para que se llegue a la producción del

(60) Tras la fijación de los límites de la consumación en estos delitos, se hallan muchas veces puntos de vista puramente preventivos o procesales, etc., cf., p. ej., para el § 267, StGB, TRÖNDLE, en: *Leipz. Komm.*, 10.^a ed., 1982, previo al § 267, núm. 14, y, para el § 242, StGB, la conocida discusión en torno a las teorías de la *contractatio*, de la *apprehensio*, de la *ablatio* y de la *illatio*.

(61) Así, BGHSt., t. 18, p. 363.

(62) En parte, se lo formula incluso así, cf., p. ej., HORN, *SK-StGB*, 4.^a ed., a octubre de 1990, § 306, núm. 10; en la más antigua doctrina ha sido caracterizada, p. ej., incluso la ejecución de la acción como tal, ya como resultado, cf., p. ej., v. LISZT / SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 25.^a, 1927, § 28, II (pp. 154 y s.). Acerca de la problemática de la calificación como delito de resultado, también FREUND (como en nota 52), § 1, nota 25.

verdadero suceso disvalioso a evitar, sino que, mediante la denominación de la correspondiente situación del mundo exterior, describe más de cerca la acción exigida según su dirección y fase, hasta la cual debe haber llegado. Sustancialmente se trata aquí, por tanto —no de otro modo a como sucede en el hurto, donde la acción del hecho del apoderamiento es definida, exactamente considerado, también mediante una modificación del mundo exterior (desplazamiento de la custodia)—, de delitos del segundo grupo.

III. CONCRETIZACIÓN DE LA IDEA DE LAS DIVERGENCIAS, RELEVANTES PARA LA LEGITIMACIÓN, ENTRE CONDUCTA DE CONSUMACIÓN Y CONDUCTA DE TENTATIVA, COMO LINEAMIENTO DE LA DECISIÓN SOBRE EL MARCO PENAL

1. Es fácil de percibir que la distinción esbozada precedentemente es, *de lege lata*, de significación decisiva, también para la cuestión de lo adecuado de la atenuación para la tentativa.

Allí donde, con la consumación, no se realiza un hecho disvalioso adicional, materialmente significativo, la falta de consumación —por tanto, la mera existencia de una tentativa— evidentemente no puede fundamentar una punición atenuada. Así sucede en los ejemplos expuestos del ladrón detenido mientras realiza la acción de sustraer la cosa, del falsificador sorprendido durante la falsificación, o del autor detenido en el momento de poner en circulación el dinero falso (63). Aquí, en el ámbito de estas situaciones de hecho, reside la verdadera justificación, más profunda, de la negativa de la ley a una atenuación obligatoria de la punibilidad de la tentativa; la permanente desatención a estos muy comprensivos grupos de delitos, en la discusión en torno a la punición «correcta» de la tentativa, la casi excluyente dirección de esta discusión hacia los delitos de resultado (64), constituye la fuente de energía de la exigencia hecha hasta hoy —sin razón— de una atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (65).

(63) Pues tampoco el mero acto del traspaso significa por sí solo, todavía, un hecho disvalioso adicional, materialmente significativo (p. ej., en caso del pronto descubrimiento de la falsificación burda, con la posibilidad de deshacer el negocio en cualquier momento); aquí vale lo dicho *supra*, II, 3, *in fine*.

(64) Cf. sólo la presentación en BRUNS (como en nota 2), pp. 438 y ss.; *idem*, *Das Recht der Strafzumessung*, 2.ª ed., 1985, pp. 170 y ss.; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9; también las reflexiones de TIMPE (como en nota 11), pp. 91 y ss., 102 y ss., circundan casi exclusivamente los delitos de resultado con un disvalor de resultado material.

(65) Cf. p. ej., BAUMANN, *Strafrecht*, AT, 9.ª ed., 1985, p. 477; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 1981, núms. 682 y ss.; *idem*, *Festgabe zum Schweitzer. Juristentag*, 1963, p. 260; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9; TIMPE (como en nota 11), pp. 99

En el ámbito de estos delitos, antes bien, sólo ciertas particularidades de la tentativa —que no se dan siempre— podrían fundamentar una atenuación (66).

Frente a ello, la valoración tiene que ser completamente diferente, *de lege lata*, en el ámbito de los verdaderos delitos de resultado: la consumación significa aquí no sólo un dato más o menos técnico, en el curso del acontecer, codeterminado con frecuencia por criterios forenses. Ella representa a la vez la existencia de otra significativa situación de hecho disvaliosa (que va más allá del disvalor de acción) (67), a la que la ley misma le atribuye tanta importancia que, de su existencia, hace depender muchas veces directamente la imposición de la pena, o, si no, en todo caso la aplicabilidad de un marco penal mayor (68). Esta predecisión, seguramente no insostenible (69) no puede ser ignorada, *de lege lata*, por una valoración de la tentativa que se esfuerce por ser consistente (70). Antes bien, ella tiene que tomar nota de que, con ello, falta, en los casos de tentativa (también de tentativa acabada) de estos delitos de resultado en sentido estricto, ya por el solo hecho de la ausencia del resultado, una parte significativa, según la apreciación legal —que sigue a una extendida valoración—, de aquella base de justificación sobre la cual está fundada la imposición de la pena prevista para los hechos consumados. Pero todavía se puede decir algo más: si este dato tiene tanta importancia en la valoración legal, que incluso puede decidir sobre «si» se debe aplicar pena, entonces, será en todo caso suficientemente importante para sustentar la atenuación del § 49, párr. 1. Esta consecuencia encuentra apoyo, adicionalmente, en que el legislador mismo, en de-

y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 6, acentuándose en general, sin embargo, que esto no significaría ninguna obligación a recurrir al especial marco penal atenuado. La atenuación obligatoria de la pena en la tentativa dispuesta por el Código penal imperial fue dejada de lado recién por el decreto del 29-5-1943.

