

ALEGATO A FAVOR DEL MODELO DE LA TENTATIVA EN EL CASO DE DESCONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN FÁCTICA JUSTIFICANTE: UNA CONTRIBUCIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL*

*Simon Kemper***

Resumen: El problema de la ausencia de los elementos subjetivos de justificación –a menudo subestimado en lo que respecta a su relevancia práctica– sigue siendo muy controvertido. En el presente artículo abogo a favor del denominado

* Traducción del alemán al español de Humberto José Sierra Olivieri (Universidad Externado de Colombia/Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). Nota del traductor: Agradezco a Francisco Fernández Perales (Universidad Pompeu Fabra) por el apoyo prestado en el proceso de traducción.

** Doctorando de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemania). *Mag. iur.* (Universität Bonn). ORCID: 0009-0000-4091-5721. Correo electrónico: simon.kemper@jura.uni-freiburg.de. Fecha de recepción: 13 de julio de 2023. Fecha de aceptación: 9 de octubre de 2023. Para citar el artículo: Kemper, Simon. “Alegato a favor del modelo de la tentativa en el caso de desconocimiento de la situación fáctica justificante: una contribución sobre los fundamentos de la justificación en el Derecho penal”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 118 (enero-junio de 2024), pp. 13-56. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n118.02>. El autor agradece a Humberto Sierra Olivieri por el apoyo prestado con la traducción de esta contribución del alemán al español. Las preguntas o críticas que surjan en relación con este artículo son muy bienvenidas.

“modelo de la tentativa” e intento resaltar que es el más plausible desde el punto de vista de sus fundamentos teórico penales, de su compatibilidad con el derecho penal positivo alemán y de sus consecuencias prácticas. En varios puntos intento hacer fructíferas para estos efectos tendencias recientes de la doctrina penal, como la distinción entre el principio de responsabilidad y el principio de solidaridad, la teoría de la imputación objetiva y la función primordialmente comunicativa de una sentencia penal.

Palabras clave: justificación; error; modelo de la tentativa; deber de tolerancia; teoría de la imputación objetiva.

**PLEA IN FAVOR OF THE ATTEMPT-MODEL IN THE CASE
OF LACK OF KNOWLEDGE OF THE JUSTIFYING SITUATION.
A CONTRIBUTION ON THE FOUNDATIONS
OF JUSTIFICATION IN CRIMINAL LAW**

Abstract: The problem of the absence of subjective justification elements – often underestimated in its practical relevance – is still highly controversial. I argue in favor of the so-called attempt-model and try to outline it as the most plausible one in terms of its foundations in criminal law theory, its compatibility with Germany’s positive criminal law, and its practical consequences. At several points I try to make more recent tendencies in criminal jurisprudence fruitful, such as the distinction between the principle of responsibility and the principle of solidarity, the doctrine of objective attribution, and the primarily communicative function of a criminal judgement.

Keywords: defense; error, attempt-model; duty to tolerate; doctrine of objective attribution.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se ocupa del caso en que alguien (1) realiza dolosamente (2) un tipo penal (3), concurriendo a su vez los presupuestos objetivos de una causa de justificación, (4) careciendo, sin embargo, de conocimiento sobre la situación fáctica justificante¹.

1 Por consiguiente, no se abordará el caso en que alguien actúe culposamente –al respecto véase Sternberg-Lieben, SS StGB, Vor § 32 núm. marg. 97 ss.–. Tampoco se abordará la cuestión de si se requiere una intención más allá del conocimiento de la situación fáctica justificante –al respecto véase Sternberg-Lieben, SS StGB, Vor § 32 núm. marg. 14–. Por último, debe señalarse que la realización del tipo objetivo de justificación –al igual que la realización del tipo objetivo del delito– presupone una imputación objetiva –sobre esto, véase Silva-Sánchez, FS Schünemann, p. 533 (534 y ss.).

A primera vista, este caso parecería ser uno de aquellos que pueden ser “dogmáticamente atractivos” pero que “desafortunadamente se alejan por completo de la realidad que ocupa a la jurisprudencia, la cual es la que en últimas daría sentido práctico a las discusiones científicas”². En efecto, ¿qué víctima declararía ante un tribunal que el autor –sin saberlo– estaba a punto de ser apuñalado por ella, de modo que su acto podría justificarse por legítima defensa?³ No obstante, de un breve examen de la historia de la jurisprudencia alemana⁴ se desprende que este caso no es solo un juego de abalorios destinado al “patíbulo de las notas al pie”⁵.

El Tribunal Supremo Federal se vio confrontado con el caso de la ausencia de los elementos subjetivos de justificación especialmente en el contexto del delito de aborto (§ 218 del Código Penal alemán, en adelante “StGB”). Así, en una sentencia de 1952 confirmó la condena de un médico por aborto consumado⁶: En el caso bajo estudio el médico había practicado un aborto a una de sus pacientes realizando los elementos constitutivos del tipo de aborto vigente en ese momento. Sin embargo, en aquella época la jurisprudencia reconocía un llamado estado de necesidad supralegal, que justificaba los abortos en determinadas circunstancias. Durante el proceso se estableció que concurrían los presupuestos objetivos de esta causa de justificación debido a una enfermedad de la paciente. Pese a lo anterior, dado que el médico sólo había examinado superficialmente a la paciente, este no era consciente de su enfermedad y por lo tanto carecía de conocimiento sobre la situación fáctica justificante. Debido a dicha falta de conocimiento el Tribunal Supremo Federal concluyó que la conducta del médico era punible bajo el delito de aborto consumado. Casi cuarenta años más tarde, en 1991, el Tribunal Supremo Federal volvió a posicionarse sobre la cuestión jurídica de 1952⁷. La novedad en esta ocasión era que en el entretanto el legislador había establecido una causa de justificación para los abortos (§ 218a StGB), la cual hacía obsoleta la jurisprudencia sobre el estado de necesidad supralegal. Atendiendo a este cambio el Tribunal Supremo Federal concluyó que en ausencia de los elementos subjetivos de una causa de justificación un médico no debe ser castigado por un aborto consumado (como en 1952), sino simplemente por una tentativa de aborto⁸.

La tesis que me gustaría fundamentar en este artículo coincide en esencia con la posición que adoptó el Tribunal Federal de Justicia en su decisión de 1991, pero

2 Así Herzberg, JA 1986, p. 190 (190).

3 Véase también Herzberg, JA 1986, p. 190 (190); Hoven, GA 2016, p. 16 (16); Rinck, Deliktsaufbau, p. 202.

4 Véase también Rinck, Deliktsaufbau, p. 202 s.

5 Kersting, Macht, p. 190; cita encontrada en Pawlik, Unrecht, p. 21.

6 BGHSt 2, p. 111 (111 ss.).

7 BGHSt 38, p. 144 (149 ss.).

8 BGHSt 38, p. 144 (155 s.).

no limitándola al caso particular del aborto, sino haciéndola extensiva a todas las causas de justificación. Es decir, en ausencia de los elementos subjetivos de una causa de justificación el autor del delito debe ser penalmente responsable por tentativa, siempre que la tentativa de cometer el delito en cuestión sea punible (el denominado modelo de la tentativa)⁹. Ahora bien: esta tesis –como toda tesis¹⁰– implica una negación de sus alternativas. Por lo tanto, esta implica que, por un lado, el autor no debe ser castigado por el delito consumado, como sostuvo el Tribunal Supremo Federal en 1952 (a lo que se conoce como el modelo de la consumación)¹¹ y, por otro, su conducta tampoco está justificada (el llamado modelo de la justificación)¹².

Así pues, con el fin de fundamentar la tesis planteada me gustaría demostrar en primer lugar que los elementos subjetivos de justificación son necesarios, es decir, que el modelo de la justificación no es sostenible (I). Por lo tanto, la controversia real sobre los casos de ausencia de los elementos subjetivos de justificación sólo existe entre el modelo de la tentativa y el modelo de la consumación (II)¹³. Así, lo que se debe argumentar realmente es que el modelo de la tentativa es más convincente que el modelo de la consumación. Para ello, procederé en tres pasos: En primer lugar, me esforzaré por mostrar cómo el modelo de la tentativa, desvinculado del

9 Así KG, GA 1975, p. 213 (215); Fischer, StGB, § 16 Rn. 23; Frisch, Strafrecht, p. 231 f.; el mismo, FS Lackner, p. 113 (138 ss.); el mismo, Vorsatz, p. 456 s.; Herzberg, JA 1986, p. 190 (190 ss.); Jakobs, AT, p. 360 s.; Jescheck/Weigend, AT, p. 328 ss.; Kindhäuser, NK StGB I, § 32 Rn. 149; el mismo, Gefährdung, p. 111 ss.; Lenckner, Notstand, p. 192 ss.; Otto, JURA 1995, p. 468 (475); Pawlik, Unrecht, p. 207; Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (185 ss., 195 s., 196 ss.); Rinck, Delikttaufbau, p. 201 ss.; Rönnau, JuS 2009, p. 594 (596); el mismo/Hohn, LK StGB II (12 ed.), § 32 Rn. 268; Roxin/Greco, AT I, p. 756; Rudolphi, FS Maurach, p. 51 (58); Schlüchter, Irrtum, p. 182 s., 185; Schünemann, GA 1985, p. 341 (373 s.); Stratenwerth, FS Schaffstein, p. 177 (189 s.); Streng, FS Otto, p. 469 (473 ss., 487); Walter, Kern, p. 372 s.; Wolter, Zurechnung, p. 134 s.

10 Véase Pawlik, Normbestätigung, p. 13 ss.

11 Así Alwart, GA 1983, p. 433 (454 s.); Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (172 ss.); Gössel, FS Triffterer, p. 93 (98 s.); Hirsch, LK StGB II (11ª ed.), Vor § 32 Rn. 50 ff.; el mismo, Lehre, p. 254 s.; Köhler, AT, p. 323 s.; Niese, Finalität, p. 18 np. 37. Paeffgen, GS Armin Kaufmann, p. 399 (421 ss.); el mismo, Verrat, p. 156 np. 382; el mismo/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 Rn. 124 ss.; Triffterer, FS Oehler, p. 209 (224 s.); Zielinski, Unrechtsbegriff, p. 263 ss.

12 Este modelo fue defendido especialmente en el contexto de la teoría clásica del delito –así, por ejemplo, Beling, Verbrechen, p. 141–. En la literatura más reciente el último gran representante de esta postura es Spindel, LK StGB II (11ª ed.), § 32 núm. marg. 138 ss.; el mismo, FS Oehler, p. 197 (197 ss.); el mismo, FS Bockelmann, p. 245 (245 ss.). Rath, Rechtfertigungselement, p. 631 ss., 654), defiende un enfoque que es idéntico en su resultado pero difiere en su razonamiento (exclusión atípica del injusto).

13 En este sentido, Hoven, GA 2016, p. 16 (17), se refiere al modelo de la justificación como “superado”. Ya en 1956 escribía Lenckner, Notstand, p. 192: “Así, los frentes no discurren en realidad, como parecía por las tesis presentadas al principio, entre los partidarios y los adversarios de la teoría de los elementos subjetivos de justificación, sino entre los que se inclinan por la tentativa y los los que se inclinan por la consumación. En efecto, éste es el único problema sobre el que todavía tiene sentido discutir.”

Derecho penal positivo, es más convincente desde el punto de vista de su contenido axiológico (II.A)¹⁴. A continuación, trataré de poner en evidencia que el modelo de la tentativa se ajusta mejor al Derecho penal positivo alemán (II.B)¹⁵. Y, para concluir, intentaré hacer ver que desde la perspectiva de la aplicación del Derecho penal las consecuencias que se desprenden del modelo de la tentativa son más adecuadas que las que se desprenden del modelo de la consumación (II.C)¹⁶.

I. EL MODELO DE LA JUSTIFICACIÓN

Particularmente Spendel defiende el modelo de la justificación¹⁷. Este autor parte de la base de que no hay necesidad de elementos subjetivos de justificación. Esto significa, por ejemplo, que el tipo de la legítima defensa (§ 32 StGB) sólo se compone de la denominada situación de legítima defensa (agresión antijurídica actual) y de la denominada acción de legítima defensa (defensa necesaria y adecuada [*geboten*]), mientras que en el plano subjetivo ni siquiera se requiere el conocimiento de los hechos que justifican la legítima defensa.

