

Resolución al hecho y legitimación de la punibilidad de la tentativa

Uwe Murmann
Georg-August-Universität
Göttingen

Sumario

En este trabajo se ofrece una determinación más precisa del concepto de dolo con el fin de concretar el punto de partida subjetivo en la fundamentación de la tentativa y delimitar adecuadamente su ámbito de punición. Para ello, se recurre al concepto de «decisión» como elemento que constituye el específico contenido de injusto de la conducta dolosa. Esta decisión exige un compromiso del sujeto con la lesión del bien jurídico que es adoptado a partir de la exteriorización de la voluntad del autor. En este sentido, el sujeto estará evidentemente resuelto al hecho cuando lleve a cabo la conducta típica. En cambio, en los «actos preparatorios próximos al tipo» existe todavía la expectativa normativamente fundada de que el autor renuncie a su plan delictivo. Por tanto, en este caso solamente concurre el compromiso requerido cuando la voluntad de ejecución se mantiene hasta un momento inmediatamente anterior a la realización de la conducta ejecutiva, de forma que dicha expectativa queda desvirtuada. Finalmente, se pone de manifiesto la capacidad de rendimiento de la posición defendida para los casos de desistimiento de una tentativa provisionalmente fracasada.

Abstract

This paper proposes a more precise determination of the concept of intent with the aim of specifying the subjective point of departure of the rationale for punishing criminal attempts and of appropriately limiting the scope of their punishability. To this end, it draws upon the concept of «decision» as the element constituting the specific wrongdoing of intentional conduct. This decision implies that the perpetrator is committed to harming a legal interest, a commitment that only comes into existence through the externalization of his will in conduct. In this sense, it is evident that the perpetrator is determined to commit the offense at the moment of undertaking the conduct fulfilling the statutory definition. In contrast, regarding «preparatory acts closely related to the offense», there remains a normatively grounded expectation that the perpetrator will withdraw from the planned crime. Consequently, in this case, the required commitment exists only if the will to undertake the conduct is maintained up to a moment immediately prior to the performance of the execution act, thereby invalidating that expectation. Finally, the explanatory power of the position defended is demonstrated regarding cases of withdrawal from a provisionally failed attempt.

Zusammenfassung

In diesem Aufsatz wird eine präzisere Bestimmung des Vorsatzbegriffs vorgeschlagen, um den subjektiven Ausgangspunkt bei der Begründung des Versuchs zu konkretisieren und den Umfang der Versuchsstrafbarkeit sachgerecht zu begrenzen. Dafür wird der Begriff der «Entscheidung» herangezogen, der den spezifischen Unrechtsgehalt vorsätzlichen Verhaltens ausmacht. Diese Entscheidung setzt eine Selbstfestlegung des Täters auf die Verletzung des Rechtsguts voraus, die erst mit der Willensbeteiligung des Täters vorliegt. In diesem Sinne ist der Täter ersichtlich bei der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung zur Tat entschlossen. Demgegenüber besteht bei den «tatbestandsnahen Vorbereitungshandlungen» noch eine normativ fundierte

Erwartung, dass der Täter von der geplanten Tat Abstand nimmt. Folglich liegt in diesem Fall die erforderliche Selbstfestlegung erst dann vor, wenn der Ausführungswille bis zu einem Zeitpunkt unmittelbar vor der Vornahme der Ausführungshandlung durchgehalten wird, sodass jene Erwartung entkräftet wird. Abschließend wird die Leistungsfähigkeit der vertretenen Auffassung für die Fälle des Rücktritts vom vorläufig fehlgeschlagenen Versuch aufgezeigt.

Title: *Deed-resolution and legitimation of the punishability of criminal attempts*
Titel: *Tatentschluss und Legitimation der Versuchsstrafbarkeit*

-
Palabras clave: tentativa, dolo, decisión contra el bien jurídico, actos preparatorios, desistimiento.

Keywords: attempt, intent, decision against the legal good, preparatory acts, withdrawal.

Stichwörter: Versuch, Vorsatz, Entscheidung gegen das Rechtsgut, Vorbereitungshandlungen, Rücktritt.

-
DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.07

Recepción
10/12/2025

Aceptación
19/01/2026

Índice

-
1. Introducción

2. Sobre la determinación del injusto doloso

3. El dolo en el delito intentado

3.1. Sobre la relación entre el dolo y la legitimación de la punibilidad de la tentativa

3.2. Sobre la relación entre el dolo y el estadio de la tentativa

a. El dolo en la realización de la conducta típica

b. El dolo en la realización de un «acto preparatorio próximo al tipo»

4. Recapitulación y consideraciones sobre la teoría del desistimiento

5. Bibliografía

-
Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Supone una tarea arriesgada dedicar una contribución en un libro homenaje a un tema que, hasta donde se alcanza, nunca estuvo en el foco de atención particular del homenajeado. A efectos de justificación o, como mínimo, de disculpa, puede señalarse que la materia escogida tiene que ver, al fin y al cabo, con cuestiones fundamentales de la legitimación de la punibilidad en el estadio previo a la realización típica. Dado que el homenajeado ha estado siempre especialmente interesado en las cuestiones fundamentales y los problemas vinculados a los límites de la intervención del Derecho penal, quizás el tema no sea absolutamente inapropiado, aun cuando venga acompañado de un tupido ropaje dogmático.

Como es conocido, la doctrina mayoritaria identifica el fundamento de punición de la tentativa, conforme a la «teoría mixta subjetivo-objetiva», con una manifestación de la voluntad contraria al Derecho¹. En este contexto, el límite entre la preparación y la tentativa lo marca el elemento objetivo –si bien, a enjuiciar sobre la base de la representación del autor– de la disposición inmediata a la realización del tipo. A ello subyace una concepción que se corresponde, asimismo, con el esquema habitual de análisis jurídico: desde una perspectiva subjetiva se requiere la presencia de una resolución al hecho cuya existencia se considera, en términos temporales, independiente del inicio de la tentativa. El dolo, por tanto, no es cuestionado por el mero hecho de que en el siguiente paso se demuestre que el suceso no ha prosperado hasta el estadio de la disposición inmediata².

Esta perspectiva desaprovecha el potencial limitador de la punibilidad propio de una adecuada caracterización del dolo. Una determinación más precisa del dolo en atención a su relevancia para el injusto penal permite, en cambio, una delimitación entre la fase preparatoria y la tentativa compatible, al mismo tiempo, con el punto de partida subjetivo en la determinación del injusto de la tentativa.

2. Sobre la determinación del injusto doloso

La frecuente afirmación según la cual el dolo de la tentativa sería idéntico al del delito consumado³ requiere para su corroboración, en primer lugar, aclarar qué es lo que constituye el específico contenido de injusto de la conducta dolosa. Este reside en la decisión del autor contra

* Autor/a de contacto: Uwe Murmann (sekretariat.murmann@jura.uni-goettingen.de). Título original: «Tatentschluss und Legitimation der Versuchsstrafbarkeit», en BUBLITZ et al. (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 727-743. Traducción a cargo de Pau Alabau Pereiro (pau.alabau@upf.edu), quien agradece al Prof. Dr. Uwe Murmann su amable acogida en la Georg-August-Universität Göttingen durante el otoño de 2025. También se agradece al Prof. Ivó Coca su concienzuda revisión del texto, así como al Dr. Mauro Roccasalvo sus valiosos comentarios.

¹ BGHSt, 5 StR 28/1958, de 29 de abril, pp. 326-327; HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, Vor §§ 22 ff., nm. 60 ss.; KUDLICH/SCHUHR, *SSW-StGB*, 4.^a ed., 2019, § 22, nm. 6; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed., 2019, 28/31-32.

² Decididamente, en este sentido, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 50.

³ HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 31, 38; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., 2017, 15/23-24; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, 29/71; STEIN, *SK-StGB*, t. I, 9.^a ed., 2017, § 16, nm. 27. De otra opinión, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 12-13, 63 ss.; HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW*, (123-2), 2011, p. 257.

el bien jurídico⁴. Ciertamente, esta concepción solo obtiene su capacidad para fundamentar el injusto cuando se integra en una comprensión del Derecho en la que el autor puede ser concebido como co-constituyente de los bienes jurídicos. Por tanto, no se trata principalmente de la decisión a favor de la lesión de un concreto objeto del bien jurídico⁵; más bien, a través de esta solo se transmite el sentido lesivo. Los bienes jurídicos son, en este sentido, «elementos existenciales de la libertad» que son «constituidos en un proceso de reconocimiento recíproco»⁶. En este contexto, se atribuye a la «decisión» del autor en favor de la realización típica un poder lesivo que no solo se limita a objetos externos, sino que afecta a la relación con la víctima (así como con la colectividad) precisamente en su juridicidad⁷. Por tanto, lo que caracteriza al dolo (a diferencia de la imprudencia) es que el autor, con la realización de la conducta jurídicamente desaprobada, no solo desatiende la pretensión de reconocimiento que emana del bien jurídico protegido (al fin y al cabo, del portador del respectivo bien jurídico que se encuentra detrás de este), sino que la niega.

Las reflexiones precedentes se basan en la asunción de que el autor también habría sido capaz de omitir la lesión del bien jurídico; el concepto de «decisión» sugiere, como mínimo, esta posibilidad. En el plano del injusto, esta capacidad se presupone predominantemente de modo general; su ausencia excepcional se aborda como una cuestión de la culpabilidad. Evidentemente, con la participación en la constitución del bien jurídico –a partir de la cual se hace plausible la posibilidad de lesionar dicho bien jurídico–, se presupone una comprensión de libertad más exigente que aquella a la que se alude con la capacidad para decidir entre alternativas. Aquí subyace una discrepancia con la posición de Reinhard MERKEL, quien se muestra más contrario que agnóstico ya frente a la posibilidad del «poder actuar de otro modo», así como frente a la de una «causalidad mental»⁸. Sin embargo, MERKEL ha desarrollado este punto de vista en relación con la culpabilidad y solo de pasada ha señalado que, ya en la dirección de la acción mediante la voluntad –es decir, ya «en el elemento de la acción típica»–, se carecería de una «respuesta *pro libertate* convincente»⁹. Ciertamente, la cuestión se plantea igualmente en relación con el dolo, al menos cuando este no se agota en que el autor, por así decirlo, se contemple a sí mismo al ejecutar la conducta, sino que se concibe como parte de un actuar injusto que entra en consideración como objeto de un reproche personal.

Con ello todavía no se excluye que también pueda otorgarse relevancia a las consideraciones aquí expuestas en un concepto en el que se descarte tanto la posibilidad de una dirección del comportamiento mediante la voluntad como la de la capacidad de actuar de otro modo. Sin embargo, dado que un concepto semejante es en gran medida contraintuitivo, esto es, contrario a la «experiencia subjetiva del poder de decisión humano»¹⁰, no puede sorprender que un concepto tan marcado por el entendimiento cotidiano como el de «decisión» deba ver modificado el significado que le corresponde dentro del marco de la visión habitual del mundo.

⁴ ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363. Besprechung des Urteils des BGH vom 22.4.1955 - 5 StR 35/55», *JuS*, (4-2), 1964, p. 58; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.^a ed., 2011, 8/66; JOECKS, *MüKo-StGB*, t. I, 3.^a ed., 2017, § 16, nm. 12; MURMANN, *Grundkurs*, 5.^a ed., 2019, 24/7; además – decididamente en términos de racionalidad instrumental– FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 111.

⁵ Igualmente, MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, p. 124.

⁶ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165; KAHLO, «“Die Weisheit der absoluten Theorien”», en HERZOG (ed.), *FS Hassemer*, 2010, pp. 410 ss.

⁷ Fundamental, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 126 ss.

⁸ Vid. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, pp. 9, 86-87, 114, 134.

⁹ MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, pp. 86-87.

¹⁰ MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, p. 35.

En una concepción funcional del injusto, orientada a necesidades de estabilización fáctica de la norma¹¹, deberá considerarse suficiente como «decisión» de una persona el hecho de que se le pueda atribuir un comportamiento antinormativo. Esta atribución puede llevarse a cabo sin problema desde una perspectiva *ex post* –igual que sucede con una decisión concebida como libre–. Sin embargo –y ello es relevante para la tentativa–, el comportamiento humano futuro nunca resulta predecible con total certeza. Por tanto, todo reproche de tentativa en perjuicio de un autor que todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva resulta aquejado de un especial problema de legitimación. No obstante, esta cuestión se plantea de forma completamente distinta dependiendo de si la incertidumbre resulta del hecho de que el autor sea visto como una persona libre o de si se deriva del hecho de que un comportamiento decisivo predeterminado, debido a su complejidad y a la imposibilidad de abarcar todos los factores que influyen en este, a diferencia de lo que sucede en el ámbito teórico, no puede predecirse de forma fiable en la práctica. Mientras que en el primer caso existe una incertidumbre categorial y, por ello, en atención a la libertad de decisión del autor, debe aproximarse al máximo el inicio de la tentativa al estadio de la ejecución, en el segundo caso la imposibilidad práctica de esclarecimiento no se opone, en principio, a una anticipación de la reacción jurídica. No obstante, en un mundo hipotético en el que la comisión de hechos futuros fuera predecible de forma segura con base en el conocimiento de los procesos de determinación, dicha reacción no sería probablemente de naturaleza jurídico-penal, pues el peligro potencial podría controlarse mediante el establecimiento de otros determinantes; por así decirlo, mediante una «reprogramación».

Es evidente que puede discutirse en detalle qué requisitos deben exigirse para la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo¹² –ello constituye el objeto de las distintas teorías acerca de los requisitos que deben exigirse para el dolo–. En particular, pueden mantenerse opiniones distintas en relación con la respuesta a la pregunta sobre si el autor se ha decidido ya en contra del bien jurídico cuando, pese al conocimiento del peligro, lleva a cabo la conducta no permitida (teorías cognitivas) o si, además, debe exigirse también una relación volitiva respecto a la realización de las circunstancias del hecho (teorías volitivas). Si se exige esto último, también puede responderse de forma distinta la pregunta sobre si la decisión existe ya mediante el «resignarse aprobatoriamente» (*billigende Inkaufnahme*) –en sentido jurídico– con la realización de las circunstancias del hecho o solo cuando el autor se muestra indiferente frente a la realización del hecho.

Independientemente de la discusión en torno a los concretos requisitos del dolo, no basta en ningún caso con que el autor adopte una actitud interna hostil al bien jurídico. Una «decisión» demanda, más bien, que el autor exteriorice su actitud respecto al bien jurídico mediante una conducta¹³ cuya ejecución resulta prohibida bajo pena precisamente para proteger dicho bien jurídico. Solo entonces el autor se ha comprometido de forma vinculante, en una situación concreta, con el menosprecio hacia el bien jurídico, es decir, solo entonces ha adoptado una *decisión concluyente en contra del bien jurídico*¹⁴. A este respecto, el legislador dispone a través de los tipos penales qué decisiones del autor deben ser valoradas como lesiones intelectuales de

¹¹ En este sentido, MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, pp. 124 ss.

¹² Una visión de conjunto sobre este punto, por ejemplo, en MURMANN, *Grundkurs*, 5.^a ed., 2019, 24/21 ss.

¹³ Vid. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., 2014, pp. 15-16.

¹⁴ Frente al criterio de la creación de «peligros psicológico-sociales para el mundo de los bienes jurídicos», considerado decisivo por FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 112, esta concepción es más precisa, entre otras cosas, por el hecho de que no se centra en la disposición subjetiva del resto de los miembros de la sociedad. El propio FRISCH había criticado previamente la falta de precisión de la formulación «decisión contra el bien jurídico» (*Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 111).

la relación de reconocimiento¹⁵. Con carácter previo, la actitud del autor es meramente provisional y, en principio, jurídicamente irrelevante, aun cuando pueda manifestarse en actos preparatorios impunes. Ciertamente, en términos coloquiales también puede hablarse de una «decisión» cuando una persona ya se ha comprometido con una posición antes de ingresar en el estadio de su realización. Pero aquí queda siempre la opción –normativamente esperable– de apartarse del plan delictivo adoptado. Por ello, la resolución que permanece en la esfera interna o que se manifiesta en meros actos preparatorios impunes carece de relevancia jurídica. Esta idea se ve reforzada nuevamente con la referencia al vigente Derecho penal del hecho; sin embargo, su fundamentación es más profunda y concierne al Derecho como tal.