(66) Con más detalle a este respecto, *infra*, 3 y 4.

(67) En lo que importa aquí no la precisa clasificación de este disvalor (parte del disvalor de acción, cf., p. ej., HIRSCH, ZStW, 94 [1982], pp. 240 y ss.; disvalor de resultado autónomo, cf., p. ej., STRATENWERTH, *Festschrift für Schaffstein*, pp. 182 y ss.; GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, pp. 161 y ss.; JAKOBS [como en nota 30], 6/73, con otras referencias); véase complementariamente, FRISCH (como en nota 51), pp. 513 y ss., 516 y ss., y FREUND (como en nota 52), § 9, II; de modo básicamente divergente sin embargo, no compatible con la ley ARMIN KAUFMANN, y sus discípulos, cf. *Festschrift für Welzel*, pp. 710 y s.; ZIELINSKI (como en nota 52), *passim*.

(68) Como ejemplo, cf. los delitos imprudentes de resultado, los delitos calificados por el resultado, como también los casos de falta de punibilidad de la tentativa en algunos delitos menos graves.

(69) Véase *supra*, II, 3.

(70) Acerca de la necesidad de la orientación a un sistema limitado al ordenamiento de la *lex lata*, para la solución de cuestiones materiales de la *lex lata* (precisamente, también respecto del § 23, párr. 2), p. ej., DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 448.

terminadas acciones —desde el punto de vista del delito caracterizado por la producción del resultado— prevé «rebajas» comparables, en la medida de la pena, en caso de no producción de determinados resultados (así, en la no producción del resultado de puesta en peligro, en el § 316, en comparación con el § 315, c, en los delitos base, con relación a los delitos calificados por el resultado) (71). Por ello, la tentativa de aquellos delitos en los cuales el tipo consumado presupone aún, junto a la acción típica, un resultado disvalioso propio, debe ser penada en general, si se ha de tomar en serio las predeciones legales pertinentes, con el marco penal atenuado del § 49, párr. 1 —independientemente de todas las demás diferenciaciones referidas a la tentativa relevantes aquí, en realidad, recién para la medición de la pena dentro del marco—: aquí reside el núcleo correcto de la exigencia de la punición atenuada de la tentativa; la tesis de la punición genéricamente atenuada va más allá de la meta, en la medida en que ella ignora el amplio campo de aquellos delitos en los cuales la falta de consumación del delito no está vinculada al decaimiento de una situación de hecho disvaliosa, codeterminante decisivamente de la pena (72).

Contra la recién desarrollada punición en principio atenuada de la tentativa de determinados delitos no se puede objetar, por ejemplo, que ella sería incompatible con la regulación legal, que prevé una atenuación sólo facultativa para la tentativa. Sólo sería incompatible con la ley (—y como se demostró— también materialmente indefendible) una punición genéricamente atenuada para todos los casos de tentativa; castigar atenuadamente la tentativa de *determinados* delitos, está tan poco prohibido por la ley como una punición —atenuada a ser justificada materialmente— de determinados tipos de tentativa.

La circunstancia de que, con ello, también es castigado con benignidad el autor en cuyo hecho hay que agradecer sólo a la casualidad la no producción del resultado, y no a una menor intensidad de la voluntad delictiva como siempre se la entiende, tampoco es un contraargumento efectivo (73). La ley misma muestra que no se pue-

(71) En lo que hay que acentuar especialmente que el marco atenuado del delito básico, beneficia también a las situaciones de hecho en las cuales la conducta habría podido conducir sin más a la consecuencia calificante.

(72) Los delitos que, en esta medida, entran en consideración, por tanto, especialmente los delitos de actividad, prácticamente no aparecen característicamente en las explicaciones de los defensores de la atenuación obligatoria de la pena; las ideas circundan allí exclusivamente los delitos de resultado, cf., p. ej., STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, 3.^a ed., 1981, núm. 682 y ss.; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9.

(73) A esta circunstancia hacen referencia, en el contexto de la cuestión de la atenuación junto a otros puntos de vista, p. ej., BGH, en DALLINGER, MDR, 1974, p. 721; BGH, StV, 1985, p. 411; 1986, pp. 378, 379; BGH, en THEUNE, NStZ, 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 222, 485; 1991, p. 273 (no producción del resultado sólo como consecuencia de circunstancias extraordinariamente afortunadas); VOGLER, *LK*, § 23, núm. 10; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; BRUNS, *Das*

de argumentar de ese modo. Pues no hay ninguna objeción en contra de renunciar al castigo de determinadas formas de conducta, o a su castigo más severo, aun cuando la producción de determinado resultado haya que agradecerla sólo a una casualidad que se expresa de modo afortunado; son la mejor prueba de ello, la limitación de la punición de la imprudencia, la renuncia al castigo de la tentativa incluso dada una absoluta casualidad de la no producción del resultado (74), la renuncia a la amenaza penal más grave del § 315, c, también en caso de absoluta casualidad de la no producción de una situación de peligro, etc. Se podría argumentar aún, a lo sumo, que estas valoraciones legales, con todo, no dejan de ser problemáticas (75), y que, por ello, no deba seguírseles, allí donde falten las exigencias expresas correspondientes. Sin embargo, tampoco esto sería especialmente convincente. Pues, por un lado, no se debe pasar por alto que aquello que es clasificado como valoración equivocada desde el punto de vista de aquella crítica, podría corresponderse de todos modos a ideas valorativas preponderantes (76). Eso lo muestra, no en último lugar, el hecho de que la tentativa, en los delitos en los cuales el resultado configura un dato material adicional —como, p. ej., en los delitos de homicidio—, sea penada regularmente con el marco atenuado (77). Pero, en segundo lugar, y principalmente, sencillamente desde puntos de vista de la consistencia, y, con ello, en última instancia, en vista a la equiparación de las situaciones de hecho materialmente iguales, está proscrito valorar la falta de disvalor de resultado material de modo fuertemente atenuante en un ámbito parcial (normado con exactitud) del ordenamiento jurídico-penal, y en

Recht der Strafzumessung, 2.^a ed., 1985, p. 172; cf. al respecto, también STRATENWERTH, *Festgabe zum Schweizer. Juristentag*, 1963, pp. 252 y ss., Véase complementariamente, *infra*, 6.