El hecho de que Spendel asuma que no hay necesidad de elementos subjetivos de justificación se deriva de su concepto material de delito. En virtud de éste el injusto es entendido de forma puramente objetiva, mientras que la culpabilidad de forma puramente subjetiva¹⁸. La afirmación de que el concepto de injusto es puramente objetivo aplica entonces tanto para la fundamentación del injusto, es decir, para la tipicidad, como para la exclusión del injusto, es decir, para las causas

14 Aquí se trata entonces de revelar la fuerza de convicción que se encuentra detrás de un determinado modelo. Sobre la tarea de la ciencia del Derecho (penal) de revelar esta fuerza de convicción véase: Jakobs, Beiträge, p. 133 (133 ss.); el mismo, System, p. 18 s. incluida np. 15; Kubiciel, Wissenschaft, p. 30 ss., 120 ss., 129 ss.; von Liszt, Aufsätze I, p. 126 (126 s.); Mañalich, Kritischer Kommentar Jakobs, p. 613 (613 ss.); Oehler, Wurzel, p. 202 ss.; Pawlik, Kritischer Kommentar Jakobs, p. 217 (217 ss.); el mismo, Normbestätigung, p. 33 s., 79 ss.; el mismo, GA 2014, p. 369 (369 ss.); el mismo, Unrecht, p. 26 ss., 52 ss.; el mismo, FS Jakobs, p. 469 (475 ss., 490 ss.); el mismo, Notstand, p. 147 s.; Radbruch, GA II, p. 206 (233 s.); Robles Planas, ZIS 2010, p. 357 (357 ss., 363 ss., 365); Roxin, Kriminalpolitik, p. 40; Welzel, Naturalismus, p. VII ss.; Wolf, Schuldlehre, p. 112 ss.; en particular sobre el problema de la ausencia de elementos subjetivos de justificación véase también: Frisch, FS Lackner, p. 113 (113 ss., 115 ss.); Herzberg, JA 1986, p. 190 (190); Paeffgen/Zabel, NKStGB I, Vor 32 núm. marg. 6.

15 Aquí se trata entonces de mostrar que el modelo que se estima plausible puede funcionar *de lege lata* y no solo debe ser tenido en cuenta *de lege ferenda*. En relación con este criterio véase solamente: Pawlik, GA 2014, p. 369 (373 s.); el mismo, FS Jakobs, p. 469 (478).

16 Aquí se trata entonces de atender el mandato de tener en cuenta las consecuencias, el cual “aplica para cualquier acción práctica, es decir, también para la ejecución del Derecho, independientemente de con cuales herramientas jurídicas tal Derecho haya sido determinado en el caso concreto”, Puppe, Schule, p. 158; en sentido similar Pawlik, Unrecht, p. 47.

17 Véase nota al pie 12.

18 Spendel, FS Oehler, p. 197 (207); el mismo, FS Bockelmann, p. 245 (251 s.); fundamental, el mismo, ZStW (65) 1953, p. 519 (519 f.).

de justificación. Así las cosas, si se aboga por un concepto puramente objetivo del injusto y, en consecuencia, se procede de forma plenamente objetiva tanto para su justificación como para su exclusión, es absolutamente coherente interpretar las causas de justificación de forma exclusivamente objetiva, prescindir de elementos subjetivos de justificación y defender el modelo de la justificación¹⁹. En consecuencia, en los casos analizados en las decisiones del Tribunal Federal de Justicia en relación con el aborto, Spindel tendría que destacar el hecho de que se cumplen los requisitos objetivos del estado de necesidad y que, por lo tanto, la conducta del médico está justificada.

Ahora bien: es una opinión generalizada que este planteamiento no es convincente ni desde el punto de vista de sus fundamentos ni desde el punto de vista dogmático. No obstante, no merece ser “silenciado”²⁰, sino que bastan dos contraargumentos generales.

En primer lugar, en cuanto a los fundamentos se le puede reprochar a Spindel que haya pasado por alto una evolución de unos cien años, la cual puede ser denominada de manera contundente la *subjetivación del concepto de injusto*²¹. Este denominador común se utiliza para numerosos desarrollos que se han producido en la ciencia del Derecho penal, en particular la denominada teoría de la acción final de Welzel²². En lo que atañe a la culpabilidad, la posición de Spindel no corre con mejor suerte. En efecto, la subjetivación del concepto de injusto ha ido siempre acompañada de una *objetivación del concepto de culpabilidad*, la cual ha desvinculado la cuestión de la culpabilidad de una relación individual entre el hecho y el autor e, introduciendo el concepto de reprochabilidad, la ha orientado a estándares normativos, es decir, relacionados con la norma²³. Este doble desarrollo llega incluso hasta el punto de que la separación entre injusto y culpabilidad, elogiada por Welzel como el “progreso dogmático más importante de las últimas dos o tres generaciones”²⁴, sea puesta en duda²⁵. Si bien no es un criterio para determinar la calidad de un planteamiento el número de defensores que este tenga, no es casualidad que Spindel sea considerado “uno de los últimos defensores de

19 Niese, Finalität, p. 17; Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 90; Rath, Rechtfertigungselement, p. 253; Rinck, Deliktsaufbau, p. 207; Schünemann, GA 1985, p. 341 (371).

20 El mismo Spindel LK StGB II (11 ed.), § 32 núm. marg. 138, considera su propia posición una “concepción minoritaria relevante, la cual sin embargo es silenciada en la mayor parte de los casos”.

21 Köhler, AT, p. 321 s.; Otto, JURA 1995, p. 468 (475); Schlüchter, Irrtum, p. 182; Streng, FS Otto, p. 469 (469 s.); Triffterer, FS Oehler, p. 209 (211).

22 Al respecto véase solamente Welzel, ZStW (51) 1931, p. 703 (703 ss.).

23 Al respecto véase solamente Pawlik, FS Otto, p. 133 (134 s.).

24 Welzel, JuS 1966, p. 421 (421); referencia tomada de Pawlik, FS Otto, p. 133 (133).

25 Pawlik, FS Otto, p. 133 (134 s.).

una doctrina puramente objetiva del injusto”²⁶ y que en el lugar más destacado de sus reflexiones –en el *Leipziger Kommentar*– se defiende en la actualidad el modelo de la tentativa²⁷.

Además, el planteamiento de Spendel es dogmáticamente poco convincente. Esta tesis puede advertirse sobre todo con base en cuatro pasajes del Derecho positivo.

En primer lugar: la legítima defensa, por ejemplo, requiere que el autor actúe para repeler una agresión (§ 32 StGB). Sin embargo, sólo puede actuar para repeler una agresión quien sabe que está siendo agredido. En otras palabras, la legítima defensa requiere ánimo de defensa²⁸, el cual sólo puede predicarse de alguien que tenga conocimiento previo de los hechos que justifican la legítima defensa²⁹. Por tanto, el modelo de justificación no es compatible con la redacción de la norma de la legítima defensa³⁰.

Lo mismo aplica para las demás causas de justificación³¹. Ciertamente se puede indicar que la formulación de otras de las causas de justificación es menos clara y su formulación presenta ciertos déficits³². Sin embargo, esto no cambia la comprensión básica de éstas. O bien se asume que todas las causas de justificación se basan en el mismo fundamento material, de modo que no es comprensible que se exijan requisitos distintos en cuanto a sus elementos subjetivos, o bien se parte de que las causas de justificación se explican con base en diferentes fundamentos materiales, de modo que no resulta claro por qué deben exigirse mayores requisitos a la legítima defensa que, por ejemplo, al estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB, § 904 Código civil alemán, en adelante “BGB”), cuya fundamentación es teóricamente más exigente³³.

En segundo lugar: El caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación está regulado positivamente en un lugar del Derecho alemán, a saber, en el Derecho penal militar. Así, en los §§19-21 del Código penal militar alemán (en adelante “WStG”) –en términos generales– se sanciona con pena desobedecer una orden

26 Así Schünemann, GA 1985, p. 341 (364).

27 Rönnau/Hohn, LK StGB II (12 ed.), § 32 núm. marg. 268.

28 Así la posición mayoritaria, véase Kindhäuser, NK StGB I, § 32 núm. marg 147 para más referencias.

29 Véase también Lenckner, Notstand, p. 187.

30 Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 51; Köhler, AT, p. 324; Niese, Finalität, p. 17 s.; Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 88; Schünemann, GA 1985, p. 341 (371 ss. incluida nota al pie 122).

31 Hirsch, LK StGB II (11. Aufl.), Vor § 32 núm. marg. 51; Köhler, AT, p. 324; Niese, Finalität, p. 17 ss.

32 Así, por ejemplo, Frisch, FS Lackner, p. 113 (115 ss.); Rath, Rechtfertigungselement, p. 77 ff.; Rinck, Deliktsaufbau, p. 209 ss.; Streng, FS Otto, S. 469 (469).

33 En relación con el fundamento material de las causas de justificación véase II.A.1.b.

militar. Para estos delitos, el § 22, párr. 1, inciso 1 WStG regula una causa de justificación especial para el caso de que la orden desobedecida no fuera vinculante. El § 22 párr. 1 inciso 2 WStG –la norma que aquí interesa– establece además que el infractor también está justificado si supone erróneamente que la orden era vinculante. Esta norma positiviza así el modelo de la justificación³⁴. A partir de esta positivización, es más improbable concluir que se ha normativizado un principio jurídico general, y más obvio concluir que se ha normativizado una excepción singular. En resumen: la existencia del § 22, párr. 1, inciso 2 WStG sirve como argumento en contra del modelo de justificación y, por tanto, de la renuncia a los elementos subjetivos de justificación.

En tercer lugar: Spendel sólo puede suponer una *exclusión objetiva del injusto* en virtud de las causas de justificación porque previamente ha supuesto una *fundamentación objetiva del injusto* a partir de los elementos del tipo delictivo³⁵. Sin embargo, los elementos subjetivos de numerosos tipos penales se oponen a esta fundamentación del injusto. Tales elementos no sólo se encuentran en los elementos puramente subjetivos del tipo (intención, apropiarse, con codicia, etc.), sino también en aquellos elementos que, si bien en un primer momento parecerían objetivos, contienen en realidad un componente subjetivo (sustraer, engañar, abusar, etc.). Una fundamentación objetiva del injusto es incompatible con estos dos grupos de elementos típicos³⁶.

En cuarto lugar: La punibilidad de la tentativa inidónea también se opone a una fundamentación objetiva del injusto. Según el § 23 párr. 3 StGB el tribunal puede abstenerse de imponer la pena o atenuarla si el autor, debido a una gran insensatez, no se percató de que la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación. Esta norma presupone tácitamente que la tentativa, que objetivamente ex ante no podía conducir a la consumación (tentativa inidónea), es en principio punible. Dado que en dicha tentativa objetivamente no hay lugar a que se hable de un peligro, su punibilidad sólo puede justificarse subjetivamente. Esto es incompatible con una fundamentación objetiva del injusto³⁷.

En consecuencia, el modelo de la justificación no es plausible. De este resultado se deduce que el autor del delito *debe* ser sancionado penalmente cuando no se reúnan los elementos subjetivos de justificación. En este punto se llega entonces

34 La referencia sobre la existencia de esta norma fue encontrada en Fischer, StGB, § 16 núm. marg. 23. Sobre la interpretación de esta norma véase solamente Dau, MüKo StGB IX, § 22 WStG núm. marg. 5 s.

35 Véase nota al pie 18.

36 Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 10, 21.

37 Frisch, FS Lackner, p. 113 (126 ss.); el mismo, Vorsatz, p. 456 s.; Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (159); Rinck, Deliktsaufbau, p. 207 ss.

la pregunta principal: ¿debe castigársele por el delito consumado o sólo la tentativa del delito?³⁸

El eje central de esta cuestión es determinar cuántos elementos de una causa de justificación deben concurrir para que esta tenga algún efecto. El modelo de la consumación parte de la base de que deben concurrir todos los presupuestos de una causa de justificación para que ésta despliegue algún efecto justificativo –que en realidad solo puede ser uno, es decir, justificar plenamente la conducta–. Si no concurre así sea un único presupuesto de la causa de justificación en cuestión esta no es aplicable en absoluto al caso bajo análisis³⁹. En cambio, el modelo de la tentativa parte de la base de que una causa de justificación también puede tener un efecto parcial si esta concurre parcialmente. Si faltan los elementos subjetivos pero concurren los elementos objetivos, la causa de justificación incide de igual manera: Esto significa que la parte objetiva de la fundamentación del injusto se neutraliza y sólo queda su parte subjetiva. Un caso paradigmático de tentativa⁴⁰.