El § 16, ap. 1, 1.^a frase StGB recoge la exigencia de una decisión manifestada a través de la conducta, al menos para el delito consumado, al establecer que el autor actúa sin dolo cuando, «al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal». Con ello no solo se pone de manifiesto el requisito de la presencia de dolo en el momento de realizar la conducta ejecutiva, sino que, al mismo tiempo, se deja claro que no existe un dolo más allá del momento de la ejecución. De este modo puede afirmarse, para el delito consumado, que el autor adopta su decisión contra el bien jurídico mediante un dolo que debe estar presente en el momento de llevar a cabo la conducta típica y que confiere a dicha acción su carácter específico. El «dolo antecedente», por tanto, no es en absoluto dolo¹⁶.

A primera vista, la idea de que el dolo no solo se manifiesta en la conducta ejecutiva, sino que solo entonces adquiere su carácter de decisión, no desempeña ningún papel en la consumación pues en esta, al fin y al cabo, no puede haber ninguna duda de que el autor ha recorrido el estadio de la decisión. Así, la determinación del momento en el cual el autor adopta su decisión contra el bien jurídico despliega toda su relevancia, precisamente, a partir de la fase de tentativa. Ahora bien, tampoco puede afirmarse que, fuera de este ámbito, ello carezca de toda importancia. En efecto, la ausencia de una resolución al hecho jurídicamente relevante en fase preparatoria es desconocida por la doctrina del *omnimodo facturus*, conforme a la cual aquel que está resuelto al hecho ya no puede ser inducido. Esta doctrina implica un compromiso de la persona que no es ni empíricamente correcto ni normativamente adecuado¹⁷. Evidentemente, el «*omnimodo facturus*» todavía no se ha comprometido con la comisión del hecho de modo concluyente. Por muy resuelto al hecho que pueda estar, la posibilidad de una modificación de sus planes forma parte de su libertad¹⁸. Así, solo puede pronunciarse un juicio definitivo sobre si la incitación del inductor ha influido en la decisión del autor principal cuando este último ha adoptado

¹⁵ En este sentido, se atribuye al legislador un poder de definición sobre qué clases de comportamientos pueden considerarse relevantes como expresión de una decisión contra un bien jurídico. Es evidente que, desde esta perspectiva, ciertos adelantamientos de la punibilidad pueden ser valorados críticamente. Esta crítica se centra, normalmente, en la todavía baja peligrosidad objetiva de tales clases de comportamientos. Sin embargo, la crítica también puede orientarse hacia la cuestión acerca de si el autor, en un estadio temprano, ha adoptado ya una decisión contra el bien jurídico.

¹⁶ Acertadamente, KÜHL, AT, 8.^a ed., 2017, 5/21.

¹⁷ Sobre la crítica, MURMANN, *SSW-StGB*, 4.^a ed., 2019, § 26, nm. 6; PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», GA, (131), 1984, pp. 117 ss.; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 18 ss.

¹⁸ SATZGER, «Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», JURA, (39-10), 2017, pp. 1169 ss., se opone (p. 1170) a la crítica esgrimida contra la figura del *omnimodo facturus* indicando que también en el § 30 StGB concurre una resolución firme. No obstante, ello no es acertado, dado que una resolución en los términos del § 30 StGB, precisamente, no ha manifestado su firmeza a través de la ejecución del hecho. El hecho de que el legislador también castigue bajo pena decisiones provisionales debido a los peligros que llevan aparejados no significa que una decisión de esta naturaleza constituya una resolución al hecho en el sentido de los §§ 16, 22 StGB. Consecuentemente, el § 30 StGB pretende criminalizar la peligrosidad abstracta de los procesos de dinámica grupal (MURMANN, *SSW-StGB*, 4.^a ed., 2019, § 30, nm. 1).

efectivamente su decisión, es decir, en el estadio de la ejecución del hecho principal. Es aquí donde se plantea la cuestión acerca de si se ha realizado la incitación en la concreta resolución al hecho. Por tanto, contrariamente a la doctrina absolutamente dominante, el llamado *omnimodo facturus* puede ser efectivamente inducido. Ello salta a la vista cuando el sujeto que, en el momento de la incitación, estaba resuelto al hecho, cambia inicialmente de parecer, pero finalmente comete el hecho bajo la influencia de dicha incitación¹⁹.

3. El dolo en el delito intentado

3.1. Sobre la relación entre el dolo y la legitimación de la punibilidad de la tentativa

El injusto del delito intentado se identifica comúnmente con la manifestación de una actitud o de una voluntad del autor contrarias a Derecho²⁰. Por regla general, a ello subyace la imagen de un autor que, en algún momento –normalmente, todavía en la fase preparatoria–, se ha formado una voluntad contraria a Derecho. Esta puede manifestarse entonces a través de distintos actos preparatorios que, por regla general, son todavía irrelevantes jurídico-penalmente, hasta que finalmente se configura como base de un comportamiento que, acompañado del predicado «disposición inmediata», marca el ingreso en el estadio de la tentativa punible²¹. El componente objetivo completa en cierto modo el injusto de la tentativa y legítima, junto con la voluntad contraria a Derecho preexistente –la cual, a partir de entonces, se denomina dolo o resolución al hecho–, la punibilidad de la tentativa. La teoría de la impresión encaja en este modelo: el acto externo commociona al Derecho cuando este ha alcanzado –conforme a la representación del autor– una cierta proximidad respecto a la realización del hecho.

Conforme a las consideraciones precedentes, este habitual enfoque pasa por alto la relevancia constitutiva del dolo para el injusto y, con ello, su trascendencia para legitimar la punibilidad de la tentativa, pues la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo todavía no existe en fase preparatoria. Ciertamente, a primera vista podría admitirse que el planteamiento erróneo que presupone un dolo ya existente en fase preparatoria sería inocuo dado que, en cualquier caso, la punibilidad de la tentativa solo encuentra su fundamento a partir del estadio de la disposición inmediata. No obstante, la idea de que la resolución de cometer el hecho existe ya en fase preparatoria y, para fundamentar la punibilidad, solo requiere que se alcance una cierta proximidad respecto a la realización del hecho descuida el potencial limitador de la punibilidad de la tentativa propio de una adecuada determinación del dolo. La orientación hacia el peso de la contribución externa –algo que caracteriza particularmente a la teoría de la impresión– no logra fundamentar ni, por tanto, limitar la punibilidad de la tentativa adecuadamente. Sin embargo, la insuficiente determinación de la parte subjetiva del hecho se encuentra implícita ya en la descripción tradicional de la teoría subjetiva de la tentativa, según la cual el fundamento de punición de la tentativa residiría en la «actitud contraria a Derecho» manifestada. Esta formulación induce a inferir erróneamente que, en la parte subjetiva del hecho, se trataría únicamente de una determinada disposición de ánimo cuya eficacia práctica carece de importancia decisiva. Ante esta tesis resulta comprensible, asimismo, la objeción esgrimida frecuentemente contra la teoría subjetiva de la tentativa, según la cual esta última tendería a una extensión desmesurada de la punibilidad de la tentativa²². En efecto, si se asume que podría

¹⁹ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 164 ss.

²⁰ Véase ya las referencias en n. 1.

²¹ En este sentido, por ejemplo, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 50.

²² Así, por ejemplo, ESER/BOSCH, *Schönke/Schröder*, 30.^a ed., 2019, Vor §§ 22 ff., nm. 21.

«formarse la resolución definitiva al hecho ya días antes del hecho»²³, entonces resulta evidente que esta no permite delimitar el ámbito de la tentativa. Si se combina este planteamiento, por ejemplo, con la teoría de la impresión, el inicio de la tentativa depende del sentimiento de los otros miembros de la comunidad jurídica, quienes tendrán poco en cuenta la libertad del autor, aún subsistente, de distanciarse del plan proyectado.