(74) En los casos en que la tentativa no está amenazada con pena.

(75) Cf. sólo los reparos de ARMIN KAUFMANN (como en nota 41), pp. 243 y s., y de ZIELINSKI (como en nota 52), pp. 200 y ss., 214 y s., 216.

(76) Acertadamente, STRATENWERTH, *SchwZStR*, 79 (1963), pp. 253 y s. (aquí no interesa la cuestión de la clasificación sistemática); véase también los aportes a la discusión de BÖHM y SCHÜLER-SPRINGORUM, en BLOY, en: SCHÖCH (comp.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, pp. 79, 80, como también DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 452, y FREUND (como en nota 52), § 9, II; reconocido también por ZIELINSKI (como en nota 52), p. 201. Una revisión a la luz de investigaciones de psicología social, en DEGENER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 386 y ss.

(77) En una revisión de la colección oficial de los años 1980-1990, de las sentencias publicadas en *NStZ* y *StV*, del ámbito de los delitos de homicidio tentados, resultó que la posibilidad de atenuación según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, fue utilizada, casi sin excepción (ya) por los tribunales de instancia (acerca de constataciones completamente correspondientes, respecto de los §§ 21, 49, párr. 1, cf. FOTH, *DRiZ*, 1990, p. 417). Las pocas decisiones en las cuales no sucedió esto, sin embargo, fueron anuladas (como en *BGHSt.*, t. 35, pp. 347, 355 [donde, no obstante, para alcanzar la consecuencia correcta se recurrió equivocadamente al punto de vista no específico de la perturbada estructura de la personalidad]).

otro, en cambio, no registrarlo de ese modo. Que uno esté libre, *de lege ferenda*, es otra cosa; en el presente contexto, se trata únicamente de la elaboración, sistemáticamente consistente, de la *lex lata* (78).

Con mayor razón es infructífero el argumento frecuentemente repetido de que estaría proscrito un castigo atenuado como principio en caso de no producción del resultado, cuando otras circunstancias concurrentes —como la actitud especialmente censurable, o las agravantes dadas durante la ejecución del hecho— pudieran compensar el déficit de disvalor objetivo de la tentativa, frente a la consumación, vinculado a la no producción del resultado (79). Quien argumente de ese modo, pasará por alto que también una tentativa de esa índole, frente al objeto determinante para la comparación, a saber: un hecho consumado cometido por los mismos motivos o ejecutado de la misma forma, siempre estará caracterizada por un claro déficit de disvalor. Si se parte —y esto es ciertamente ineludible— de que en un caso tal, el hecho consumado puede ser penado adecuadamente con el marco penal de la consumación, entonces, el notorio déficit de disvalor objetivo en comparación con el hecho consumado tiene que traducirse, también aquí, en un castigo atenuado de la tentativa, y, por cierto, en una medida que se corresponde a la significación determinante del disvalor de resultado en estos delitos, por tanto, en el sentido de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1: todo procedimiento distinto lleva a una equiparación de lo desigual (a saber, de la tentativa con la consumación) o a un tratamiento desigualitario de situaciones de hecho esencialmente iguales (consideración del disvalor de resultado en un caso, pero no en el otro), y, con ello, a una infracción al principio de igualdad. Las mencionadas agravantes son, por ende, irrelevantes para fijar el marco. Ellas conducen más bien, solamente a que los casos de tentativa correspondientes deban ser ubicados de modo comparativamente alto, dentro del marco atenuado, para la tentativa, conforme al § 49, párr. 1.

2. De las reflexiones formuladas hasta aquí, se sigue a la vez el valor de posición en todo caso legítimo, de aquellas características de la tentativa que —como las llamadas «circunstancias referidas a la tentativa»— deben decidir, según una difundida opinión, acerca de la aplicabilidad del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (80): en los delitos en los cuales la consumación (su pena) presupone la existencia de un especial resultado disvalioso, que está junto a la acción típica, las circunstancias referidas a la tentativa no juegan ningún papel, de antemano, para la «elección del marco»,

(78) La necesidad de una distinción entre estos dos aspectos es acentuada con razón también por DENCKER, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 448.

(79) En este sentido, empero, la argumentación del BGHSt., t. 16, p. 351; Bruns (como en nota 73), p. 174. En contra, p. ej., STRATENWERTH (como en nota 72), núm. 684; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 6; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 9.