II. ¿MODELO DE LA TENTATIVA O DE LA CONSUMACIÓN?

A. Fundamentos

En cuanto a los fundamentos, el punto central del problema puede examinarse desde dos perspectivas: Por un lado, se puede partir de la perspectiva de la víctima y preguntarse hasta qué punto es relevante que las causas de justificación no sólo exoneren al autor, sino que, sobre todo, suponen una carga para la víctima, puesto que ésta tiene que tolerar la afectación de sus derechos (1). Por otro lado, se puede partir de la perspectiva del autor y preguntarse hasta qué punto es relevante que éste, en ausencia de elementos subjetivos de justificación, realice el tipo delictivo; esto último implica entonces cuestionarse cuál es el valor sistemático de la constatación de la tipicidad para el injusto (2). Demostraré que la alusión al deber de tolerancia debe considerarse de forma diferenciada y que, en últimas, favorece al modelo de la tentativa. Además, el argumento decisivo a favor del modelo de la

38 Spindel, LK StGB II (11 ed.), § 32 núm. marg. 138 ss.; el mismo, FS Oehler, p. 197 (199) considera que a partir de esta discusión se deduce un argumento a favor del modelo de la justificación; sin embargo pasa por alto que el modelo de la consumación y el modelo de la tentativa comparten ni más ni menos una única premisa: el reconocimiento de los elementos subjetivos de justificación; acertadamente es crítico al respecto Rinck, Deliktsaufbau, p. 211.

39 Cfr. Rinck, Deliktsaufbau, p. 224: “Así como en el marco de la fundamentación del injusto consumado no hay un ‘medio’ hecho, para la exclusión del injusto también aplica el principio ‘o todo o nada’”; cfr. también Herzberg, JA 1986, p. 190 (191).

40 De manera ilustrativa Frisch, Strafrecht, S. 231 f.; Lenckner, Notstand, S. 196 f.; Otto, JURA 1995, S. 468 (475); Rönnau, JuS 2009, p. 594 (596); Roxin/Greco, ATI, p. 756; Streng, FS Otto, p. 469 (473); Wolter, Zurechnung, p. 134 s.

tentativa es que el modelo de la consumación sobrestima el valor sistemático de la constatación de la tipicidad para el injusto.

1. *La perspectiva de la víctima: causas de justificación como deberes de tolerancia*

De la concepción de que las causas de justificación imponen a la víctima un deber de tolerancia se deriva la consideración de que tal deber sólo es exigible a ésta si concurren efectivamente todos sus presupuestos. A primera vista, este planteamiento parece favorecer el modelo de la consumación (a). Sin embargo, el problema radica en que, en materia de deberes de tolerancia, no todas las causas de justificación pueden reducirse a un único denominador. En concreto, es conveniente diferenciar entre las causas de justificación cuyo fundamento teórico es el principio de responsabilidad y las causas de justificación cuyo fundamento teórico es el principio de solidaridad (b). Sobre la base de esta diferenciación, la consideración sobre la exigibilidad para las causas de justificación basadas en el principio de responsabilidad no respalda, por el contrario, contrasta con el modelo de la consumación; en cuanto a las causas de justificación basadas en el principio de solidaridad, habrá que concluir diciendo que la disputa entre el modelo de la tentativa y de la consumación desemboca en un empate (c).

a. *Consideración sobre la exigibilidad*

Gallas argumenta en favor del modelo de la consumación señalando que con las causas de justificación “no sólo se trata de exonerar al autor, sino que al mismo tiempo estas imponen una carga al afectado, en cuanto su esfera de intereses se abre a una facultad de injerencia del autor que va de la mano de la autorización para actuar, frente a la que aquél se debe entonces someter”⁴¹. En otras palabras, Gallas subraya que las causas de justificación se traducen no sólo en una facultad de injerencia para el autor, sino al mismo tiempo en un deber de tolerancia por parte de la víctima. Sobre esta base, analiza las causas de justificación en función de si presuponen “un ‘valor de acción’ que compense el desvalor de la acción del autor”, que “al mismo tiempo represente una limitación razonable de la facultad de injerencia concedida al autor frente al afectado”⁴². Para Gallas, este es el caso, por ejemplo, en la legítima defensa y en el estado de necesidad agresivo⁴³.

Lo decisivo en esta argumentación es que la “facultad de injerencia concedida al autor” decae *por completo* cuando falte en alguna medida “valor de acción compensatorio”. Así, en lo que atañe a la legítima defensa: “El ánimo de defensa es

41 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (167, también 172 ss.).

42 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (176).

43 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (176 ss.).

un auténtico elemento subjetivo de justificación para la legítima defensa, es decir, un presupuesto necesario para la exclusión tanto del desvalor de acción como del desvalor de resultado del hecho delictivo. Si ésta falta el autor es responsable por un delito consumado, aun cuando concurren los requisitos objetivos⁴⁴. En el mismo sentido, Gallas señala en relación con el estado de necesidad agresivo: “El elemento de la intención de salvamento como requisito para la facultad de injerencia del autor tiene también una razón de ser acertada. Por lo tanto, si falta este elemento no solo hay lugar a un desvalor de acción, sino también a un desvalor de resultado y el autor en consecuencia debe ser considerado penalmente responsable por el delito consumado⁴⁵. En otras palabras, Gallas defiende tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad agresivo el modelo de la consumación.

Esta argumentación de Gallas se basa en la idea de que sólo cabe exigir a la víctima que tolere un menoscabo de sus derechos si en la conducta del autor concurren los presupuestos objetivos y subjetivos de una causa de justificación. Esta concepción es en principio bastante clara⁴⁶. Como argumento a favor del modelo de la consumación es, por lo demás, acertada, en cuanto el modelo de la consumación implica que la víctima puede defenderse de la agresión del autor, mientras que el modelo de la tentativa por su parte lleva a considerar que la víctima debe tolerar dicha agresión⁴⁷.

b. Diferenciación entre causas de justificación

Lo llamativo de la argumentación de Gallas es, sin embargo, que esta no se hace extensiva por igual a todas las causas de justificación. Así, si bien estos argumentos conducen al modelo de la consumación, por ejemplo, en el caso de la legítima

44 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (177).

45 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (178).

46 De manera similar Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. ss. (en relación con el error de tipo permisivo).

47 Acertadamente en relación con el modelo de la consumación Rinck, Deliktsaufbau, p. 227; Roxin/Greco, ATI, p. 756. Este planteamiento no es de por sí evidente en el marco del modelo de la tentativa puesto que la tentativa de un delito también es un ataque antijurídico en contra del cual puede defenderse (§ 32 StGB). Sin embargo, se reconoce acertadamente una excepción a este principio para las tentativas inidóneas (Roxin/Greco ATI, p. 774) y, asimismo, es acertado que en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación la tentativa en los términos del modelo de la tentativa se clasifique como una tentativa inidónea (Frisch, Strafrecht, p. 231 s.; el mismo, FS Lackner, p. 113 (126 ss., 142); Roxin/Greco, ATI, p. 756; Wolter, Zurechnung, p. 134 s.). De la combinación de estas dos consideraciones se obtiene que en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación sobre la base del modelo de la tentativa la víctima no dispone del derecho a ejercer la legítima defensa contra el autor, es decir, debe tolerar la agresión del autor (Rönnau/Hohn, LK StGB II (12 ed.), § 32 núm. marg. 270; Roxin/Greco, ATI, p. 756; en cuanto al resultado también Frisch, FS Lackner, p. 113 (143 ss.); Walter, Kern, p. 373).

defensa y del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB, § 904 BGB)⁴⁸, para la causa de justificación del consentimiento se inclina por el modelo de la tentativa⁴⁹.

Para Gallas, la razón de ser de esta diferenciación reside en el hecho de que en el caso del consentimiento, el autor, al injerir en el derecho de la víctima, “no realiza un injusto, sino que más bien su actuar retumba en el vacío”⁵⁰. Esto se debe a que “los presupuestos objetivos de justificación y, por tanto, de la autorización de injerencia se sitúan en este caso exclusivamente en la esfera de actuación de la parte lesionada”⁵¹. Por el contrario, para Gallas la legítima defensa se caracteriza por el hecho de que con ésta “no sólo se tiene en cuenta la necesidad de auto-protección”, sino que también “supone que el [...] autor asume al mismo tiempo la función de hacer cumplir el Derecho frente un hecho injusto que lo cuestiona (‘el Derecho no tiene por qué ceder ante lo injusto’) en reemplazo de la autoridad estatal que no está presente”⁵². En relación con el estado de necesidad agresivo considera Gallas que esta causa de justificación permite “una salida a situaciones de conflicto”, en cuanto exige a la víctima que “accepte solidariamente” la lesión de sus derechos con el fin de “preservar [un] bien de mayor valor”⁵³.

Puppe realiza una diferenciación similar⁵⁴. Así, si bien esta autora defiende en principio el modelo de la tentativa, para lo que se denomina el deber de corrección parental hace una excepción a favor del modelo de la consumación. Dicha excepción “se basa en que la cachetada que el padre da sin la intención de educar al niño no despliega o no debe desplegar el efecto formativo que se le adscribe y el cual es el que la debe justificar”⁵⁵. Por lo tanto, el niño “no está obligado a aceptar la bofetada como castigo puesto que ésta no fue infligida con el ánimo ‘benevolente’ que, como fin de la acción, se supone que justifica la causación de dolor”⁵⁶. Con esta idea, Puppe se aparta de todas las demás causas de justificación, especialmente de la legítima defensa y de los estados de necesidad: “El agresor también es reconducido a los límites del Derecho cuando quien se defiende no lo hace por defenderse, e incluso cuando éste no sabe que está siendo agredido. El sacrificio del bien jurídico de menor valor cumple la finalidad de salvamento para la que el ordenamiento jurídico autoriza el comportamiento en estado de necesidad, si es objetivamente idóneo y el medio más leve. Por tanto, el titular

48 Veáse nota al pie 44 s.

49 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (174 ss.).

50 Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (174).

51 Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (174).

52 Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (177).

53 Gallas, FS Bockelmann, S. 155 (178).

54 Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (185 ss.).

55 Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (186).

56 Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (186).

del bien jurídico sacrificado está obligado a tolerar el sacrificio, incluso cuando el autor persiga fines completamente distintos o incluso no sepa nada en absoluto de la situación de necesidad”⁵⁷.

Los planteamientos de Puppe y Gallas muestran que la referencia al deber de tolerancia no puede esgrimirse sin más como argumento a favor del modelo de la consumación. Conviene más bien distinguir entre las distintas causas de justificación ya que éstas desde el punto de vista de su fundamentación teórica se sustentan en consideraciones diferentes⁵⁸. Por consiguiente –y en este aspecto aciertan Gallas y Puppe–, resulta apropiado hacer una diferenciación.

Sin embargo, las diferenciaciones propuestas por Gallas y Puppe no resultan convincentes. ¿Por qué el “efecto formativo” debe ser diferente, por ejemplo, del “efecto defensivo”, de modo que, siguiendo la propuesta de Puppe, el derecho de corrección parental y la legítima defensa deben diferenciarse? ¿Por qué la lesión a la víctima en el caso del consentimiento se encuentra en su propio “ámbito de actuación”, pero esto no es así en el caso de la legítima defensa, de modo que siguiendo la propuesta de Gallas, han de diferenciarse estas causas de justificación, aunque la “víctima” en los términos de la legítima defensa sea el “agresor”? Así, desde el punto de vista de la fundamentación teórica es preferible distinguir entre las causas de justificación basadas en el principio de responsabilidad y aquellas basadas en el principio de solidaridad⁵⁹.

Se fundamentan en el principio de responsabilidad las causas de justificación, en cuyo caso paradigmático la violación de los derechos de la víctima se deriva de su propio ámbito de organización⁶⁰. El ejemplo básico para este grupo es el denominado estado de necesidad defensivo, el cual se caracteriza por el hecho de que de la víctima emana un peligro que el autor evita⁶¹. Un caso más específico de las causas de justificación basadas en la responsabilidad es la legítima defensa, puesto que el eje de esta se encuentra en que la agresión que se repele –un peligro

57 Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (186 s.).