Por tanto, una adecuada determinación de la dimensión interna del hecho es capaz de reforzar de modo decisivo la teoría mixta subjetivo-objetiva en su punto de partida subjetivo. Con ello se persigue ya un objetivo legítimo, dado que esta teoría se corresponde con la regulación legal y, asimismo, con la voluntad del legislador²⁴. En caso de aceptar la fundamentación subjetiva del injusto de la tentativa, el problema de legitimación en esta no radica en la cuestión de que el hecho no alcance la consumación o, incluso, de que no concorra peligro objetivo alguno, sino en el hecho de fundamentar que el autor ha adoptado la decisión contra el bien jurídico requerida. La teoría subjetiva implica que ya la voluntad, que es concebida en sí misma como dotada de capacidad lesiva, en caso de objetivarse, puede lesionar el bien jurídico (de la víctima, de la colectividad o del Estado)²⁵.

Del mismo modo que en el delito consumado, la decisión que entra en consideración como base de la punibilidad de una tentativa no puede ser concebida sin una parte objetiva²⁶. PUPPE escribe, certeramente: «La resolución al hecho jurídico-penalmente relevante surge, por tanto, solo con y en el hecho. Así como la voluntad configura el hecho, solo el hecho configura la voluntad»²⁷. Si se entiende la teoría subjetiva en este sentido, entonces la preocupación por una expansión desmedida de la punibilidad de la tentativa es injustificada. Al contrario, de forma mucho más fiable que una teoría de la impresión orientada a las percepciones subjetivas de los demás miembros de la comunidad jurídica, esta sitúa «la tentativa prácticamente en el límite mismo de la conducta típica»²⁸. Ello se debe a que el autor debe haber mantenido su disposición hasta una fase en la que prácticamente no hay vuelta atrás y en la que, por tanto, puede afirmarse fundadamente que este se ha decidido por la lesión del bien jurídico (más detalladamente, *infra* 3.2.b)). Así, la entrada en el estadio de la tentativa debe analizarse a partir de la decisión adoptada por el autor. Los procesos externos, es decir, la cuestión acerca de los pasos intermedios necesarios, adquieren relevancia por su valor informativo sobre el hecho de hasta qué punto el autor ha mantenido su plan delictivo y se ha comprometido con su realización. En este sentido, formulaciones como la «prueba de fuego de la situación crítica»²⁹ o el «umbral del vamos allá»³⁰

²³ HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 50. [N. del T.: Debido a un error material, el autor cita el nm. 50 del comentario correspondiente al «Previo a los §§ 22 ss.»].

²⁴ Detalladamente, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, Vor §§ 22 ff., nm. 60.

²⁵ No obstante, la importancia capital de la parte subjetiva del hecho no es algo específico de la tentativa, sino que se justifica por el hecho de que cualquier modificación de la realidad (social) solo puede adquirir su carácter de injusto de tentativa o injusto consumado sobre la base de la disposición interna del autor; *Vid.* ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 233.

²⁶ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 246 (sobre el concepto de la «resolución al hecho»).

²⁷ PUPPE, *GA*, (131), 1984, p. 117.

²⁸ ROXIN, «I. Teil. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG (eds.), *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, pp. 15-16.

²⁹ BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JZ*, (9-15/16), 1954, p. 473, quien a continuación caracteriza el momento decisivo en el sentido de que sería el «instante en el que se toma la última decisión relevante acerca del “sí” del hecho».

³⁰ BGHSt 26, 201, p. 203.

expresan mejor el punto decisivo que la ausencia de pasos intermedios³¹, si bien debe destacarse, ciertamente, que la conducta de tentativa no solo manifiesta la decisión, sino que es parte de la decisión misma³². Lo anterior no altera el hecho de que la teoría de los actos intermedios resulta de gran utilidad, siempre que se tenga en cuenta su capacidad explicativa respecto al estadio del compromiso. Asimismo, para la interpretación del criterio de la «esencialidad» de los pasos intermedios, la referencia a la decisión del autor constituye una concreción clara y una garantía frente a la determinación ajena.

Ya del principio de determinación (Art. 103, ap. 2 Ley Fundamental) se desprende que los tipos penales deben establecer aquellos comportamientos a través de cuya realización el autor se compromete de forma vinculante a lesionar un bien jurídico, es decir, a través de los cuales este adopta su decisión contra el bien jurídico. Ello rige también, en principio, para la tentativa. Sin embargo, en esta, la vinculación con el tipo penal debe modificarse en dos sentidos. Por un lado, del carácter decisivo de la dimensión subjetiva del hecho se desprende que el autor también puede adoptar su decisión mediante la realización de conductas que solo con base en la representación del autor deberían considerarse típicas (como ocurre, en particular, en la tentativa inidónea). Por otro lado, el § 22 StGB extiende el ámbito de la tentativa más allá del tipo penal hasta la fase de la disposición inmediata. Respecto a este último punto es necesario, por tanto, diferenciar según el estadio en el que se encuentra la realización del plan delictivo.

3.2. Sobre la relación entre el dolo y el estadio de la tentativa

Partiendo de la idea de que el dolo, como decisión contra el bien jurídico, no puede ser concebido sin referencia a la parte externa del hecho, debe señalarse aquí ya que las diferencias en el estadio de realización también deben repercutir en la dimensión subjetiva del hecho. Para analizar estas divergencias con mayor precisión, debe distinguirse según si el autor ya ha llevado a cabo la conducta típica o si este se ha dispuesto inmediatamente a ello.

Esta diferenciación no es (totalmente) idéntica a la distinción efectuada entre tentativa acabada e inacabada en sede de desistimiento. Por supuesto, resulta evidente la intuición de que la tentativa inacabada marca el estadio en el que el autor (siempre: con base en su representación) todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva, mientras que la tentativa acabada se refiere a la situación existente tras la realización de esta³³. Sin embargo, tal interpretación no se compadece con la comprensión de los conceptos que subyace en el marco del § 24 StGB. Así, es cierto que no puede apreciarse una tentativa acabada si el autor, según su representación, aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva. Sin embargo, a la inversa, no concurre necesariamente una tentativa acabada (en el sentido de la dogmática del desistimiento) por el hecho de que el autor haya llevado a cabo la conducta ejecutiva. Ello se debe a que, si se considera como decisivo para la distinción entre tentativa acabada e inacabada, con la teoría de la consideración global (*Gesamtbetrachtungslehre*), el horizonte del desistimiento, puede suceder que tras la realización de la conducta ejecutiva esta se revele como inofensiva –y, por ello, se aprecie una tentativa inacabada en el sentido del § 24 StGB–.

³¹ Es cierto que también las formulaciones subjetivizadoras son propensas a generar malentendidos; especialmente, la idea de que el autor debería reflexionar efectivamente sobre un umbral y, por así decirlo, definirlo. En este sentido, de lo que se trata más bien es de la cuestión de una valoración jurídica.

³² PUPPE, GA, (131), 1984, p. 117.

³³ En este sentido, por ejemplo, BGHSt 43, 177, p. 179.

a. *El dolo en la realización de la conducta típica*

Si el autor ha llevado a cabo la conducta típica, en lo que respecta al desvalor de acción no existe ninguna diferencia con el delito consumado³⁴. El autor ha adoptado su decisión contra el bien jurídico con la realización de la conducta ejecutiva, por lo que forzosamente ha entrado en el estadio de la tentativa.

Lo anterior ha sido discutido en ocasiones para las constelaciones de casos en las que entre el comportamiento del autor y la consumación del hecho existe una distancia todavía sustancial. Así, en el «caso del ácido clorhídrico», el BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) hizo depender el inicio de la tentativa del autor mediato tras la realización de la conducta de influencia típica del hecho de que el instrumento debiera proceder «de inmediato» a la ejecución el hecho³⁵. Para la constelación de casos en los que el autor cuenta con una autolesión por parte de la víctima condicionada por error –estructuralmente equiparables a los casos de autoría mediata³⁶–, el BGH, en el «caso del farmacéutico», consideró decisiva la magnitud del riesgo representado por el autor de realización de la conducta autolesiva. Así, con la colocación de una trampa con veneno no concurriría todavía una disposición inmediata si la producción del resultado, según lo esperado por el autor, todavía hubiera sido demasiado improbable³⁷. Finalmente, la jurisprudencia ha afirmado en distintas ocasiones que las conductas de engaño que deben servir al autor, por ejemplo, para procurarse la confianza de la víctima o, en general, para preparar el terreno para ulteriores engaños, a pesar de que colman ya el tipo del § 263 StGB, no conducen, sin embargo, al estadio de la tentativa «si con ello el autor no se ha dispuesto todavía hacia la lesión del derecho que fundamenta la punibilidad –o una punibilidad agravada–»³⁸. En todas estas constelaciones de casos, por tanto, se encuentra la idea de que el sujeto, a pesar de haber llevado a cabo la conducta ejecutiva típica, todavía no se ha dispuesto inmediatamente en el sentido del § 22 StGB.