(80) Cf. *supra*, las referencias de nota 35.

porque, aquí, ya el déficit en el ámbito de la base de justificación de la imposición de una pena, que reside en la no producción del resultado, obliga a la atenuación del marco; las características de la tentativa [como la tentativa acabada o inacabada (81); los esfuerzos análogos al desistimiento (82); la inidoneidad de la tentativa (83), etc.], repercuten *aquí* sólo como factores de la medición de la pena dentro del marco penal atenuado según el § 49, párr. 1 (84). Así visto, a las llamadas «circunstancias referidas a la tentativa» puede corresponderles una significación en el contexto de la elección del marco en sí, sólo en aquellos delitos en los cuales la falta de consumación no representa aún, a la vez, un déficit relevante de la tentativa frente al hecho consumado (comparable): por tanto, en los delitos de pura actividad, en los delitos de peligro abstracto, en los delitos de resultado recortado, etc. Sin embargo, también en esa medida hay que ser cauto: Las conocidas rúbricas de la dogmática de la tentativa, de ningún modo tienen que ser significativas en el presente contexto. Así, p. ej., los conceptos tales como tentativa «acabada» o «inacabada» han sido desarrollados, ante todo, como conceptos funcionales para un contexto de problemas completamente determinado —a saber: para el del desistimiento liberador de pena—; es decir, como conceptos a los que les corresponde la función de cocaracterizar las diferentes prestaciones que tiene que producir el autor para obtener la impunidad (85). Pero con ello no se dice nada en absoluto acerca de que a los conceptos en tal medida significativos respecto de un problema, también les corresponda una significación modificatoria en el marco de otros círculos problemáticos. Antes bien, su significación tiene que mostrarse todavía, también en estos ámbitos de problemas. En concreto: en el presente contexto, sólo pueden interesar aquellas características de la tentativa que, a la vez, describen un déficit perceptible, en comparación con el hecho consumado, en la base de la justificación de la imposición de pena. Dado

(81) En favor de su relevancia, p. ej., DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7 a; VOGLER, *LK*, § 23, núm. 16; WOLTER (como en nota 41), pp. 309 y ss., 312 y ss.; distanciado de esto, en cambio, BGH, StV, 1991, p. 105.

(82) En favor de su relevancia, p. ej., TIMPE (como en nota 11), pp. 127 y ss.; JAKOBS (como en nota 30), 25/79.

(83) Relevante según el criterio de WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7a.

(84) Una significación que es también más adecuada a estas circunstancias, que el desencadenar una atenuación del marco, porque ellas caracterizan situaciones de hecho graduables, casi sin excepción, y pueden elaborar mejor las situaciones de hecho de esta clase, matizables a discreción, en la medición graduable, dentro del marco, que en la decisión acerca del si se atenúa el marco, o no. Al respecto, véase aún *infra*, como también FRISCH / BERGAMNN, JZ, 1990, p. 953.

(85) Esta función de los conceptos se muestra con especial claridad en la formación de conceptos de VOGLER, *LK*, § 24, núm. 32.

que al acto de asignar la escala penal atenuada del § 49, párr. 1, se vincula además una diferencia relativamente relevante en las consecuencias jurídicas, las características de la tentativa modificatorias de esta asignación tienen que denotar, a la vez —en el sentido de una condición para su adecuación (86)—, tanto frente a la consumación, como frente a las otras conductas de tentativa que carecen de estas características, un déficit de disvalor suficientemente importante (o bien, desniveles de disvalor); los tránsitos apenas visibles en las medidas de disvalor no deberían conducir a una asignación de consecuencias jurídicas de diversa gravedad.

3. Si se tiene presente estos principios determinantes para una concretización del § 23, párr. 2, que sea también metodológicamente convincente, entonces, en todo caso se puede asignar muy fácilmente un grupo de casos al ámbito de la atenuación necesaria: los casos de la llamada tentativa inidónea (87). Ellas están separadas de las otras constelaciones de tentativas de manera suficientemente tajante, no sólo por la falta de un peligro objetivo para el bien jurídico, según una razonable valoración *ex ante* (88), sino que allí donde el hecho —desde la perspectiva *ex ante*— sea objetivamente no peligroso y se agote en la actuación de un ánimo hostil al de derecho, queda rezagada en el disvalor objetivo tan ampliamente con relación a la consumación, o sea, a la situación de hecho disvaliosa que fundamenta a ésta (89), que un castigo atenuado aparece ya realmente como obligatorio. Las tomas de posición perceptibles hasta tiempos recientes —precisamente, también del mismo homenajado (90)—

(86) Véase, al respecto, ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 953.

(87) En favor de una atenuación de la pena en el caso de tentativa inidónea (ciertamente, en general refiriéndose claramente a los casos de delitos de resultado, donde el punto de vista, según lo dicho *supra*, 1, y 2, no juega sin embargo, precisamente, ningún papel en la atenuación del marco), p. ej., WOLTER (como en nota 41), pp. 175, 304 y s.

(88) Acerca de las características de la tentativa inidónea, cf., p. ej., SCHÖNWANDT, Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, disertación, Göttingen, 1975; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núms. 60 y ss. De otro modo, en el ámbito de las constelaciones objetivamente peligrosas desde un punto de vista *ex ante*: en esa medida, son concebibles cuantas gradaciones se quiera; véase al respecto, aún *infra*, 6.

(89) Aquí falta no sólo el disvalor de resultado, sino también el disvalor objetivo de la acción, o bien, todo disvalor de la situación de hecho, cf., p. ej., acerca de la formación de conceptos, en GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, pp. 155 y ss.; HIRSCH, ZStW, 94 (1982), pp. 240 y ss., y FREUND (como en nota 52), § 9, II. Eso puede ser irrelevante, a lo sumo, para aquel a cuyo juicio el ilícito se agota en el disvalor de intención (la llamada concepción del ilícito subjetivo-monista; véase al respecto, con más detalle, los autores indicados, como también KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, pp. 90 y ss.).