58 Sobre la diversidad de las causas de justificación véase, por ejemplo, Frisch, FS Lackner, p. 113 (120); Kindhäuser, Gefährdung, p. 114. Sin embargo, esto no cambia el hecho de que todas las causas de justificación – dicho con Pawlik, Unrecht, p. 215 – “no deben exponerse de forma rapsódica, sino que deben desarrollarse, de forma sistemáticamente correcta, a partir de la estructura del concepto de Derecho”; de manera similar Rath, Rechtfertigungselement, p. 624 s.

59 Fundamental al respecto Pawlik, Unrecht, p. 215 ss., quien diferencia entre la “idea del respeto” y el actuar como “representante de la generalidad”; de manera similar Jakobs, System, p. 44 s.; Müssig, ZStW (115) 2003, p. 224 (231 s.).

60 Jakobs, System, p. 44 s.; el mismo, AT, p. 350; Pawlik, Unrecht, p. 216.

61 Jakobs, System, p. 46 s.; el mismo, AT, p. 350; Pawlik, Unrecht, p. 237 ss.; el mismo, Notstand, p. 148 s., 311 ss.

especial— emana de la víctima⁶². También el consentimiento hace parte de este grupo, toda vez que la víctima dispone libremente de sus derechos⁶³. Asimismo se encuentra dentro de este grupo la facultad de un particular para detener a un ciudadano provisionalmente (§ 127 Código procesal penal alemán, en adelante “StPO”), siempre y cuando se asuma que este tipo penal requiera propiamente la comisión de una conducta por parte de la víctima y no simplemente una sospecha —discutida en cuanto a sus detalles— de que se haya cometido dicha conducta⁶⁴.

Por otra parte, se fundamentan en el principio de solidaridad las causas de justificación en cuyo caso paradigmático se le exige a la víctima que realice un sacrificio especial en interés de otra persona o de la comunidad⁶⁵. El ejemplo básico para este grupo es el estado de necesidad agresivo. Esto en cuanto —en contraste con una concepción liberal del Derecho como la que principalmente ejemplifica Kant⁶⁶— esta causa de justificación exige a la víctima tolerar la injerencia del autor a pesar de que la víctima no sea responsable de la génesis de la situación de necesidad del autor⁶⁷. A modo de ejemplo: Si A solo puede repeler la agresión de B usando el paraguas de V y de este modo el paraguas en cuestión resultaría dañado, a V le está prohibido defenderse en relación con la conducta de daño que se realiza sobre su paraguas por parte de A. En otras palabras: Debe tolerar el daño sobre el objeto. No obstante, toda vez que V no contribuyó a la agresión de B sobre A el deber de tolerancia se basa en la expectativa que recae sobre V de mostrarse solidario con A. Otro ejemplo para este grupo de causas de justificación es la denominada colisión de deberes. En efecto, si bien esta causa de justificación se sustenta en el concepto de *ultra posse nemo obligatur*, en todo caso la víctima no es responsable del hecho de que el autor no pueda realizar todo lo que idealmente tendría que realizar para la víctima. Al contrario, el Derecho espera solidaridad respecto de la capacidad limitada del autor⁶⁸.

62 Jakobs, System, p. 45 s.; el mismo, AT, p. 350; Pawlik, Unrecht, p. 237 ff.; también enfáticamente BGHSt 23, p. 327 (328); Reinhard Merkel, JZ 2007, p. 373 (377 s.); Montenbruck, Thesen, p. 36 s.

63 Pawlik, Unrecht, p. 216, 219 ss.; de manera diferente Jakobs, AT, p. 350 (“definición de intereses por la víctima de la lesión”).

64 Llega al mismo resultado también Jakobs, AT, p. 350; de otro parecer Pawlik, Unrecht, p. 217; sobre la discusión respecto del concepto del hecho veáse solamente Rönna, LK StGB II (12 ed.), Vor § 32 núm. marg. 266 ss. con más referencias.

65 Jakobs, System, p. 44 s.; el mismo, AT, p. 350; Pawlik, Unrecht, p. 217.

66 Veáse solamente Kant, Edición de la Academia 06, p. 235 s. (Notrechtslehre); sobre su interpretación veáse Pawlik, Notstand, p. 18 ss.

67 Jakobs, System, p. 47 ss.; el mismo, AT, p. 350; Pawlik, Unrecht, p. 217, 248 ss.

68 Veáse también Neumann, NK StGB I, § 34 núm. marg. 125; Rönna, LK StGB II (12 ed.), Vor § 32 núm. marg. 119.

c. Reajuste de la consideración sobre la exigibilidad

Como consecuencia de esta diferenciación se debe entonces reajustar la consideración sobre la exigibilidad. Esto atañe particularmente a las causas de justificación que se sustentan en el principio de responsabilidad, lo cual no excluye que incida también en aquellas que se sustentan en el principio de solidaridad.

Así pues, en relación con las causas de justificación que se sustentan en el principio de responsabilidad, la consideración sobre la exigibilidad se invierte: no es a la víctima a la que hay que exigirle poco y al autor mucho, sino a la víctima mucho y al autor poco⁶⁹. Lo anterior en cuanto en las situaciones en que estas causas de justificación son relevantes el conflicto jurídico no proviene de la esfera del autor, sino de la víctima: la víctima es quien agrede, el autor es quien es agredido (legítima defensa); la víctima es de quien proviene el peligro, el autor es quien se encuentra en peligro (estado de necesidad defensivo), etc. Por esta razón es acertado que las causas de justificación que se sustentan en la responsabilidad estén sujetas a pocas restricciones en comparación con sus homólogas que se sustentan en la solidaridad: por ejemplo, en la legítima defensa no se realiza ninguna ponderación de intereses a efectos de valorar la proporcionalidad de la defensa. En estos casos la “imputación, en términos coloquiales, implica decir: ¡es completamente culpa tuya! –de ponderación y proporcionalidad no hay ningún rastro”⁷⁰. En relación con los elementos subjetivos de justificación esta concepción sugiere entonces que el desconocimiento de la situación justificante por parte del autor no debe atribuírsele en su totalidad, puesto que el hecho de que este se haya visto envuelto en un conflicto jurídico no recae únicamente sobre él, sino sobre la víctima. Así “su esfera de derechos no merece una menor protección simplemente por el hecho de que en el momento de su reacción (todavía) no se haya dado cuenta de lo que lo amenaza”⁷¹. Así las cosas, no le es exigible al autor asumir el riesgo de la falta de conocimiento de la situación justificante hasta tal punto que no se le imponga la pena del delito tentado, sino la del delito consumado; así como tampoco que se exponga al riesgo de que la víctima se defienda.

69 El BGHSt 23, p. 327 (328) también subraya acertadamente para negar la posición de garante por injerencia de la persona que actúa en legítima defensa que: “La conducta peligrosa de la persona agredida, es decir, la defensa contra el agresor, no se basa en su libre decisión, sino que es provocada y desencadenada por el comportamiento antijurídico del agresor.” Véase también Lesch, *Verbrechensbegriff*, p. 271, quien subraya que el agresor o la persona que genera el peligro actúa a riesgo propio cuando incursiona sin autorización en el círculo organizativo de la persona agredida o puesta en peligro.

70 Reinhard Merkel, *JZ* 2007, p. 373 (378).

71 Pawlik, *Unrecht*, p. 207; de manera similar Frisch, *Vorsatz*, p. 457 ss.; Rath, *Rechtfertigungselement*, p. 283; Rinck, *Deliktsaufbau*, p. 232 s.

En relación con las causas de justificación que se sustentan en el principio de solidaridad, el punto de partida es diferente: aquí es poco lo que se le puede exigir a la víctima, toda vez que ya de por sí se le exige –en el caso de plena justificación de la conducta del autor– mostrarse solidario con éste y tolerar su lesión jurídica. En un ordenamiento jurídico que se considera liberal este deber de tolerar tiene –usando términos amables– “rasgos fuertemente irregulares”⁷². De este modo, se podría usar este argumento para defender el modelo de la consumación en relación con las causas de justificación que se sustentan en la solidaridad. No obstante, este argumento puede desvirtuarse de la mano de dos consideraciones: por una parte, si se analiza la situación del autor; por otro, si se piensa en la situación de la víctima de forma más abstracta. Ambas consideraciones se dejan explicar con ayuda del estado de necesidad agresivo.

Si se examina también la situación del autor en los supuestos del estado de necesidad agresivo se observa que –al menos en los casos paradigmáticos– no solo no es la víctima la que no es responsable del conflicto jurídico en cuestión, sino que tampoco lo es el autor⁷³. De regreso al ejemplo planteado arriba, el hecho de que A haya sido agredido por B no se puede imputar al interior de la relación binaria entre A y V ni al primero ni al segundo; se trata ni más ni menos que de un infortunio, de una coincidencia. Esta consideración se hace más evidente si se imagina una situación en la cual el peligro para A no es provocado por una tercera persona –como el agresor B– sino por la naturaleza: una tormenta durante una excursión, un shock anafiláctico debido a la picadura de un insecto durante las vacaciones de verano, etc. De este modo, no se trata de que al autor en los supuestos de estado de necesidad agresivo *per se* se le pueda exigir mucho porque la víctima no es responsable del conflicto jurídico. Conviene más bien insistir en que el autor tampoco es responsable de este conflicto. El hecho de que es en principio el autor quien debe afrontar la situación de peligro –*casum sentit dominus*– se tiene en cuenta en la medida en que la justificación del autor en los casos de un estado de necesidad agresivo está sujeta a presupuestos objetivos muy estrictos, como, particularmente, un juicio de proporcionalidad⁷⁴. Por lo tanto, exigir que en ausencia de elementos subjetivos de justificación el autor sea castigado por el delito consumado y que tolere una posible defensa de la víctima frente a su conducta es quizás más lógico que en el caso de las causas de justificación que se sustentan en la responsabilidad, pero no por ello deja de ser susceptible de cuestionamientos. Y es que el autor tampoco es responsable por el conflicto, sino única y exclusivamente el azar.

72 Pawlik, Notstand, p. 1.

73 Sobre el significado de este aspecto para el estado de necesidad agresivo véase también Pawlik, Notstand, p. 121 s.

74 Al respecto véase solamente Neumann, NK StGB I, § 34 núm. marg. 65 ss.; Zieschang, LK StGB II (12 ed.), § 34 núm. marg. 53 ss.

Ahora: si se toma en consideración la situación de la víctima en la constelación de un estado de necesidad agresivo de manera más abstracta es posible liberarse de la concepción de que la solidaridad debe ir acompañada de un utilitarismo dirigido hacia el bien común⁷⁵. En su lugar es posible legitimar las causas de justificación que se sustentan en la solidaridad, de tal forma que estas resuelvan –valiéndose de la fundamentación hegeliana de Pawlik– “un conflicto entre [...] momentos parciales igualmente justificados de la idea de libertad jurídica”⁷⁶. El fundamento de la solidaridad de la víctima no es según esta concepción un utilitarismo dirigido hacia el bien común, sino su posición como representante de la sociedad, la cual, a su vez, es la que le permite ejercer su libertad⁷⁷. “Él debe denunciar cuando se esté ante la amenaza de comisión de delitos graves, prestar ayuda en casos de emergencia, rendir testimonio ante el tribunal, etc., hasta incluso tolerar lesiones causadas en situaciones de necesidad, y todo esto no solo por ser un ciudadano en términos políticos, sino también por ser un ciudadano en términos económicos, al cual le deben incumbir las condiciones económicas de la sociedad, así como en el Derecho abstracto le incumbe actuar como persona”⁷⁸. En este sentido, cuando en el ejemplo de arriba se espera que V soporte la agresión de A sobre su paraguas, esta expectativa está legitimada por el hecho de que V hace parte de una sociedad que le permite el ejercicio de su libertad. Así, el impacto que genera la expresión “solidaridad” en relación con los postulados de la teoría de la libertad disminuye considerablemente.