Pues bien, ello es incorrecto ya que, si el autor se ha decidido, con la realización de la conducta ejecutiva, en contra del bien jurídico, en ese caso concurren tanto los requisitos subjetivos como los objetivos del injusto de la tentativa. Por supuesto, una pregunta completamente distinta es si el autor efectivamente ha llevado a cabo una conducta que deba calificarse como ejecutiva, lo

³⁴ Del mismo modo, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 97; WEGE, *Rücktritt und Normgeltung*, 2011, pp. 70, 73 (quien, no obstante, ignora la relevancia del desvalor de resultado).

³⁵ BGHSt 30, 363, p. 365; BGHSt 40, 257, pp. 268–269. Véase también BGH, NStZ 2001, 475, p. 476; BGHSt 43, 177, pp. 177 ss. (con comentario crítico de ROXIN, «BGH, 12. 8. 1997 – 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», JZ, [53-4], 1998, pp. 209 ss.; con comentario favorable de OTTO, «Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle», NStZ, [18-5], 1998, pp. 241–244). Sobre ello, también RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., 2018, 36/14; WOLTERS, «Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbstschädigenden Tatmittlers», NJW, (51-9), 1998, pp. 578 ss.

³⁶ BGHSt 43, 177, p. 180.

³⁷ BGHSt 43, 177, pp. 182–183.

³⁸ BGHSt 31, 178, p. 182; igualmente, OLG Schleswig, SchlHAnz 1987, 101. Favorables, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 94; HOFFMANN-HOLLAND, *MüKo-StGB*, t. I, 3.^a ed., 2017, § 22, nm. 107; KÜPER, «„Teilverwirklichung“ des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs? – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 16. 1. 1991», JZ, (47-7), 1992, p. 345; parcialmente coincidente ya BURKHARDT, «Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungs-handlung zum Betrug – OLG Karlsruhe NJW 1982, 59», JuS, (23), 1983, pp. 426 ss. De otra opinión, BGHSt 37, 294, p. 296; BGH, NStZ 2011, 400; BGH, NStZ 2002, 433, p. 435; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59; BLOY, «Betrug zum Nachteil eines Maklers. Anmerkung zu BGH JR 1984, 121», JR, (3), 1984, pp. 124–125; BOSCH, «Unmittelbares Ansetzen zum Versuch», JURA, (33-12), 2011, p. 911; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 521; KÜHL, AT, 8.^a ed., 2017, 15/55; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 13 ss.; críticamente también MAAß, «Betrug gegenüber einem Makler – BGHSt 31,178», JuS, (24), 1984, p. 28.

que constituye una cuestión de interpretación del tipo objetivo. A modo de esbozo: si el autor ha dejado escapar de sus manos el curso de los acontecimientos, el lapso temporal hasta la realización del peligro no se opone a la calificación de la conducta como jurídicamente desaprobada y típica («caso del ácido clorhídrico»)³⁹. Si el autor conserva el riesgo bajo su control, porque puede eliminar en cualquier momento y sin riesgo la fuente de peligro, resulta apresurado considerar como acto ejecutivo la última conducta activa del autor⁴⁰. En una constelación tal, la conducta ejecutiva típica no reside ya en la disposición activa del veneno, sino en la no eliminación del veneno con la que se infringe el deber de garante por injerencia; es decir, en una omisión⁴¹.

En este mismo contexto resulta de interés la posición de FRISTER, quien aprecia una conducta ejecutiva que fundamenta una tentativa en la disposición de la trampa con veneno, lo que argumenta con la idea de que, a la vista de la situación así configurada, no se requiere ninguna decisión adicional del autor para producir el resultado⁴². Ello no convence por el hecho de que, de este modo, el desencadenar un curso de los acontecimientos se sobreinterpreta como un compromiso definitivo, a pesar de que, en realidad, el acto externo no fundamenta la decisión⁴³. Una decisión de este tipo solo puede constituir un fundamento legítimo de la punibilidad cuando está presente en un estadio en el que se puede asumir con cierta fiabilidad que esta será efectivamente mantenida. Mientras el autor mantenga la fuente de peligro en su ámbito de dominio, este puede invocar justificadamente su libertad aún subsistente de eliminar dicha fuente de peligro. Finalmente, algo similar rige también en referencia a las conductas de engaño precedentes en la estafa: una clase de comportamiento no es ya una acción de engaño en el sentido del § 263 StGB por el mero hecho de que, desde un punto de vista fenomenológico, coincide con la descripción del comportamiento típico como «engaño»⁴⁴. El juicio de desaprobación específico del tipo en la estafa no se dirige a evitar la posibilidad de preparar el terreno para ulteriores conductas de engaño llevadas a cabo de forma autorresponsable por el

³⁹ Por tanto, este criterio, que según una extendida doctrina debe ser decisivo para la determinación del inicio de la tentativa (p. ej., BGH, NStZ 1986, 547; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., 2018, § 22, nm. 9; RENGIER, AT, 10.^a ed., 2018, 36/10 ss.; RÖNNAU, «Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten», *JuS*, [54-2], 2014, pp. 111-112; ROXIN, «Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten», en SCHROEDER/ZIPF [eds.], *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 227; EL MISMO, «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *JuS*, [19-1], 1979, p. 11; EL MISMO, «BGH, 12. 8. 1997 – 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», *JZ*, [53-4], 1998, pp. 211-212; JÄGER, *SK-StGB*, t. I, 9.^a ed., 2017, § 22, nm. 39), afecta, correctamente, a la interpretación del tipo penal.

⁴⁰ Así, sin embargo, FRISTER, «Der Begriff „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22 StGB», en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 384-385; HOFFMANN, «Über das unmittelbare Ansetzen während zeitlich gestreckter Handlungsabläufe», *JA*, (48-3), 2016, pp. 196-197; SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 77-78.

⁴¹ MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 16 ss.; STRENG, «Wie „objektiv“ ist der objektive Versuchstatbestand? Der „komplettierte Tatentschluß“ und seine Ausführung durch Tun oder Unterlassen», en GÖSSEL (ed.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, pp. 338, 343, 346-347. *Vid.* también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, 25/72; ROXIN, en SCHROEDER/ZIPF (eds.), *FS Maurach*, 1972, pp. 221-222.

⁴² FRISTER, en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *FS Wolter*, 2013, p. 385. La mayoría de los autores que ven en la disposición del veneno una conducta ejecutiva activa parten de que el inicio de la tentativa sucede a la conducta ejecutiva; por ejemplo, SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 78-79.

⁴³ Acertadamente, ROXIN, en SCHROEDER/ZIPF (eds.), *FS Maurach*, 1972, p. 216, señala que, dentro del propio ámbito de dominio, no existe ninguna diferencia relevante entre la acción y la omisión.

⁴⁴ BGHSt 37, 294, p. 296; BGH, NStZ 2011, 400; BGH, NStZ 2002, 433, p. 435; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59 (con comentarios en contra de BURKHARDT, *JuS*, [23], 1983, pp. 426 ss.; KRÜGER, «Fälle zur JA-Kartei», *JA*, [16], 1984, pp. 23-24); BOSCH, *JURA*, (33-12), 2011, p. 911; JESCHECK/WEIGEND, AT, 5.^a ed., 1996, p. 521; KÜHL, AT, 8.^a ed., 2017, 15/55; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 13 ss.

autor, sino a impedir aquellas conductas de engaño que pueden conducir inmediatamente a la causación del error típicamente requerido y a un menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo derivado del acto de disposición.