(90) Cf., p. ej., SPENDEL, NJW, 1965, pp. 1881 y ss.; *idem*, *Festschrift für Ulrich Stock*, pp. 89 y ss.

contra la punibilidad de la tentativa inidónea, tienen, en esa medida, un carácter sintomático. El legislador puede haberse negado a recurrir a la impunidad de la tentativa inidónea: debería estar fuera de discusión que la justificación del castigo de la tentativa inidónea resulta más difícil —debido a la falta de una peligrosidad concreta objetiva de la acción para un determinado objeto de bien jurídico— que las formas de conductas objetivamente peligrosas, como también que, a la falta de peligrosidad objetiva *en concreto*, le está vinculado, a la vez, un claro déficit en la base de justificación de la imposición de pena —y, por cierto, tanto frente al hecho consumado como a la tentativa idónea—. Este importante déficit en la base de justificación obliga a aplicar la atenuación —aun cuando no corresponda la mayor atenuación del § 23, párr. 3, StGB (tentativa inidónea por «grosera irrazonabilidad»), y precisamente en ese caso (91)—. Por ello, el BGH ha objetado con razón, recientemente, una sentencia del tribunal de instancia en la que se había denegado la atenuación, en un caso de tentativa inidónea de puesta en circulación de dinero falso (actuación de un funcionario policial como receptor) (92).

4. Consideraciones del todo análogas conducen a asignar un segundo grupo a la atenuación del § 49, párr. 1: los casos de tentativa en los cuales ni siquiera se ha llegado aún a la ejecución de la verdadera acción típica, sino que el autor se encuentra todavía en aquella fase previa que la ley caracteriza como ponerse directamente a realizar el tipo (*). Si bien por medio de la inclusión de aquella fase en la zona de la tentativa punible, la ley ha querido rechazar las llamadas teorías formales de la tentativa, que querían hacer comenzar la tentativa punible recién con la ejecución de la verdadera acción típica (93), esta decisión de la ley —político-criminalmente correc-

(91) En parte análogamente, TIMPE (como en nota 11), pp. 121 y ss., quien quiere castigar atenuadamente a las constelaciones de casos de tentativa inidónea que se acercan al § 23, párr. 3, en lo cual sin embargo como lo muestran sus ejemplos no tiene en mira, precisamente, el campo de los delitos de actividad, sino el de los delitos de resultado, para los cuales el punto de vista, según lo dicho antes, resulta relevante únicamente dentro del marco atenuado.

(92) Cf. el caso de BGH, NStE, § 23, núm. 2 (en esta sentencia el BGH ha censurado con razón, a la vez, que la atenuación haya sido denegada por razones no referidas a la tentativa).

(*) «Ponerse directamente (o inmediatamente) a» corresponde aquí a la fórmula del comienzo de la tentativa del § 23, párr. 1, StGB: «unmittelbares Ansetzen». Este giro, diferente a las diversas traducciones formuladas hasta ahora («aplicarse inmediatamente» [ZAFFARONI - RIEGGER], «dar principio inmediatamente» [MIR PUIG - MUÑOZ CONDE], «comenzar directamente» [SCHIFFRIN, SANCINETTI], describe mejor el adelantamiento del «comienzo de la tentativa» que se quiso lograr con la fórmula alemana. «Ansetzen» es un paso inmediatamente previo al de comenzar («anfangen», «beginnen»), propio de las fórmulas que siguen la tradición del Code Pénal. Esta distinta traducción ha sido sugerida por PATRICIA S. ZIFFER (N. del T.).

(93) Véase, p. ej., v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. II, 1930, p. 398.

ta (94)— no debe llamar a engaño: la base que justifica y favorece la imposición de pena es, en este temprano estadio, evidentemente, la más débil, y está gravada con relevantes déficit, en comparación con la base de la justificación que subyace a la decisión sobre lo adecuado de la pena para el hecho consumado; aquí reside un criterio correcto, sin duda comotivante de las antiguas teorías formales de la tentativa (95). Ello es evidente de modo inmediato, bajo el aspecto de la puesta en peligro del bien jurídico, de central significación para un Derecho penal protector de bienes jurídicos (96): de las formas de conducta que todavía ni siquiera son la ejecución de la acción típica misma, ella es, de modo característico, la relativamente más pequeña. Dado que, en los casos de esta clase, el autor actúa muchas veces, además, de modo exteriormente inofensivo, su conducta es un hecho punible sólo por la existencia de determinados componentes subjetivos (97); faltan aquí también, evidentemente, ciertos factores de valoración, concebidos conjuntamente en la decisión acerca de lo adecuado de la pena de la consumación, o sea, que son indicativos de la medida de la conmoción de la confianza jurídica y de la inseguridad de la generalidad. Incluso en lo subjetivo son perceptibles diferencias: el paso desde la acción que se halla inmediatamente antes de la acción típica, regularmente inofensiva, a la verdadera acción típica, regularmente ofensiva, le exige al autor una nueva decisión y una superación (98); así visto, el autor que se halla en el estadio del ponerse directamente no se ha decidido aún contra el bien jurídico, en una forma manifiesta como la que es característica para el autor de consumación, pero tampoco incluso para el autor que ha avanzado hasta las posteriores fases de la tentativa. Brevemente: la base de justificación de la imposición de pena revela importantes déficit, en el autor que se halla todavía en el estadio del ponerse directamente, frente a la base de justificación de la pena de la consumación, tanto

(94) Con más detalle acerca de las razones que hablan en contra de la llamada delimitación formal de la tentativa, especialmente, STRATENWERTH (como en nota 72), núms. 667 y s.; VOGLER, *LK*, § 22, núm. 24.

(95) Indicativamente, ello se expresa también en los alegatos expuestos principalmente, sin embargo, por consideraciones de seguridad jurídica de los defensores de la delimitación formal de la tentativa, cf., p. ej., v. *Hippel* (como en nota 93), pp. 400 y s.

(96) A su significación para el castigo adecuado de la tentativa ha hecho referencia de nuevo también GÜNTER SPENDEL, cf., p. ej., *NJW*, 1965, p. 1887.

(97) Aquí vale de modo irrestricto, aquello que se dice, en general, con relación a la necesidad de recurrir a lo subjetivo, para la explicación del sentido en caso de tentativa, cf., p. ej., SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núm. 3; VOGLER, *LK*, § 22, núm. 32.