Una vez más: aunque el deber de tolerancia de la víctima es un elemento importante en la discusión, este es solo en un primer momento un argumento contundente a favor del modelo de la consumación. Esto en cuanto el deber de tolerancia de la víctima que acompaña las causas de justificación se ve legitimado bien sea debido a que esta es responsable por el hecho (causas de justificación que se sustentan en la responsabilidad), bien sea porque se debe mostrar solidaria con el autor (causas de justificación que se sustentan en la solidaridad). Ahora: en relación con las causas de justificación que se sustentan en la responsabilidad resulta especialmente evidente la necesidad de exonerar al autor de la forma más amplia posible, puesto que el hecho de que se llegara a una situación de emergencia [*Notsituation*] no se debe a él, sino a la víctima. Pero, así mismo, en lo que atañe a las causas de justificación que se sustentan en la solidaridad el modelo de la consumación no es tan evidente como parecería a primera vista. Lo anterior en cuanto, por una parte, si bien la víctima no es responsable de la situación de peligro en la que se encuentra el autor, tampoco lo es este último; y, por otra, puesto que estas causas

75 Así la teoría del estado de necesidad en el Derecho romano, al respecto véase solamente Otto, *Pflichtenollision*, p. 55 s.

76 Pawlik, *Notstand*, p. 140.

77 Jakobs, *System*, p. 48 s.; Pawlik, *Notstand*, p. 103 ss., 140 ss.; el mismo, *Unrecht*, p. 248 ss.

78 Jakobs, *System*, p. 48 s.

de justificación en últimas no tienen la función de limitar la libertad de la víctima, sino de hacer posible su ejercicio. En consecuencia, en contra de lo que sostiene Gallas, resulta más acertado utilizar la concepción del deber de tolerancia no a favor sino en contra del modelo de la consumación (para las causas de justificación que se sustentan en la responsabilidad) o para declarar un empate entre el modelo de la tentativa y el de la consumación (para las causas de justificación que se sustentan en la solidaridad).

2. *La perspectiva del autor: el significado de la tipicidad*

La cuestión referente a hasta qué punto es relevante que el autor realice los presupuestos de un tipo penal (por ejemplo, de un homicidio) en el caso en que no concurren los elementos subjetivos de justificación lleva a cuestionarse sobre el valor sistemático de la constatación de la tipicidad para el injusto. El argumento del modelo de la consumación contra el de la tentativa en este contexto es que la tipicidad es el nivel valorativo esencial del concepto de delito y que el injusto que acompaña a la tipicidad solo puede ser neutralizado en los supuestos en que concurren todos los presupuestos de una causa de justificación (a). A esta argumentación se le objeta acertadamente que la constatación de la tipicidad es solo un juicio provisorio sobre el injusto, el cual se realiza tanto fáctica como jurídicamente sobre una base restringida; esta es en términos generales la tesis de la denominada teoría de los elementos negativos del tipo (b)⁷⁹. Ahora bien: a esta tesis se le ha reprochado siempre que entre una conducta atípica y una justificada existe una diferencia valorativa esencial (c). Esta objeción no es sin embargo sostenible desde un punto de vista lógico normativo, puesto que tanto la conducta atípica como la justificada hacen parte de la categoría lógico normativa de la conducta permitida (d). Así las cosas, teniendo en cuenta este argumento a favor del modelo de la tentativa, el único argumento que queda para defender el modelo de la consumación es señalar que el autor ha provocado el resultado típico y que ese resultado, en cuanto no se puede eliminar, debe ser tenido en consideración (e). No obstante, este último planteamiento solamente es convincente si el resultado es entendido en términos naturalísticos; por el contrario, pierde su fuerza de convicción cuando se echa mano de la llamada teoría de la imputación objetiva para aproximarse a la problemática de la falta de los elementos subjetivos de justificación (f).

a. *La tipicidad como nivel valorativo esencial*

Paeffgen comparte con muchos otros defensores del modelo de la consumación la convicción de que la tipicidad es el “nivel valorativo decisivo en el ámbito del injusto”, mientras que la ausencia de una justificación “no aporta nada” a

79 Sería mejor hablar de la teoría del tipo global de injusto, veáse Puppe, NK StGB 1, § 16 núm. marg. 138; la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (187 f., 201); concuerda con esto Pawlik, Unrecht, p. 204.

la constatación de la tipicidad, sino que sólo permite afirmar que no existe una razón que justifique la conducta típica⁸⁰. Así, Paeffgen deriva de esta convicción que “la justificación solo puede reconocerse cuando la causa de justificación se cumpla completamente”, por lo tanto, “cualquier déficit anula por completo su efecto de excluir el injusto”⁸¹.

En primer lugar, le asiste razón a Paeffgen en lo que atañe a que la constatación de la tipicidad no puede estar completamente libre de valoraciones. Lo anterior en cuanto si se entiende dicha constatación como lo hace Beling, en el sentido de que esta “no revela absolutamente nada [!]” en relación con la antijuridicidad de la conducta⁸², no habría lugar a preguntarse si la conducta está justificada. Así las cosas, la constatación de la tipicidad debe contener un juicio sobre el injusto⁸³. En segundo lugar, este juicio de injusto –contrario a la propia posición de Paeffgen⁸⁴– debe ser algo más o por lo menos algo distinto a un simple indicio de la antijuridicidad. Esto en cuanto la constatación de la tipicidad no es ciertamente un indicio de la antijuridicidad en el sentido en que el humo es un indicio de fuego⁸⁵. En consecuencia, la tipicidad no es solo ratio cognoscendi (indicio) sino ratio essendi (objeto) de la antijuridicidad⁸⁶.

b. La tipicidad como juicio de injusto provisional

A pesar de esta concepción de la tipicidad cabe preguntarse si esta constituye el nivel valorativo decisivo o solo un nivel valorativo provisional. Precisamente, con la modificación de la comprensión de la tipicidad como indicio de la antijuridicidad a su comprensión como objeto de ésta, se da un paso en una dirección en la cual “se hace prácticamente inevitable” entender la tipicidad solo como un nivel de valoración provisional⁸⁷. Este nivel es provisional tanto desde una perspectiva jurídica como fáctica: Desde una perspectiva jurídica la constatación de la tipicidad

80 Así, actualmente, Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 15, también núm. marg. 14, 15 ss.; véase también Paeffgen, GS Armin Kaufmann, p. 399 (408); de manera similar Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 5 ss.; Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (175); Hirsch, Lehre, p. 278 ss.; Triffterer, FS Oehler, p. 209 (214 ss.).

81 Así, actualmente, Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 128.

82 Beling, Methodik, p. 65.

83 Hirsch, Lehre, p. 309 s.; Kindhäuser, Gefährdung, p. 107; Otto, JURA 1995, p. 468 (473 s.); Pawlik, Unrecht, p. 218; Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 10; Schmidhäuser, FS Engisch, p. 433 (438 s.); Schünemann, GA 1985, p. 341 (347); Triffterer, FS Oehler, p. 209 (217).

84 Actualmente Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 15.

85 Así, no obstante, Mayer, AT, p. 51 s.; para más referencias sobre el planteamiento de que el tipo tiene una función indicial véase solamente Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 15, nota al pie 91; Pawlik, Unrecht, p. 202 nota al pie 310.

86 Mezger, FS Traeger, p. 187 (189 ss.); Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 9.

87 Pawlik, Unrecht, p. 199 ss.

se restringe a un único tipo delictivo; desde una perspectiva fáctica se restringe a los elementos de una situación que dan lugar al tipo delictivo en cuestión. El análisis de la antijuridicidad que se realiza a continuación amplía la perspectiva a todo el ordenamiento jurídico, nuevamente en términos tanto jurídicos como fácticos: desde el punto de vista jurídico el juicio de injusto se extiende a considerar todas las causas de justificación del ordenamiento; desde el punto de vista fáctico se extiende a todos los elementos de la situación bajo estudio que dan lugar a una causa de justificación. Así pues, la diferenciación entre tipicidad y antijuridicidad “cumple una función pragmática-didáctica, mas no una función sistemática estructural”⁸⁸. Esta relación integral entre la tipicidad y la antijuridicidad ha sido analizada principalmente por Puppe⁸⁹. La postura de que la tipicidad es el nivel de valoración decisivo no es, por lo tanto, convincente⁹⁰.

Esta concepción cuantitativa entre la tipicidad y la antijuridicidad se corresponde –como la misma Puppe resalta– con la denominada teoría de los elementos negativos del tipo⁹¹. Según esta concepción el tipo delictivo y los tipos de justificación se encuentran en el mismo nivel de valoración, de modo que constituyen un tipo global de injusto constituido por elementos típicos positivos y negativos⁹². Con base en esta teoría el modelo de la tentativa resulta inevitable: en efecto, cuando alguien realiza objetivamente tanto un tipo delictivo como uno de justificación no hay lugar objetivamente a un injusto global. Pero si realiza el tipo delictivo de manera dolosa y al mismo tiempo desconoce la situación justificante hay lugar subjetivamente a un injusto global. La falta de injusto objetivo en combinación con la constatación de un injusto subjetivo es lo que constituye precisamente los supuestos que en Derecho penal se etiquetan con el concepto de tentativa⁹³.

c. *Conducta atípica vs. conducta justificada*

La objeción más consistente contra la teoría de los elementos negativos del tipo, que a su vez es la más importante en relación con la ausencia de elementos subjetivos de

88 Pawlik, Unrecht, S. 205, también p. 219.

89 Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 6 ss.; la misma, AT, p. 190 ss.; la misma, FS Otto, p. 389 (392 s.); la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (183 ss.); de manera similar Otto, JURA 1995, p. 468 (473 s.); Pawlik, Unrecht, p. 199 ss., 217 ss.

90 Así también, por ejemplo, Frisch, Vorsatz, p. 244 s.; Herzberg, JA 1986, p. 190 (192 s., 194 ss.); Otto, JURA 1995, p. 468 (473 s.); Pawlik, Unrecht, p. 195 ss.; Schünemann, GA 1985, p. 341 (347 ss.).

91 Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 12 ss.; véase también Frisch, FS Lackner, p. 113 (148); Puppe, NK StGB I § 16 núm. marg. 12 f., 137 ss.; la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (187 ss.).

92 Particularmente Frank, FS Gießen, p. 519 (533 ss.); Arthur Kaufmann, JZ 1954, p. 653 (653 ss.); el mismo, Unrechtsbewusstsein, p. 66 f., 170 s., 178 ss.; Adolf Merkel, Lehrbuch, p. 82; también Pawlik, Unrecht, p. 195 ss.; Rinck, Delikttaufbau, p. 309 ss. Schünemann, GA 1985, p. 341 (347 ss.); Wolter, Zurechnung, p. 143 s.

93 Véase solamente Lenckner, Notstand, p. 193 s.

justificación, consiste en señalar que existe una “diferencia valorativa elemental” de una conducta atípica y una justificada⁹⁴. “Desde una perspectiva dogmático-penal es diferente *toto coelo* que un campesino mate a un gallo a que mate a otra persona en legítima defensa”, señala Welzel replicando a Kohlrausch⁹⁵. Este ejemplo parte de la idea de que al Derecho penal no le interesa la conducta atípica –que un campesino mate a su gallo–, esta le es en principio irrelevante, mientras que el Derecho penal se muestra inicialmente escéptico ante la conducta justificada –que un hombre mate en legítima defensa–, es decir, esta le es “llamativa”⁹⁶. Usando la terminología de Welzel la conducta típica pero justificada también es inadecuada socialmente [*sozial inadäquat*] puesto que no se encuentra “dentro del orden de convivencia comunitaria que se ha desarrollado históricamente en un determinado pueblo”⁹⁷. En relación con el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación, la circunstancia de que el autor no haya actuado atípicamente sino de manera típica y justificada debe ser entonces considerada. Y esta consideración consiste precisamente en que se le imponga la incumbencia de conocer la situación justificante y, en caso de que no sea así, no se le haga responsable por una simple tentativa sino plenamente por la consumación.

Este argumento en contra del modelo de la tentativa es compatible con el hecho de que a menudo se habla de que el tipo penal tiene una “función de llamada”. Esto quiere decir básicamente que el autor debe poder inferir el contenido material del delito en cuestión a partir del tipo delictivo, de tal manera que este último le transmita una señal de advertencia de que no lo realice antes de su decisión de realizarlo⁹⁸. En caso de que pese a dicha señal decida realizar el tipo delictivo en cuestión, cabe esperar entonces que antes de empezar a desplegar su conducta constate que todos los presupuestos objetivos de la causa de justificación relevante concurren⁹⁹. El Tribunal Federal de Justicia asume esa incumbencia de constatación [*Prüfungsobliegenheit*], entre otras cosas, para la justificación de los abortos

94 Así Welzel, ZStW (67) 1955, p. 196 (210); de manera similar Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 8; el mismo, Lehre, p. 278 ss.; Paeffgen, GS Armin Kaufmann, p. 399 (406 s.); Triffterer, FS Oehler, p. 209 (216 ss.).