A modo de conclusión, por tanto, cabe afirmar lo siguiente: el autor que, según su representación, lleva a cabo la conducta típica, ha adoptado la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo. En este sentido, en lo que respecta a la parte subjetiva del hecho, no existe ninguna diferencia con el delito doloso consumado⁴⁵. Sin embargo, en la fundamentación del injusto de la tentativa surge una controversia que, en el caso de la consumación –al menos, por regla general–, no desempeña un papel decisivo; esto es, la cuestión relativa a qué comportamiento debe ser calificado como típico. Lo anterior se debe a que, en la tentativa, resulta esencial determinar de forma precisa la conducta ejecutiva: ya sea por el hecho de que, sobre la base de la representación del autor, con la realización de dicha conducta este se encuentra en todo caso en el estadio de la tentativa; ya sea por el hecho de que la disposición inmediata se refiere a la conducta ejecutiva que, según la representación del autor, debe llevarse a cabo.

b. *El dolo en la realización de un «acto preparatorio próximo al tipo»*

Si el autor todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva, en ese caso se encuentra en la fase preparatoria. A pesar de que no se corresponde con el uso habitual de los términos, con ello se pretende poner de manifiesto que toda acción que precede a la realización de la conducta típica no constituye, precisamente, una conducta ejecutiva, sino que todavía forma parte de la fase preparatoria⁴⁶. Así, el inicio de la tentativa caracterizado por la «disposición inmediata» selecciona una conducta de entre todas las acciones preparatorias. En relación con estos «actos preparatorios próximos al tipo»⁴⁷ se presenta un problema de legitimación que queda oculto por la concepción según la cual el dolo coincide con el del delito consumado: el dolo, como voluntad dirigida a la realización de la conducta ejecutiva, se encuentra aquí necesariamente bajo la reserva, por parte de la persona libre, de poder renunciar a este propósito incluso «en el último segundo». A esta posibilidad puede acogerse también el denominado sujeto «firmemente» resuelto al hecho⁴⁸. Por tanto, aquella tentativa en la que el autor aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva se refiere a una constelación en la que el dolo incluye todavía la libertad de no ejecutar el hecho. En consecuencia, si falta una resolución materializada en la realización de una conducta ejecutiva, con ello se pone de manifiesto una notable divergencia respecto al dolo del delito consumado (así como en la tentativa tras la realización de la conducta típica).

Si la pena del dolo solo puede legitimarse como expresión de la decisión del autor contra el bien jurídicamente protegido, entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto también el autor que aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva puede haber adoptado la decisión requerida. En efecto, en términos normativos, en todo momento de la fase preparatoria todavía se espera del autor la renuncia al hecho planeado. El autor no está –como él mismo sabe – comprometido

⁴⁵ Subsiste, no obstante, la diferencia ya mencionada anteriormente, según la cual el dolo no tiene por qué dirigirse necesariamente hacia un comportamiento objetivamente desaprobado por su peligrosidad.

⁴⁶ Vid., asimismo, Armin KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 404; EL MISMO, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW*, (80-1), 1968, p. 52.

⁴⁷ MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 10 ss.

⁴⁸ SCHLEHOFER, *Vorsatz und Tatabweichung*, 1996, p. 45.

con la comisión del delito⁴⁹. No obstante, la confianza en la orientación conforme al Derecho no depende únicamente de expectativas normativas, sino también de circunstancias fácticas y experiencias prácticas⁵⁰. Con todo, tales expectativas solo pueden legitimar una sanción penal dentro de un marco muy estrecho. Así, se deberá exigir que la voluntad de ejecución se mantenga hasta un momento tan inmediatamente anterior a la realización de la conducta ejecutiva que ello legitime la asunción de que ya no cabe esperar un ejercicio de la libertad en el sentido de una renuncia al hecho. Ello se debe a que, en una concepción del Derecho en cuya constitución se implica el autor, únicamente en este marco tan estrecho puede exigírsele que acepte haber perdido la confianza en el cumplimiento de la expectativa normativa de un comportamiento fiel al Derecho que se le dirige de modo general.

Conforme a lo anterior, la disposición inmediata marca no solo la superación de un umbral objetivo hacia el inicio de la tentativa, sino que constituye, al mismo tiempo, el momento en el que la voluntad de pasar a la ejecución del hecho se convierte en dolo. En una teoría de la tentativa subjetivamente fundada, a este último aspecto deberá concedérsele prioridad incluso frente al criterio de la proximidad externa a la ejecución del hecho. Dicha proximidad a la ejecución del hecho –que debe enjuiciarse con base en la representación del autor– despliega su relevancia, precisamente, en relación con la decisión del autor que fundamenta el injusto de la tentativa. La determinación de la frontera que marca el ingreso en el estadio de la tentativa debe tener materialmente en cuenta, pese al baremo objetivo que el criterio de la «disposición inmediata» establece, el momento en el que el autor ya no puede ampararse en la posibilidad de no querer ejecutar el hecho. A este respecto, la inmediata proximidad a la realización de la conducta ejecutiva constituye, ciertamente, el criterio esencial.

Aun cuando difícilmente pueda discutirse que el autor concede a su decisión su última expresión vinculante solo a partir de un dolo que se manifiesta en la realización de la conducta ejecutiva, no es menos cierto que la voluntad que se ha aproximado hasta casi la realización de la conducta ejecutiva misma, en la práctica, no deja apenas lugar a dudas de que dicha voluntad se mantendrá⁵¹. En todo caso, el legislador es libre de ignorar esta distinción en la formación de la resolución a la hora de resolver sobre la punibilidad de la tentativa (así como es libre, por lo demás, de agrupar los distintos grados de dolo bajo un concepto unitario de dolo).

De este modo, la tesis conforme a la cual el dolo en el delito consumado sería idéntico al del delito intentado se revela como incorrecta para aquellas constelaciones en las que el autor no ha ido más allá del estadio de los «actos preparatorios próximos al tipo». La discrepancia tiene que ver con el punto de referencia del dolo, en la medida en que la configuración del suceso abarcada por el dolo va referida, inicialmente, a un acto preparatorio próximo al tipo. Ahora bien, el dolo no puede limitarse a la conducta que representa la disposición inmediata. En efecto, del requisito de la representación del hecho contenido en el § 22 StGB se desprende ya claramente que el autor también debe abarcar como objeto de su dolo la realización de conductas futuras, como eventuales procesos ulteriores previos a la conducta ejecutiva (pasos intermedios inesenciales) y, particularmente, la propia conducta ejecutiva. La relación subjetiva con estos acontecimientos futuros no puede describirse como conocimiento, sino que el autor debe actuar con la voluntad

⁴⁹ Sobre el hecho de que esta indeterminación también existe –si bien, por distintas razones– cuando se cuestiona la libertad de elección, véase supra, apartado 2.

⁵⁰ Así ocurre también, por lo demás, con el principio de confianza; *Vid. MURMANN, Grundkurs*, 5.^a ed., 2019, 23/50 ss.

⁵¹ Similar, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 85 ss.

de progresar hasta la conducta ejecutiva⁵². Así, también para los partidarios de las teorías volitivas radica aquí, en relación con el punto de referencia del dolo, una diferencia respecto al delito consumado. Para los representantes de las teorías cognitivas del dolo la diferencia afecta, además, a la estructura del dolo.

4. Recapitulación y consideraciones sobre la teoría del desistimiento

Se ha puesto de manifiesto que la fundamentación subjetiva de la tentativa, que en la mayoría de los casos aparece más bien como una solución de emergencia impuesta por el legislador, incide en un aspecto central del injusto –también del delito consumado–. La dimensión externa correspondiente a la decisión contra el bien jurídico no constituye solo la manifestación exterior de la decisión requerida en un Derecho penal del hecho, sino que es lo que hace surgir propiamente a dicha decisión.