(98) Las conocidas palabras claves de la «prueba de fuego de la situación crítica» (BOCKELMANN, *JZ*, 1954, p. 473; para la discusión sobre este criterio, cf., p. ej., RUDOLPHI, *SK-StGB*, § 22, núm. 12) valen aun cuando pudieran significar algo distinto, en el fondo, precisamente, aquí, el paso hacia la acción del hecho como tal.

desde el punto de vista objetivo como subjetivo. Estos déficit hacen imposible trasladar sencillamente la decisión valorativa tomada por la ley sobre la pena adecuada para el hecho consumado, también al autor que se halla aún en el estadio del ponerse directamente, y señalarla también, de modo convincente, como marco penal adecuado para esta fase. Un Derecho penal que, respecto de la imposición de pena, no dispensa a los órganos estatales de aplicación del derecho de cualquier carga de fundamentación para indicar y justificar la pena (o bien, una pena de determinada gravedad), en todo caso tiene que asignarle concluyentemente, por ello, a la «tentativa anterior a la verdadera acción típica», la atenuación del § 49, párr. 1.

5. Sólo puede ser discutible, en el fondo, si —en el ámbito de los delitos de actividad— todo debe quedar en la atenuación de los casos (solamente) de tentativa inidónea y de «tentativa anterior a la verdadera acción típica», o si, antes bien, también en ciertos casos en los que el autor se halla ya en el estadio de la verdadera acción típica, es adecuado tomar por base un marco penal atenuado según el § 49, párr. 1. A este respecto, se debe pensar especialmente en una atenuación de la pena para la tentativa inacabada, de modo que la denegación de la atenuación quede para los casos de tentativa acabada (99). No obstante, muy rápidamente se ve que esta distinción, en el contexto de los delitos de actividad, que solamente interesan ahora, no asegura ninguna solución convincente: no es sólo que de atenerse a esta distinción, prácticamente no quedaría ningún caso para la denegación de la atenuación; pues en los simples delitos de actividad son posibles casos de tentativa acabada (según la representación del autor) sin que se dé la consumación, manifiestamente sólo en el sentido de un caso de divergencia entre representación y realidad; pero este único caso concebible de tentativa (inidónea) ya está abarcado, y, por cierto, precisamente no en el sentido de una denegación de la atenuación, sino, al contrario, como caso de atenuación indicada (100). Más importante que esto es lo siguiente —que, sin embargo, está vinculado—: tampoco parece adecuado privilegiar la tentativa inacabada en general, ni siquiera en un amplio frente, otorgando la atenuación según el § 49, párr. 1. Pues dado que el ámbito de la tentativa inacabada coincide, en los delitos sin resultado, casi completamente con el ámbito de la tentativa, quedarían sujetos, con ello, a la atenuación del § 49, párr. 1, incluso aquellos casos de tentativa con relación a los cuales fue establecido antes que falta un déficit de disvalor, respecto del caso de consumación, relevante sólo en cierta medida, que sugiera la importante atenuación del marco del § 49, párr. 1; p. ej., el caso del ladrón, que es detenido

(99) En favor de ese castigo abogan —bien que, en lo esencial, en vista a los verdaderos delitos de resultado, no a los delitos de actividad, que aquí interesan—, p. ej., DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 23, núm. 7a.

(100) Véase *supra*, 3.

poco antes de guardar el objeto (pero justamente cuando tiene que seguir actuando —incluso según su concepción—, para llegar a la total realización del tipo), o el caso del falsificador, que es sorprendido poco antes de terminar el instrumento falsificado, etc.

Si, según todo lo dicho, tampoco la distinción entre tentativa acabada e inacabada resulta un punto de contacto que pueda ser empleado para denegar u otorgar la atenuación según el § 49, párr. 1, entonces, en el aspecto del estadio del hecho queda a lo sumo, todavía, una máxima de solución que renuncia a ofrecer criterios exactos, según la cual, la decisión acerca de la aplicabilidad del § 49, párr. 1, se hace depender solamente, de modo orientado a las consecuencias, de lo siguiente: de que, en el caso concreto, en consideración al estadio relativamente prematuro del hecho —aunque ya en el ámbito típico— y al déficit de justificación de la pena vinculado a ello, la atenuación del § 49, párr. 1, aparezca como imperiosa o, si no, al menos como adecuada (101). No obstante, una tal solución debe ser rechazada por varias razones: contra ella no sólo hablan las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad ante la ley —pues la solución esbozada significaría la renuncia a ofrecer criterios justificables para la decisión acerca de la aplicación del § 49, párr. 1 (102). Tal solución tampoco podría convencer materialmente. Pues en ella se haría referencia a presupuestos que no pueden ser cumplidos en los casos aquí discutidos —en todo caso, no en el aspecto del ilícito y de la culpabilidad, decisivo para la determinación del marco (103)—. Entre el comienzo de las verdaderas acciones típicas y su conclusión no sólo no hay ya, fenomenológica y regularmente, ninguna cesura clara, sino que más bien se trata —si la acción del hecho, con todo, no consiste en un único acto breve— de un acontecer fluyente. Tampoco en el aspecto normativo de la medida del ilícito y de la culpabilidad las cosas son diferentes, en tanto el autor, en definitiva, sólo haya entrado en la ejecución de la verdadera

(101) Principios «flexibles» de esta clase son defendidos, como es sabido, especialmente por la jurisprudencia (cf., p. ej., la acentuación de la «proximidad a la consumación», en BGHSt., t. 35, pp. 347, 355; t. 36, pp. 1, 18; BGH, NStZ, § 23, núm. 2; BGH, en THEUNE, NStZ, 1988, p. 172; 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 176, 485; 1991, p. 272, sin que esa «proximidad» sea expresada de modo más concreto; la idea de orientar la decisión a lo adecuado del marco se encuentra especialmente en el ámbito de los «casos especialmente graves» y de los «casos menos graves», véase las referencias en FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 945), bien que menos para el ámbito que aquí interesa, de los delitos de actividad, sino sobre todo para el campo significativo en la práctica, de los delitos de resultado.