95 Welzel, Bild, p. 51 s., nota al pie 2; de manera similar el mismo, ZStW (67) 1955, p. 196 (210 ss.); concuerda con esto Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 17. Al respecto véase Kohlrausch, Irrtum I, p. 64: “el homicidio concreto cometido en legítima defensa o en ejercicio de cualquier otro derecho se ajusta al Derecho; no es ni más ni menos que matar a una mosca”.

96 Véase también Hirsch, Lehre, p. 278 ss.; Jakobs, AT, p. 349.

97 Welzel, ZStW (58) 1939, p. 491 (516, también 516 ss.).

98 Así, en particular, Jescheck/Weigend, AT, p. 323 s.; también, por ejemplo, Gaßner/Strömer, HRRS 2015, p. 122 (122 s.); crítico al respecto, por ejemplo, Pawlik, Unrecht, p. 195 ss.; respecto de la relación con la problemática de ausencia de elementos subjetivos de justificación véase Triffterer, FS Oehler, p. 209 (217); Éste es también el argumento de Welzel, Strafrecht, p. 168 ss. a favor de la teoría estricta de la culpabilidad en el caso del error de tipo permisivo.

99 En relación con esta *incumbencia de constatación* [*Prüfungsobliegenheit*] véase solamente Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 17^a.

mencionada al principio¹⁰⁰. El argumento esgrimido es que la conducta típica pero justificada es socialmente inadecuada (Welzel) o –con más precisión– arriesgada, y se deben evitar “injerencias temerarias que invocan una supuesta [situación de justificación]”¹⁰¹. En consecuencia, si cabe esperar que el autor que conoce la situación justificante examine cuidadosamente la conducta justificante que ha elegido, no sería razonable exonerarlo de entrada, es decir, no hacerlo responsable por la consumación, si no reconoce en absoluto la situación justificante¹⁰².

d. Conducta permitida

Sin embargo, tal distinción categórica entre conducta típica y justificada es desde un punto de vista lógico normativo insostenible. Esto se pone especialmente de manifiesto atendiendo las consideraciones de Paeffgen/Zabel, quienes diferencian entre la conducta “permitida”, es decir, la conducta típicas pero justificada, y la conducta “no prohibida” [*unverbotenen*], es decir, una conducta atípica¹⁰³. Esta diferenciación desconoce que desde un punto de vista lógico normativo solo existen tres operadores: prohibido, permitido y obligatorio¹⁰⁴. Entre estos operadores es natural que un Estado liberal elija la permisión como punto de partida, es decir, que declare en principio todas las conductas como permitidas –como, por ejemplo, es el caso en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución alemana–¹⁰⁵. Ahora bien: son una excepción a este punto de partida los tipos penales, en cuanto estos expresan normas de prohibición. El tipo penal que señala que *quien matare será castigado* (§ 212 StGB) expresa entonces la norma de prohibición *está prohibido matar*. Los tipos de justificación son en consecuencia una excepción de esta excepción, declaran una conducta prohibida excepcionalmente como permitida y por lo tanto expresan normas permisivas. El tipo penal que señala que *quien cometiere un hecho punible en legítima defensa no actúa antijurídicamente* (§ 32 StGB) expresa entonces la norma permisiva que reza *está permitido cometer un hecho punible en legítima defensa*. Sin embargo, según este modelo las conductas que no se encuadran dentro de ningún tipo delictivo (conductas atípicas) y las conductas en las que si bien se verifican los presupuestos de un tipo delictivo también concurren aquellos de un tipo de justificación (conductas justificadas)

100 BGHSt 38, p. 144 (154 s.).

101 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 132; también núm. marg 114 ss., 131 ss.; también Paeffgen, GS Armin Kaufmann, p. 399 (406 s.).

102 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 17^a.

103 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 24, 28 s.; de manera similar Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 8.

104 Puppe, Schule, p. 255 s.; véase también la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (190 ss.).

105 Véase Pawlik, Unrecht, p. 182.

responden a un mismo operador lógico normativo. Se trata en ambos casos de conductas *permitidas = no prohibidas*¹⁰⁶.

Principalmente Kindhäuser utiliza esta concepción para esbozar la fundamentación del modelo de la tentativa¹⁰⁷. Este autor no construye un tipo global de injusto constituido por los tipos delictivos y los de justificación (como en la teoría de los elementos negativos del tipo), sino que parte de un “modelo de colisión” y considera que las normas de prohibición y las permisivas deben separarse y, en ocasiones, pueden concurrir entre sí¹⁰⁸. Para ilustrar su argumento utiliza el ejemplo de la legítima defensa: “A quien es agredido le está –en el mismo nivel lógico sistemático– por un lado prohibido lesionar al agresor y por otro le está permitido tomar las medidas necesarias para repeler la agresión, es decir, también eventualmente lesionar al agresor”¹⁰⁹. Esta concurrencia de normas se debe solucionar para Kindhäuser por medio de una metarregla en virtud de la cual “según las preferencias del Derecho penal la permisión por regla general desplaza la prohibición”¹¹⁰. Así, dado que “una norma de prohibición que no es aplicable –y no es aplicable cuando en casos de colisión sea desplazada por una norma permisiva– no puede ser infringida objetivamente por una conducta”, Kindhäuser se decanta en el caso de ausencia de los elementos subjetivos de justificación –consecuentemente– por el modelo de la tentativa¹¹¹.

e. *Provocación del resultado típico*

El último de los argumentos principales en materia de fundamentación en contra del modelo de la tentativa y a favor del modelo de la consumación es que el autor ha provocado el resultado típico y que dicho resultado no puede ser eliminado simplemente por la concurrencia de los requisitos objetivos de justificación. Citando a Hirsch: “quien, por ejemplo, mata dolosamente a alguien realiza un homicidio, no solo lo intenta”¹¹². En consecuencia, a la solución orientada a la tentativa se le

106 De manera similar Frisch, Vorsatz, p. 244 s., 413 s.; Kohlrausch, Irrtum I, p. 63 s.; Lesch, FS Jakobs, p. 327 (338 ss.); el mismo, Verbrechensbegriff, p. 264 ss.; Otto, JURA 1995, p. 468 (470, 473 s.); Puppe, FS Otto, p. 389 (392 s.); Pawlik, Unrecht, p. 205 ss.; Schünemann, GA 1985, p. 341 (349); Wolter, Zurechnung, p. 143 s.

107 Kindhäuser, Gefährdung, p. 106 ss.

108 Kindhäuser, Gefährdung, p. 107 s.

109 Kindhäuser, Gefährdung, p. 110.

110 Kindhäuser, Gefährdung, p. 110.

111 Kindhäuser, Gefährdung, p. 111 ss. Por eso resulta molesto que Jakobs, AT, p. 349 señale que las causas de justificación sirven para “realizar un comportamiento prohibido en sí”.

112 Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 61.

reprocha entre otras cosas que “abandona el terreno de la realidad”¹¹³, que “atenta contra los hechos”¹¹⁴, etc.

Este argumento también es legítimo en cierta medida. Esto se debe al hecho de que muchos defensores del modelo de la tentativa tienen dificultades para equiparar los casos de *–sit venia verbo–* tentativa normal y los de ausencia de elementos subjetivos de justificación. Así, si bien Jakobs, por ejemplo, prefiere el modelo de la tentativa admite una diferencia esencial con la tentativa “normal”: “el autor en una tentativa no alcanza el sacrificio y por ende nada es en vano; en este caso se alcanza el sacrificio pero este último no es en vano”¹¹⁵. Muchos defensores del modelo de la tentativa se ven por lo tanto obligados a aplicar las normas de la tentativa solo de manera analógica¹¹⁶.

f. *La teoría de la imputación objetiva*

No obstante, cabe preguntarse si la alusión a la producción del resultado no es un planteamiento demasiado restringido. Los defensores del modelo de la consumación parten evidentemente de la idea de que el autor ha provocado causalmente a través de su conducta un cambio en el mundo –y que este cambio no se puede erradicar de éste–. Esta es una realidad que no discuto. Sin embargo, lo que sí me gustaría discutir es que esta tríada de conducta, causalidad y cambio del mundo tenga en cuenta un número suficiente de aspectos. En concreto, me refiero a que con esta tríada se aboga por una comprensión naturalista del Derecho penal, sin que se plantee en absoluto la cuestión de la relevancia *jurídica* de la producción del resultado¹¹⁷.

Dicha cuestión sobre la relevancia jurídica la plantea, según la posición predominante en la doctrina, la denominada teoría de la imputación objetiva. “Esta pone en tela de juicio la diferenciación tradicional entre tipicidad y antijuridicidad en forma fundamental, pero hasta ahora sólo esporádicamente percibida”¹¹⁸.

113 Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 61; de manera similar Köhler, AT, p. 323 s.

114 Spindel, LK StGB II (11 ed.), § 32 núm. marg. 140.

115 Jakobs, AT, p. 361. También Zielinski, Unrechtsbegriff, p. 222 se ve obligado a aclarar que no hay lugar a una lesión a un bien jurídico; crítico al respecto Kindhäuser, Gefährdung, p. 113 nota al pie 18.

116 Cfr. solamente Rinck, Deliktsaufbau, p. 248.

117 Véase Frisch, Strafrecht, p. 232; el mismo, FS Lackner, p. 113 (138 ss.); Hoven, GA 2016, p. 16 (17 s.); véase también Frisch, Vorsatz, p. 457 ss.; Herzberg, JA 1986, p. 190 (193); Jakobs, System, p. 44 ss.; Lesch, FS Jakobs, p. 327 (338 ss.); Rath, Rechtfertigungselement, p. 256; Rinck, Deliktsaufbau, p. 224 s., 234 s.; Rönnau, JuS 2009, p. 594 (596); Roxin/Greco, AT I, p. 756.

118 Pawlik, Unrecht, p. 212, también p. 211 ss.; de manera similar, Lesch, Verbrechensbegriff, p. 264 ss.; Reyes, ZStW (105) 1993, p. 108 (120); Silva-Sánchez, FS Schünemann, p. 533 (540 ss., 542 ss.).

En el caso de ausencia de los elementos subjetivos de justificación esta teoría es útil incluso si es entendida en el sentido que lo hace Honig, su desarrollador “moderno”, como una teoría de la imputación del resultado, es decir, como un herramienta secundaria para resolver los problemas de la teoría de la causalidad¹¹⁹. Esto en cuanto incluso según este entendimiento no solo se debe aclarar si el autor ha creado algún peligro que se ha realizado en el resultado, sino si este ha creado un peligro *jurídicamente desaprobado* que se ha realizado en aquel¹²⁰. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal de Apelaciones de Berlín declaró en relación con un caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación que “si bien el autor realizó el tipo de lesiones personales dolosas, incluido su resultado” dicho resultado, “sin embargo, no es desaprobado por el ordenamiento jurídico en razón de la situación de justificación que objetivamente concurría” – pronunciándose, por lo tanto, a favor del modelo de la tentativa¹²¹. En otras palabras, el modelo de la tentativa no es otra cosa que la teoría de la imputación objetiva aplicada al problema de la falta de elementos subjetivos de justificación.

Esta relación se vuelve aún más evidente en cuanto la teoría de la imputación objetiva no es entendida solamente como una teoría de la imputación del resultado. Y es que esta teoría no solo tiene la tarea específica de restringir la teoría de la equivalencia de las condiciones (teoría de la imputación del resultado), sino más bien la tarea general de establecer con claridad el alcance de la conducta prohibida¹²². La teoría de la imputación objetiva sirve en este sentido para decidir si una lesión jurídica recae o no en el ámbito de competencia del autor¹²³. En las situaciones de una posible justificación *no* recae en dicho ámbito cuando la vulneración del Derecho recae en el ámbito de competencia de la víctima. La teoría de la imputación objetiva exige por lo tanto aplicar las reglas para la distribución de competencias no solo para fundamentar la competencia del autor, es decir, en relación con la

119 Honig, FG Frank I, p. 174 (de manera ilustrativa 179 y ss.): “El juicio sobre la imputación objetiva se añade más bien al juicio sobre la causalidad como otro juicio independiente, que tiene que examinar la cuestión axiológica, a saber, el significado de la conexión causal [;!] para el ordenamiento jurídico, de acuerdo con estándares que vienen dados por el propio ordenamiento jurídico”. Sobre la interpretación actual de la doctrina de la imputación objetiva, véase solamente Kubiciel, Wissenschaft, p. 80 ss.