Partiendo de la idea de que la fundamentación y la limitación de la punibilidad son, al fin y al cabo, dos caras de la misma moneda, las consideraciones sobre la relevancia de la decisión contra el bien jurídico para fundamentar la tentativa adquieren significación, al mismo tiempo, a la hora de limitar la punibilidad de la tentativa. Ello se desprende de la idea de que dicha decisión requiere un compromiso de la persona que solo ha sido asumido con seguridad a partir de la realización de la conducta ejecutiva. Con ello, el problema de legitimación en la tentativa se plantea de modo totalmente distinto según si el autor ya ha llevado a cabo la conducta ejecutiva o si todavía se encuentra en el estadio de la preparación (próxima al tipo). Mientras que, en la realización de la conducta ejecutiva, el autor ha adoptado su decisión con el mismo grado de vinculación que en el delito consumado (si bien, con la diferencia de que la peligrosidad objetiva de la conducta ejecutiva no es constitutiva para el injusto de la tentativa), la decisión adoptada en la realización de un acto preparatorio próximo al tipo permanece bajo la reserva de la libertad del autor. En este último caso, la punibilidad de la tentativa solo puede fundamentarse sobre la base de la expectativa fáctica de que, a partir de cierto estadio de realización de un plan delictivo, prácticamente ya no hay vuelta atrás. Así, la carga que supone formular un reproche por tentativa contra el autor, a pesar de que el mantenimiento del plan delictivo todavía no era en absoluto seguro, exige acercar el inicio de la tentativa muy estrechamente a la conducta ejecutiva.

Resta, todavía, una observación adicional: las consideraciones en torno a la disposición inmediata también cobran relevancia en el marco de los discutidos casos del desistimiento de una tentativa provisionalmente fracasada y se encuentran, en cierto modo, corroboradas por la consistencia con la que se introducen en la dogmática del desistimiento. Este aspecto deberá abordarse a continuación con la mayor brevedad.

Si el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la decisión contra el bien jurídico, entonces también el desistimiento debe operar precisamente con base en dicha decisión⁵³. El levantamiento de pena previsto para el desistimiento solo puede justificarse si el autor revoca la

⁵² DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 12, 98; SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, p. 59; STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 530: «voluntad de persistir».

⁵³ Subrayan la vinculación existente entre el injusto de la tentativa y el desistimiento, por ejemplo, BOTTKE, «Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24. 6. 1993 – 4 StR 33/93», *JZ*, (49-2), 1994, pp. 71, 73; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 27 ss.; DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 23. Discrepante, JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, p. 87.

decisión adoptada mediante la tentativa. Esta revocación encuentra su manifestación más clara cuando el autor renuncia a la realización de la conducta ejecutiva en el estadio de los «actos preparatorios próximos al tipo». En este caso, el autor hace uso de la libertad, todavía subsistente, de revertir el hecho.

En cambio, la capacidad expresiva de la mera renuncia es problemática cuando el autor ha adoptado ya su decisión con la realización de la conducta ejecutiva, pero, sin embargo, esta no conduce a la materialización del delito y el autor no continúa persiguiendo las ulteriores posibilidades de producción del resultado que se abren ante sí. El tratamiento de estos casos, como es sabido, resulta controvertido. El punto de partida dogmático debe ser la cuestión acerca de si la conducta ejecutiva previamente realizada y las conductas subsiguientes, reconocidas por el autor como prometedoras, constituyen un «hecho» en el sentido del § 24, ap. 1 StGB.

Dado que, en todo caso, el desistimiento liberador de pena presupone un distanciamiento del autor respecto al comportamiento que fundamenta la tentativa, lo decisivo para una concreción material del concepto de hecho debe ser si puede atribuirse a la omisión de ulteriores esfuerzos de ejecución una capacidad expresiva en el sentido de que el autor se distancie de la resolución materializada en la conducta ejecutiva ya realizada y de la máxima del injusto subyacente a esta. Solo mientras el autor se encuentre en el estadio de ejecución del mismo hecho podrá este hacer valer una modificación de su decisión en relación con la consumación del delito. En ello radica la diferencia con el resto de los comportamientos posteriores al hecho⁵⁴.

La teoría del acto individual (*Einzelaktstheorie*) no considera posible dicho contenido expresivo siempre que el autor haya llevado a cabo una conducta ejecutiva que, desde su punto de vista, sea irreversible. Así, con ello existiría una expresión de sentido que ya no es susceptible de ser modificada, es decir, un «hecho»⁵⁵. Por el contrario, la teoría de la consideración global (*Gesamtbetrachtungslehre*) pretende conceder al autor una posibilidad de desistir también allí donde una conducta ejecutiva que, según su representación, todavía es posible, conforma un «fenómeno vital unitario» (*einheitlicher Lebensvorgang*) junto con aquella ya llevada a cabo⁵⁶.

La teoría de la consideración global merece, en términos generales, aprobación⁵⁷. Aun cuando el autor ha adoptado, con la conducta ejecutiva ya llevada a cabo, la decisión contra el bien jurídico, la realización de esta última permanece deficitaria en tanto el resultado no se haya producido⁵⁸. Con una renuncia a la ulterior prosecución de su fin delictivo, el autor puede distanciarse con especial énfasis de la máxima del injusto que subyacía a la decisión adoptada en primer lugar. Ahora bien, lo que requiere justificación es si debe interpretarse –y en qué medida– el hecho de que el autor no se decida por la realización de ulteriores conductas ejecutivas como un distanciamiento de la decisión adoptada originariamente. En este punto deben retomarse las

⁵⁴ Detalladamente, MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 ss.

⁵⁵ Al menos, cuando el autor considere posible que, tras la realización de la conducta ejecutiva, ya no podría impedir la producción del resultado. ESER/BOSCH, *Schönke/Schröder*, 30.^a ed., 2019, § 24, nm. 21; en detalle, JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW*, (104-1), 1992, pp. 82 ss.

⁵⁶ Ejemplificativamente, BGHSt 31, 170; BGHSt 33, 295; BGH, 2016, 332; BGH 2017, 720; AMBOS, *HK-GS*, 4.^a ed., 2017, § 24, nm. 7; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 478; KUDLICH, «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», *JuS*, (39), 1999, p. 243; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975, 15/78; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48.^a ed., 2018, 17/891.

⁵⁷ Vid. ya MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 39 ss.

⁵⁸ Ciertamente, ello puede verse de modo distinto cuando se discute de modo general la relevancia del resultado para el injusto; por ejemplo, Armin KAUFMANN, en STRATENWERTH (ed.), *FS Welzel*, 1974, pp. 410 ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 ss.

consideraciones expuestas en torno a la determinación del inicio de la tentativa: la expectativa empírica según la cual el autor, a partir de un determinado momento de la realización de su plan delictivo, avanzará hasta la conducta ejecutiva, existe también (y precisamente) cuando este ya ha realizado una conducta ejecutiva sin éxito y se ve ahora en condiciones de poder llevar a cabo, en el curso inmediato de los acontecimientos, ulteriores conductas ejecutivas. En este caso, si el autor realiza la conducta ejecutiva, este prosigue con su plan delictivo inicial y no comete un nuevo hecho. Si, por el contrario, este se decide en contra de la realización de la ulterior conducta ejecutiva, en ese caso la expectativa decisiva para la fundamentación de la tentativa –según la cual el autor avanzará hasta la realización de la (siguiente) conducta ejecutiva– muestra, por así decirlo, su reverso. En efecto, supone una «agradable sorpresa» que el autor, en contra de lo esperado, no prosiga con su plan delictivo, a pesar de que la ulterior conducta ejecutiva representada seguiría inmediatamente a la fracasada. La esperable confirmación de la decisión contra el bien jurídico no se produce, lo que contrarresta la decisión adoptada al principio todavía dentro del mismo estadio de ejecución.

Con ello se fijan, al mismo tiempo, los límites de un distanciamiento eficaz respecto de la resolución formada inicialmente. Así, las conductas ejecutivas subsiguientes que el autor reconoce como posibles, pero que no siguen inmediatamente a la última conducta ejecutiva en el sentido del § 22 StGB, no pertenecen al mismo hecho. El plan adoptado tras la conducta ejecutiva fracasada, consistente en disponerse inmediatamente a la realización de una ulterior conducta ejecutiva, no alcanza a ser todavía la resolución al hecho requerida para la tentativa. En este caso, la «renuncia» a formarse una resolución respecto de la comisión de un nuevo hecho no puede desplegar ninguna fuerza expresiva cualificada (destacada frente a los restantes comportamientos posteriores al hecho) en relación con la decisión materializada con la primera conducta ejecutiva.