(102) Con lo cual, ellos, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la igualdad ante la ley, están sujetos a los mismos reparos que la teoría de la consideración total, *supra*, I, 2, y, complementariamente, FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 945 y s.

(103) Acerca de la relevancia de estos puntos de vista para la determinación del marco, cf. FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, pp. 950 y s., con otras referencias.

acción típica: que el fasificador haya sido sorprendido en el primero o en el último renglón del trabajo en el documento a elaborar por él, o que el ladrón sea detenido justamente cuando acarrea la pesada caja fuerte, o recién después de haberla empujado un buen tiempo por los pasillos de una fábrica hasta una salida emplazada en lugar favorable —en el aspecto del ilícito y de la culpabilidad, ello no significa una diferencia tan importante como para que, por ella, tenga que ser otorgada la atenuación del marco absolutamente relevante del § 49, párr. 1, o ni siquiera podría serlo—. Para la medida del ilícito y de la culpabilidad tiene central importancia, desde el punto de vista que aquí interesa de la valoración de la tentativa y sus diversos estadios, con relación a la consumación, que el autor —más allá de la fase del ponerse directamente— ya haya procedido a la ejecución de la específica acción prohibida, típicamente descripta, en sí misma, es decir, que haya realizado ya consciente y responsablemente (al menos en parte) el ilícito de acción típico, en su aspecto cualitativo específico.

6. Así como la atenuación del marco penal del § 49, párr. 1, no se vincula a ciertos estadios de ejecución de la acción típica, así tampoco entra en cuenta —finalmente— una decisión sobre la atenuación, según ciertos otros puntos de vista siempre presentes en la jurisprudencia y en la doctrina —generalmente ya en el contexto de los delitos de resultado—, como, p. ej., la medida de la energía criminal o de la intensidad de la voluntad delictiva (104), la mayor o menor casualidad de que el hecho haya quedado en tentativa (105), y la peligrosidad, estrechamente relacionada con ello, de la tentativa (106).

Contra el recurso a estas circunstancias como criterios de decisión determinantes habla no sólo su vaguedad y el conocimiento de que

(104) En el marco de la discusión de la tentativa, mencionado por BGH, en DALLINGER, MDR, 1970, p. 380; 1974, p. 721; BGH, StV, 1985, p. 411; 1986, pp. 378, 379; BGHSt., t. 35, p. 355; t. 36, p. 18; BGH, NStE, § 23, núm. 2; BGH, en THEUNE, NStZ, 1988, p. 272; 1989, p. 216; BGH, en DETTER, NStZ, 1990, pp. 175, 485; BRUNS (como en nota 73), pp. 172, 175; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3; SCHÖNKE / SCHRÖDER / ESER, § 22, núm. 7; VOGLER, LK, § 23, núm. 10.

(105) A ello se refiere, p. ej., BGH, StV, 1986, pp. 378, 379; véase también BGH, en DETTER, NSt, 1991, p. 272: denegación de la atenuación en caso de no producción del resultado por circunstancias extraordinariamente afortunadas; BRUNS (como en nota 73), p. 172; DREHER / TRÖNDLE, § 23, núm. 3.

(106) En ellas se basan, recientemente, en general como estereotipo, en un mismo nivel que la proximidad a la consumación y la medida de la energía criminal (véase, por ello, las referencias de nota 101 y 105), sin que, sin embargo, esté claro qué criterios de peligrosidad estén aludidos, que momento y cuáles perspectivas interesen, ni qué valor de posición propio tenga el concepto junto a la energía criminal y a la proximidad a la consumación del hecho. Solamente podría tener sentido el apoyarse en una peligrosidad *ex ante*, en un determinado momento de la acción, pero entonces también corresponden las objeciones del texto.

los criterios pasibles de cuantas matizaciones se quiera, tienen que quedar relegados, desde el punto de vista de la pena adecuada, a la medición de la pena dentro del marco, igualmente pasible de cuantas matizaciones se quiera, sino que ellas son inadecuadas para la programación de diferencias de peso en las consecuencias jurídicas (107). El recurrir a estos puntos de vista sería convincente sólo si la pena de la consumación tuviera como fundamento algunas reflexiones —al menos, formalizadas— en esa dirección: si, por tanto, la pena de la consumación encontrara su fundamento (al menos, junto a otros), en que, en el caso de la consumación haya existido siempre una determinada medida mínima de energía criminal, de intensidad de la voluntad delictiva o una peligrosidad (*ex ante*) del hecho. Sólo bajo este presupuesto y la ulterior suposición de que en parte no haya existido, en el caso de tentativa, aquella medida de energía criminal, etc., garantizada básicamente en el caso de consumación, se podría pensar razonablemente en hacer depender la decisión acerca de la imposición de la pena de la consumación o el otorgamiento de la atenuación del marco según el § 49, párr. 1, de la medida de la energía criminal, etc., y, en esa medida, considerar en la tentativa la casualidad o la no casualidad de la interrupción del hecho en tentativa. Los mencionados presupuestos, no obstante, evidentemente, no se cumplen: no raramente es más o menos casual que el hecho llegue a la consumación (108), y de ningún modo expresión de una mayor peligrosidad *ex ante* de los hechos consumados, que no esté dada en ciertos hechos tentados; el ámbito de la consumación comprende más bien situaciones de hecho que *ex ante* (o con referencia a determinados momentos) no parecen más peligrosas que los casos de tentativa que aquí interesan. Y tampoco se puede decir que la producción de la consumación sea, como principio, expresión de una medida especial de energía criminal, que resulte problemática en caso de tentativa. Porque esto es así, y porque la ley, también en aquellos casos en los cuales se ha llegado a la consumación, en definitiva, sólo por especiales circunstancias, prevé igualmente la pena de la consumación (109), la justificación de la pena de la consumación, razonablemente, no puede reconducirse a la existencia de una medida determinada de energía criminal, ni vincularse siquiera a ella de mo-

(107) Véase ya FRISCH / BERGMANN, JZ, 1990, p. 951. No está alcanzada por esta objeción, solamente la tentativa inidónea (inidónea desde un punto de vista *ex ante*); véase al respecto, *supra*, 3.