120 Esta es un opinión generalizada, véase solamente Fischer, StGB, Vor § 13 núm. marg. 25 para más referencias.

121 KG, GA 1975, p. 213 (215); de manera similar Frisch, FS Lackner, p. 113 (142); Hoven, GA 2016, p. 16 (17 s.); Rönnau/Hohn, LK StGB II (12. Aufl.), § 32 Rn. 268.

122 Véase solamente Jakobs, System, p. 15 s., 24, 25 ss.; Kubiciel, Wissenschaft, p. 94 s., 99 s.; Müssig, FS Kindhäuser, p. 1029 (1030 ss.); fundamental al respecto también Frisch, Verhalten, p. 23 ss., 33 ss., 50 ss., quien pone frente a la teoría de la imputación objetiva como teoría de la imputación del resultado la teoría de la conducta típica como “una categoría sistemática que se ocupa de la concepción del injusto de conducta” (p. 32).

123 Müssig, ZStW (115) 2003, p. 224 (231 s.); Pawlik, Unrecht, p. 213 ss., 215 ss.; véase también Reinhard Merkel, JZ 2007, p. 373 (378 s.).

tipicidad, sino también para la exclusión de la competencia del autor, es decir, para la justificación. En consecuencia, no se necesita nada más que extender las reglas de distribución de competencias a la cuestión de la justificación¹²⁴.

De esta manera se vuelve a tender un puente hacia el principio de responsabilidad y el principio de solidaridad¹²⁵. Mientras que con estos principios se trató antes de fundamentar el deber de la víctima de tolerar la injerencia en su esfera jurídica por parte del autor, ahora se trata de mostrar que la referencia a la producción del resultado no se opone al modelo de la tentativa. En efecto, si bien en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación puede haberse producido el resultado, es la víctima quien –en virtud de la responsabilidad o de la solidaridad– es competente por dicha producción del resultado. Así las cosas, el hecho de que el autor no conozca las circunstancias que fundamentan dicha competencia de la víctima y por ende excluyen su propia competencia (nivel de justificación) solo puede ser relevante –como lo es en el resto de casos– en la medida en que el autor asuma circunstancias que fundamentan su competencia (nivel de tipicidad). Esto significa, para subrayarlo una vez más, que se trata de un caso habitual de tentativa¹²⁶.

B. Parte dogmática

En este apartado se aborda la cuestión de qué modelo, el de la tentativa o el de la consumación, se ajusta mejor al Derecho penal positivo¹²⁷. Al respecto cabe preguntarse por una parte si es posible extraer de los tipos de justificación argumentos a favor de alguno de estos dos modelos (1). Por otra parte, se debe analizar el tipo de la tentativa, toda vez que la tesis del modelo de la tentativa es que en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación se está frente a una tentativa (2). Demostraré que ni los tipos de justificación ni el tipo de la tentativa se oponen al modelo de la tentativa. Por el contrario, considero que este modelo es el más convincente no sólo desde el punto de vista de sus fundamentos¹²⁸, sino también desde el punto de vista dogmático.

1. Tipos de justificación

Los defensores del modelo de la consumación sostienen esencialmente que las causas de justificación son normas que en su supuesto de hecho prevén ciertas

124 Müssig, ZStW (115) 2003, p. 224 (231 s.); Pawlik, Unrecht, p. 213 ss., 215 ss.; véase también Reinhard Merkel, JZ 2007, p. 373 (378 s.).

125 Al respecto véase II.A.1.b.

126 Pawlik, Unrecht, p. 207.

127 Contrariamente a lo que afirman Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 124, para quienes “en el Derecho positivo no se encuentran puntos de conexión.”

128 Al respecto véase II.A.

condiciones para que se produzca una determinada consecuencia jurídica. Por ejemplo, la consecuencia jurídica de la legítima defensa, que consiste en que el autor no actúe de manera antijurídica, sólo se produce si se verifica el tipo de la legítima defensa. Este tipo se compone, por lo menos, de una agresión antijurídica actual, de una defensa necesaria y adecuada frente a dicha agresión y del conocimiento de la situación justificante. Una formulación de este tenor permite suponer que la consecuencia jurídica de este tipo no se produce en su *totalidad* si no concurre tan solo uno de los elementos típicos, como por ejemplo cuando el autor no conoce la situación que fundamenta la legítima defensa. Así, el argumento en contra del modelo de la tentativa es que ignora erróneamente el hecho de que en el caso de ausencia de los elementos subjetivos de justificación no concurre un elemento del tipo de justificación y, por lo tanto, ese caso no se ajusta o, por lo menos, no se ajusta bien a las causas de justificación¹²⁹.

Este argumento es convincente solo si se hace referencia a los presupuestos de la justificación: una norma justificante solo opera –como cualquier otra norma– si se cumplen todos sus presupuestos objetivos y subjetivos¹³⁰. Sin embargo, este argumento resulta menos convincente si, en lugar de hacer referencia a los presupuestos de la justificación, se hace referencia a los presupuestos de la antijuridicidad. A partir de la proposición conjunta de que todos los presupuestos objetivos y subjetivos de la causa de justificación deben concurrir para que surta efecto la consecuencia jurídica de dicha causa de justificación se obtiene una proposición disyuntiva sobre la base del modelo de la consumación: el autor actúa antijurídicamente cuando no concurren los presupuestos objetivos o subjetivos de la causa de justificación¹³¹. De este modo, se ha obtenido una proposición en la que los elementos objetivos del injusto pueden intercambiarse por los elementos subjetivos y viceversa. Un planteamiento semejante se considera inadmisibile en la ciencia del

129 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (168, 173 s.); Niese, Finalität, p. 18 nota al pie 37; Paeffgen, FS Frisch, p. 403 (407 s.); el mismo, GS Armin Kaufmann, p. 399 (421 ss.); el mismo/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 nota al pie 111, 114, 128; Triffterer, FS Oehler, p. 209 (225); véase también Streng, FS Otto, p. 469 (473).

130 Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (168, 173 s.); Niese, Finalität, p. 18 nota al pie 37; Paeffgen, FS Frisch, p. 403 (407 s.); el mismo, GS Armin Kaufmann, p. 399 (421 ss.); el mismo/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 111, 114, 128; Triffterer, FS Oehler, p. 209 (225); véase también Streng, FS Otto, p. 469 (473). Con este planteamiento adicional se desvirtúa la crítica de Herzberg, JA 1986, p. 190 (190 s.), según la cual el modelo de la tentativa no toma en consideración la consecuencia jurídica de las causas de justificación (“no actúa antijurídicamente”).

131 Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 130 s., 143; la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (196 s.); la misma, FS Lackner, p. 199 (235 ss.); véase también Frisch, FS Lackner, p. 113 (138, 142 s.); Herzberg, JA 1986, p. 190 (192); Rath, Rechtfertigungselement, p. 278 ss. Así también renuncia Köhler, AT, p. 323 expresamente a la división entre elementos objetivos y subjetivos del injusto o entre injusto de resultado y de acción.

Derecho penal puesto que en el nivel más alto de abstracción implicaría reconocer varias definiciones para el concepto de delito doloso y consumado¹³².

El modelo de la tentativa puede evitar esta proposición: en un primer momento se establece que el autor ha realizado el tipo objetivo y subjetivo de un tipo delictivo. A continuación se plantea la cuestión de si el autor ha actuado de una forma antijurídica tal que debe ser hecho responsable por la consumación. Este es el caso cuando concurren tanto los presupuestos objetivos como los subjetivos de la antijuridicidad. El caso de la ausencia de los elementos subjetivos de justificación es una constelación en la que si bien han concurrido los presupuestos subjetivos de la antijuridicidad, no concurren aquellos objetivos: el autor no conoce los hechos que sustentan su justificación (presupuestos subjetivos), pero su conducta es –usando el ejemplo de la legítima defensa– la defensa necesaria y adecuada contra una agresión actual y antijurídica (presupuestos objetivos)¹³³.

2. *Tipo de tentativa*

El argumento más común contra el modelo de la tentativa en materia dogmática es que no se ajusta al tipo de tentativa. La variante más evidente de este argumento es la referencia al hecho de que se ha producido el resultado típico y, por tanto, debe descartarse la sanción a título de tentativa¹³⁴. Sin embargo, hemos visto que este planteamiento se puede desvirtuar con la teoría de la imputación objetiva.¹³⁵ Además, en el Derecho penal alemán no hay ninguna disposición que permita interpretar que la tentativa se caracteriza particularmente por la ausencia del resultado (§§ 22 y ss. StGB)¹³⁶.

Por ello, los partidarios del modelo de la consumación llaman la atención sobre otro problema del modelo de la tentativa. Paeffgen/Zabel opinan que el modelo de la tentativa sólo “se ajusta a la ley superficialmente” porque “si realmente se hiciera la compensación en la forma estricta que [el modelo de la tentativa] prescribe, no quedaría nada en el lado objetivo del hecho. Sin una objetivación, es decir, un injusto de acción evidente o, por lo menos, rudimentario junto con un componente de un ‘resto de un desvalor de resultado’ (‘disposición inmediata a la

132 Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 130 s., 143; la misma, ZStW (128) 2016, p. 301 (308 s.); la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (197 ss.); la misma, FS Lackner, p. 199 (235 ss.); véase también Jakobs, AT, p. 360.

133 Véase también Otto, JURA 1995, p. 468 (475).

134 Al respecto véase II.A.2.e. De manera particularmente ilustrativa Hirsch, Lehre, p. 255: “En consecuencia, la cuestión de si se trata de una tentativa o de un delito consumado depende solamente de si la lesión típica al bien jurídico se verificó o no. Además, incluso desde el plano lingüístico una tentativa solo puede consistir en querer realizar algo sin lograrlo.”

135 Véase II.A.2.f.

136 Herzberg, JA 1986, p. 190 (191, 192 s.); concuerda con esto Rinck, Deliktsaufbau, p. 234 s.

realización conducta’) no puede haber lugar a una tentativa”¹³⁷. En consecuencia, el modelo de la tentativa es para Paeffgen/Zabel una analogía desfavorable para el autor y por tanto inadmisibles¹³⁸.

Este argumento es plausible por el ya mencionado inconveniente que representa que muchos defensores del modelo de la tentativa se sientan obligados a no aplicar el tipo de la tentativa directamente, sino sólo analógicamente al caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación¹³⁹. Dado que un *argumentum a simile* de tal naturaleza va acompañado de un exigente esfuerzo de fundamentación, estos defensores del modelo de la tentativa se exponen muy fácilmente a críticas de peso. Sin embargo, es cuestionable que el *argumentum a simile* sea el camino correcto para fundamentar la aplicación del tipo de tentativa. El camino más fácil es subsumir el caso de ausencia de los elementos subjetivos de justificación directamente en el tipo de la tentativa. Por lo menos en el Derecho penal alemán esto no es solo lo más fácil sino también la mejor opción¹⁴⁰.

Según el § 22 StGB comete un delito en grado de tentativa quien, de acuerdo con su percepción del hecho delictivo, se dispone a realizarlo inmediatamente. El concepto de la percepción del hecho delictivo se puede leer como sinónimo del concepto de dolo¹⁴¹, y no cabe duda de que en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación el autor ha actuado con dolo. Por otra parte, el autor se ha dispuesto a la realización inmediata de la conducta en los términos del tipo de tentativa siempre que haya realizado una parte del tipo objetivo del delito. El ejemplo clásico de esto es el ladrón que logra coaccionar, pero no apropiarse (§ 249 StGB)¹⁴². En el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación, se debe señalar que el autor ha realizado no solo parcialmente sino en su totalidad los elementos objetivos del delito: ha matado, dañado, ocultado, etc. Por lo tanto, también se ha dispuesto a la realización inmediata del delito en el sentido de la tentativa¹⁴³. En consecuencia ha realizado el tipo de tentativa.

137 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 126.

138 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 126; asimismo Rath, Rechtfertigungselement, pp. 274 ss.