Como es sabido, la jurisprudencia amplía claramente el marco del fenómeno vital unitario y afirma dicha unidad, por ejemplo, incluso cuando el autor debe primero perseguir a la víctima y valerse de medios comisivos diferentes o cuando este requiere de un nuevo motivo para continuar persiguiendo el resultado típico (en los casos de obtención del fin extratípico)⁵⁹. La fundamentación es en ocasiones meramente intuitiva –por ejemplo: un fenómeno vital unitario no debería fragmentarse–, otras veces remite a la irrelevancia de los aspectos situados más allá del tipo penal –pese a que cualquier criterio que pueda fundamentar una conexión entre varias conductas ejecutivas es necesariamente de naturaleza extratípica–, mientras que en otros casos apela a la idea de la protección de la víctima –ignorando con ello la habitual objeción esgrimida contra la teoría político-criminal del desistimiento, según la cual el autor no es consciente del efecto liberador de pena del desistimiento o, como mínimo, no reflexiona sobre este aspecto⁶⁰.

Si se quisiera proporcionar a la jurisprudencia una fundamentación con referencia a la *ratio* del § 24 StGB, esta probablemente debería residir en el hecho de que la capacidad expresiva de la no realización de una ulterior conducta ejecutiva en la tentativa provisionalmente fracasada es mayor que en el «caso normal» de tentativa⁶¹. A favor de ello podrían esgrimirse, cuando menos, dos argumentos. Por un lado, podría argüirse que la expectativa empírica de que el autor

⁵⁹ Vid., por ejemplo, BGH, NStZ 1986, 264, p. 265; BGH NStZ 2007, 399; BGH NStZ 2015, 571; BGH NStZ 2016, 332; BGHSt (Gran Sala o plenario), 39, 221.

⁶⁰ Para la crítica en torno a la excesiva amplitud de la determinación de la unidad, acertadamente, MITSCH, Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, 12.^a ed., 2016, § 23, nm. 46.

⁶¹ Véase también SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 84 ss.

progresará hasta la realización de la conducta típica resultaría fundada aun cuando concurra una mayor distancia en relación con la siguiente conducta ejecutiva, al tratarse de un autor que ya ha manifestado la firmeza de su resolución. El segundo aspecto tiene que ver con la relevancia normativa de una expectativa fáctica de esta naturaleza. Mientras que la fundamentación del inicio de la tentativa con base en una expectativa empírica precisa de una especial legitimación, puesto que priva al autor de la objeción de que todavía se habría podido motivar conforme a Derecho, en el contexto del § 24 StGB actúa en sentido exoneratorio, pues con base en esta puede ampliarse el marco del hecho susceptible de desistimiento.

No obstante, tal determinación relativa del inicio de la tentativa en función del respectivo estadio de ejecución no resulta, al fin y al cabo, convincente. En primer lugar, ello carece de todo punto de apoyo en la ley, la cual solo otorga relevancia a dicha expectativa empírica en caso de «inminencia» del comportamiento típico. En segundo lugar, no parece materialmente adecuado conceder una relevancia normativa tan amplia a dicha expectativa fáctica precisamente en favor del autor que está especialmente resuelto al hecho. En tercer lugar, y sobre todo, no puede considerarse algo beneficioso *per se* para el autor el que se le presume capaz de realizar cualquier conducta antijurídica ulterior. Incluso cuando una posición basada en tal expectativa le abriría una posibilidad para desistir, con ello se haría un flaco favor al reconocimiento del autor como persona en Derecho (*Rechtsperson*). Por tanto, también bajo este aspecto resulta materialmente adecuado que la asunción de que el autor va a proseguir con su proyecto delictivo únicamente se reconozca dentro del estrecho marco fijado por el § 22 StGB con la «disposición inmediata».

5. Bibliografía

AMBOS, «§ 24 StGB», en DÖLLING *et al.* (eds.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 4.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

BLOY, «Betrug zum Nachteil eines Maklers. Anmerkung zu BGH JR 1984, 121», *Juristische Rundschau*, (3), 1984, pp. 123-125.

BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JuristenZeitung*, (9-15/16), 1954, pp. 468-473.

BOSCH, «Unmittelbares Ansetzen zum Versuch», *Juristische Ausbildung*, (33-12), 2011, pp. 909-916.

BOTTKE, «Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24. 6. 1993 – 4 StR 33/93», *JuristenZeitung*, (49-2), 1994, pp. 71-75.

BURKHARDT, «Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungs-handlung zum Betrug – OLG Karlsruhe NJW 1982, 59», *Juristische Schulung*, (23), 1983, pp. 426–431.

DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

ESER/BOSCH, «Vor § 22 ff. StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

_____, «§ 24 StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

FRISTER, «Der Begriff „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22 StGB», en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 355-388.

HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, pp. 226-259.

HILLENKAMP, «Vor §§ 22 ff. StGB», en CIRENER et al. (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. II, 12.^a ed., De Gruyter, Berlin, 2007.

_____, «§ 22 StGB», en CIRENER et al. (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. II, 12.^a ed., De Gruyter, Berlin, 2007.

HOFFMANN, «Über das unmittelbare Ansetzen während zeitlich gestreckter Handlungsabläufe», *Juristische Arbeitsblätter*, (48-3), 2016, pp. 194-197.

HOFFMANN-HOLLAND, «§ 22 StGB», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2017.

JÄGER, «§ 22 StGB», en WOLTER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 9.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2017.

_____, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C.H. Beck, München, 1996.

JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104-1), 1992, pp. 82-104.

_____, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS, «§ 16 StGB», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2017.

KAHLO, «“Die Weisheit der absoluten Theorien”», en HERZOG (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 383-422.

KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, pp. 393-414.

_____, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-1), 1968, pp. 34-53.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1997.

KRÜGER, «Fälle zur JA-Kartei», *Juristische Arbeitsblätter*, (16), 1984, pp. 21 ss.

KUDLICH, «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», *Juristische Schulung*, (39), 1999, pp. 240 ss.

KUDLICH/SCHUHR, «§ 22 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Franz Vahlen, München, 2017.

KÜPER, «„Teilverwirklichung“ des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs? – Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 16. 1. 1991», *JuristenZeitung*, (47-7), 1992, pp. 338-347.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., C.H. Beck, München, 2018.

MAAß, «Betrug gegenüber einem Makler – BGHSt 31,178», *Juristische Schulung*, (24), 1984, pp. 25 ss.

MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

MITSCH, «§ 23 StGB», en BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 2016.

MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

_____, «§ 30 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

_____, «§ 26 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

_____, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

OTTO, «Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (18-5), 1998, pp. 241-244.

PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (131), 1984, pp. 101-123.

RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., C.H. Beck, München, 2018.

RÖNNAU, «Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten», *Juristische Schulung*, (54-2), 2014, pp. 109-112.

ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München, 2003.

_____, «BGH, 12. 8. 1997 – 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», *JuristenZeitung*, (53-4), 1998, pp. 209-212.

_____, «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *Juristische Schulung*, (19-1), 1979, pp. 1-13.

_____, «I. Teil. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG (eds.), *Einführung in das neue Strafrecht*, C.H. Beck, München, 1974, pp. 1-33.

_____, «Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten», en SCHROEDER/ZIPF

(eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 213-234.

_____, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363. Besprechung des Urteils des BGH vom 22.4.1955 - 5 StR 35/55», *Juristische Schulung*, (4-2), 1964, pp. 53-61.

SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Köln, 1995.

SATZGER, «Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *Juristische Ausbildung*, (39-10), 2017, pp. 1169-1182.

SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, Felix, Holzkirchen (Obb.), 2006.

SCHLEHOFER, *Vorsatz und Tatabweichung. Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB*, Carl Heymanns, Köln/Berlin, 1996.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.

STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

STEIN, «§ 16 StGB», en WOLTER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, t. I, 9.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2017.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Vahlen, München, 2011.

STRENG, «Wie „objektiv“ ist der objektive Versuchstatbestand? Der „komplettierte Tatentschluß“ und seine Ausführung durch Tun oder Unterlassen», en GÖSSEL (ed.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 325-352.

STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, 1989, pp. 523-539.

WEGE, *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

WOLTERS, «Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbstschädigenden Tatmittlers», *Neue Juristische Wochenschrift*, (51-9), 1998, pp. 578-580.

ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

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