(108) Ello es siempre mencionado, sobre todo, en la discusión acerca de si el resultado producido podría fundamentar un disvalor adicional (cf., p. ej., ZIELINSKI [como en nota 52], p. 130; véase también FRISCH [como en nota 51], p. 513, y FREUND [como en nota 52], § 9, II, según nota 57); eso no es menos válido en el presente contexto de los delitos de actividad.

(109) Y, por cierto, ¡sin una «rebaja del marco para la consumación por casualidad»!

do decisivo. Pero con ello está proscripto también referirse a este criterio, repentinamente, de modo decisivo, en casos de tentativa, y hacer depender aquí de ese criterio la no imposición de la pena de la consumación, por tanto, la aplicación de la atenuación.

Con este repaso también acerca de los criterios que, finalmente, deben ser excluidos de la decisión debe ser concluida aquí la problemática de la atenuación para la tentativa. Naturalmente, aún se podría profundizar un poco, incluso uno u otro principio interesante de la doctrina pudo no haber sido considerado tan profundamente como habría merecido (110). No obstante, debería haber quedado cla-

(110) Ello vale, sobre todo, para la idea defendida esporádicamente de aplicar la atenuación del marco del § 49, párr. 1, en casos de tentativa, también en los llamados esfuerzos análogos al desistimiento (que no alcanzan para un desistimiento liberador de pena) (en este sentido, TIMPE [como en nota 11], pp. 127 y ss., y JAKOBS [como en nota 30], 25/79). Es correcto que en los casos de consumación, si bien no necesariamente, sí regularmente, faltarán tales esfuerzos, en esa medida, por tanto, es perceptible (con reservas) una diferencia entre la situación de hecho de la consumación y la de la tentativa. En el ámbito de los delitos en los cuales la consumación corporiza un disvalor de resultado material, ya de antemano no hay ningún ámbito para esa idea, porque aquí ya la falta de disvalor de resultado exige la atenuación (*supra*, 1 y 2). Pero la idea de una atenuación del marco, así motivada, según los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1, tampoco convence en el ámbito subsistente (p. ej., en los delitos de actividad). Tal como el propio TIMPE dice (lug. cit., pp. 131, 151), dentro de las situaciones de hecho que sugieren en esa medida un tratamiento atenuado, son concebibles cuantos escalonamientos se quiera (p. ej., una mayor o menor voluntariedad), y tales escalonamientos graduables en todo caso se pueden tomar en cuenta mejor, dentro del continuo del marco penal, que otorgando una atenuación del marco (que trata de modo básicamente diversas situaciones de hecho que se hallan pegadas una junto a otra). En los delitos, frecuentes precisamente más allá de los delitos de resultado material, con la medida mínima legal, la adecuada consideración de la idea no genera ninguna clase de problemas. Esto podría ser distinto, solamente en los delitos, que aquí interesan menos, con medida mínima agravada (p. ej., la puesta en circulación de dinero falso: interrupción de la acción, porque el autor tiene la sensación de ser, quizá, observado), en tanto aquí también la pena mínima aparezca todavía inadecuadamente alta. No obstante, aquí se debe objetar tres cosas: En primer lugar, que, en esa medida, en vista de los matices concebibles en el grado que se quiera, hasta alcanzar el caso límite del desistimiento auténticamente liberador de pena, el mero abrir la posibilidad de traspasar los límites del marco penal, en analogía al § 49, párr. 2, combina mucho mejor que la auténtica atenuación del marco del § 49, párr. 1 (véase al respecto, BERGMANN [como en nota 11], pp. 65 y ss., 213 y ss., 224 y ss.). En segundo lugar, no se debe pasar por alto que, sistemáticamente, se trata no tanto de un problema del § 23, párr. 2, sino de la complementación, deseable también en otros casos (cf., p. ej., BURKHARDT, *Der «Rücktritt» als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 197 y ss.; BERGMANN, ZStW, 100 [1988], pp. 357 y s.), de la exención de pena del § 24, por medio de una atenuación radicada debajo del nivel de la exención de pena; al respecto, no debería abogarse en favor de la solución de emergencia, a la vez poco adecuada, a través del § 23, párr. 2, que se mueve más bien lejos de la solución correcta. Pero, en tercer lugar, mientras todavía no pueda transitarse este camino, debe preferirse el recurso a los casos menos graves, en esta medida disponi-

ra la idea básica de una decisión acerca del marco penal sujeta a principios jurídicos rectores. En el esfuerzo por hacer más transparente también la medición de la pena, mostrando tales principios jurídicos, me reconozco de acuerdo con GÜNTER SPENDEL, el estimado homenajead, a quien se le dedica esta contribución, ¡con los mejores deseos por su 70 cumpleaños!

bles por regla general, a la solución a través del § 23, párr. 2 ya por el hecho de que con éstos, en vista del mínimo más bajo, pueden ser tomadas en cuenta mejor las discretionales matizaciones, que a través de los §§ 23, párr. 2, 49, párr. 1.