139 Véase nota al pie 116.

140 Enfáticamente Frisch, FS Lackner, p. 113 (138 s.); Herzberg, JA 1986, p. 190 (191, 192 s., 201); Schünemann, GA 1985, p. 341 (373 s.); Streng, FS Otto, p. 469 (474).

141 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, AT, p. 550; Heger, Lackner/Kühl/Heger StGB, § 22 núm. marg. 2; Hoffmann-Holland, MüKo StGB I, § 22 núm. marg. 36; Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 140; la misma, AT, p. 255; también BGHSt 22, p. 330 (332); BGH, NStZ 2020, p. 402 (402); de otro parecer Streng, ZStW (109) 1997, p. 862 (870 ss.); Zaczyk, NK StGB I § 22 núm. marg. 13.

142 Puppe, Schule, p. 89 s.

143 Acertadamente Frisch, FS Lackner, p. 113 (138 s.); Streng, FS Otto, p. 469 (474). La tentativa no es entonces conceptualmente excluyente en relación con la consumación, sino, desde la perspectiva de una concurrencia jurídica, más general, véase solamente Puppe, NK StGB I,

Paeffgen/Zabel objetarían que con este planteamiento ya no “se compensa en la forma estricta” en la que supuestamente se hacía en el contexto de los fundamentos¹⁴⁴. Esto en cuanto si se compensa el denominado desvalor de resultado de la realización de un tipo objetivo delictivo con el denominado valor de resultado de la realización de un tipo objetivo de justificación, entonces objetivamente no queda nada. Por lo tanto, si no queda nada en el plano objetivo, tampoco queda nada que pueda subsumirse en el concepto de disposición inmediata a la realización de la conducta¹⁴⁵.

Es fácil criticar la aplicación de las normas de la tentativa sobre la base de una “pseudomatematización al nivel de un alumno de colegio”, como Paeffgen/Zabel llaman al modelo de la compensación¹⁴⁶. Sin embargo, esto desconoce que no se trata en absoluto de compensar valores y desvalores de resultado. Una compensación en este sentido se basa evidentemente en la idea de que los desvalores de resultado se refieren a que se causen daños (por ejemplo: la muerte de una persona) y los valores de resultado, por su parte, a que estos se eviten (por ejemplo: se salve a un niño de un peligro). Sin embargo, de lo que se trata no es de la causación o prevención de daños, sino de las “correlaciones sustanciales” entre la parte objetiva de la fundamentación y de la exclusión del injusto. “Estas correlaciones no solo se silencian mediante la compensación, sino que se tergiversan”¹⁴⁷.

Con base en esto, el autor en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación por supuesto ha causado un daño y esta circunstancia no es eliminada por la situación objetiva de justificación (“compensada”). No obstante, esta causación no es objetivamente un injusto¹⁴⁸. “La producción de un resultado que en sí mismo pudo ser provocado, quizás incluso deseado, no puede entenderse como desvalor –su producción no es no es apta para sacudir una conciencia jurídica medianamente discernida”¹⁴⁹. Así, lo que queda es la *percepción del autor* de que comete un hecho punible y la conducta con la cual se *dispone a realizar inmediatamente* dicho hecho punible –un caso paradigmático de la tentativa¹⁵⁰.

Vor § 52 StGB núm. marg. 10; en consecuencia, es equívoco el planteamiento de Gallas, FS Bockelmann, p. 155 (175).

144 Veáse II.A.2.

145 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 126; véase también Schünemann, GA 1985, p. 341 (373 s.).

146 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 124 nota al pie 587.

147 Puppe, FS Stree/Wessels, p. 183 (184, también p. 183 ss.); en sentido similar Frisch, FS Lackner, p. 113 (124 ss., 138 ss.); Hoven, GA 2016, p. 16 (17 s.); Puppe, NK StGB I, Vor § 13 núm. marg. 13.

148 Veáse también Frisch, FS Lackner, p. 113 (123 s.).

149 Frisch, FS Lackner, p. 113 (141, también 138 ss.).

150 Frisch, FS Lackner, p. 113 (138 ss.); Roxin/Greco, ATI, p. 756; Rudolphi, FS Maurach, p. 51 (58).

C. Parte práctica

Para concluir me gustaría mostrar que el modelo de la tentativa es más convincente que el de la consumación no sólo desde el punto de vista de los fundamentos¹⁵¹ y de la dogmática¹⁵², sino también desde el punto de vista práctico. Esto sobre todo porque conduce a una punición proporcional tanto al hecho como a la culpabilidad del autor (1). Además, sus consecuencias para los casos de intervención de terceros en el conflicto (2) y para la cuestión de una posición de garante del autor (3) son más adecuadas. Por último, la incidencia indirecta del problema de la ausencia de elementos subjetivos de justificación sobre el error de tipo permisivo también juega a favor del modelo de la tentativa (4).

1. Pena proporcional al hecho y a la culpabilidad

El modelo de la tentativa conduce a una punición más adecuada. Esto se debe al hecho de que la tentativa *puede* pero no *tiene que* castigarse de forma más leve que la consumación (§ 23 StGB, la denominada atenuación facultativa). Por ejemplo, el autor de una tentativa de *asesinato* [*Mord*] no tiene que ser condenado necesariamente a cadena perpetua (§ 211 StGB), sino a una pena de prisión no inferior a tres años (§ 49 StGB). Por lo tanto, el tribunal puede tener en cuenta el hecho de que el autor desconozca la situación justificante, pero *no tiene que* hacerlo necesariamente, aunque *debería* por regla general dada la ausencia de injusto objetivo¹⁵³. Por el contrario, en el modelo de la consumación el tribunal *tiene que* –siguiendo con el ejemplo– imponer la cadena perpetua.

Esta consecuencia del modelo de la consumación es incómoda para algunos de sus defensores¹⁵⁴. Hirsch, por ejemplo, considera que también es posible una atenuación razonable de la pena (§ 49 StGB) manteniendo el modelo de la consumación¹⁵⁵. De manera similar, Paeffgen/Zabel consideran suficiente tener en cuenta la existencia de los requisitos objetivos de la justificación eventualmente en la determinación de la pena¹⁵⁶.

151 Veáse II.A.

152 Veáse II.B.

153 Veáse también Herzberg, JA 1986, p. 190 (200).

154 Cfr. también Rinck, Deliktsaufbau, p. 225 ss.

155 Hirsch, LK StGB II (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 59; asimismo Triffterer, FS Oehler, p. 209 (225).

156 Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 128; en sentido similar Triffterer, FS Oehler, p. 209 (225). En consecuencia, no es sorprendente que Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 108 quieran atenuar las duras consecuencias de la teoría estricta de la culpabilidad para el error de tipo permisivo remitiéndose a las “*técnicas de evitación procesales*” [*prozessualen Vermeidetechniken*] (§§ 153 ss. StPO). Paeffgen, Verrat, p. 175 s. había alegado inicialmente a favor de una solución a través del § 49 StGB; sin embargo, posteriormente Paeffgen, GS

Sin embargo, tanto Hirsch como Paeffgen/Zabel dan la impresión de querer compensar con una “intervención reparadora” en el marco de la determinación de la pena lo que antes no pudieron hacer en el marco de la dogmática¹⁵⁷. Además, el planteamiento de Hirsch es a todas luces incompatible con el Derecho positivo en Alemania, aspecto que este ni siquiera menciona¹⁵⁸. Por su parte, el planteamiento de Paeffgen/Zabel es más honesto, pero se enfrenta a otros dos problemas: sobreestima el papel de la determinación de la pena y, al mismo tiempo, subestima el papel de la declaratoria de responsabilidad penal.

El planteamiento de Paeffgen/Zabel sobrevalora el papel de la determinación de la pena porque conduce a que cuestiones fácticas se desplacen del nivel de la dogmática al de la determinación de la pena. Sin embargo, tal desplazamiento “se da con altos costes para un Estado de Derecho”¹⁵⁹. Concretamente, estos costes consisten en que cuando los conceptos de la dogmática “solo operan como elementos para la determinación de la pena pierden la definición de sus contornos, quedan en cierto modo a disposición del juez y desaparecen en la bruma que aún se cierne sobre este ámbito”¹⁶⁰. Por lo tanto, no es casualidad que un vehemente partidario de tal desplazamiento haya defendido consecuentemente que los marcos penales sean lo más amplios posible y, de modo general, abogue por “defender la libertad de valoración judicial contra todas las ataduras demasiado ajustadas de la categorización dogmático-conceptual”¹⁶¹.

El planteamiento de Paeffgen/Zabel subestima el rol de la declaratoria de responsabilidad penal porque conduce a una discrepancia entre esta y la determinación concreta de la pena. En efecto, ¿qué significado tiene la declaratoria de responsabilidad penal en virtud de la cual *el autor es responsable por cometer un delito consumado*, si la determinación de la pena conduce a afirmar *que el autor es responsable por un delito de tentativa*?¹⁶² Mediante este esquema la declaratoria de

Armin Kaufmann, p. 399 (411 nota al pie 60) llegó a la – acertada – convicción de que esto es incompatible con la ley.

157 Así Rinck, *Deliktsaufbau*, p. 226 (en relación con el § 49 StGB); de manera crítica también Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 129.

158 Véase también Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 32 núm. marg. 108 sobre la aplicación de la atenuación (§ 49 StGB) en el marco la teoría estricta de la culpabilidad respecto del error de tipo permisivo, quienes consideran también la solución en el marco de las *consecuencias jurídicas [Rechtsfolgelösung]* del BGHSt 30, p. 105 (119 ss.) en el asesinato como un “conejo” que el Tribunal Supremo Federal “hace aparecer mágicamente de un sombrero”.

159 Volk, FS Roxin (2001), p. 563 (564); de manera similar von Uthmann, Urheber, p. 54.

160 Volk, FS Roxin (2001), p. 563 (564); de manera similar Drost, NJW 1955, p. 1255 (1255 ss.); véase también Arthur Kaufmann, FS Lackner, p. 185 (186); Philipsborn, *Klassifikation*, p. 23 s.

161 Kienapfel, *Einheitstäter*, p. 32.

162 Otra opinión tiene Triffterer, FS Oehler, p. 209 (225) quien parte de la premisa que aquí no se comparte, según la cual el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación no se

responsabilidad penal es degradada de ser el elemento esencial de una sentencia a un insignificante preámbulo de la determinación de la pena. Tal degradación contrariaría el significado fundamental de la declaratoria de responsabilidad penal, habida cuenta de que ésta tiene principalmente una función expresiva que consiste en refutar el cuestionamiento comunicativo de la norma por parte del autor¹⁶³.

Así las cosas, la única objeción que queda contra el argumento de que el modelo de la tentativa conduce a una pena adecuada es que la tentativa –en el Derecho alemán (§ 23 StGB)– en ocasiones no es punible, de modo que eventualmente el autor en caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación no será castigado penalmente¹⁶⁴. Sin embargo, esta posibilidad no es una particularidad del modelo de la tentativa, sino una consecuencia de que la ley deje impune la tentativa en algunos casos: El caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación no difiere de la tentativa “normal” en este sentido¹⁶⁵.

2. *Intervención de terceros*

Ya hemos visto que el modelo de la consumación lleva a que se permita a la víctima defenderse de la conducta del autor, mientras que el modelo de la tentativa lleva a que la víctima tenga que tolerar su conducta¹⁶⁶. Esta conclusión no sólo se aplica a la víctima, sino también a los terceros que intervienen en el hecho: mientras que sobre la base del modelo de tentativa tienen que aceptar la conducta del autor, sobre la base del modelo de la consumación se les permite repelerlo.

puede subsumir en el tipo de tentativa. Esta opinión es particularmente cuestionable dado que pone en tela de juicio de manera general la figura de la analogía.

- 163 Detrás de este planteamiento se encuentran aquellas teorías de la pena que parten del concepto dialéctico de la pena de Hegel e interpretan la pena como una respuesta comunicativa al cuestionamiento de una norma, fundamental al respecto Jakobs, *Beiträge*, p. 3 (21 ss.); el mismo, *System*, p. 13 ss.; el mismo, *AT*, p. 6 ss.; Pawlik, *Normbestätigung*, en particular p. 29 ss.; el mismo, *Unrecht*, en particular p. 82 ss.; en relación con el concepto de la pena de Hegel véase Hegel, *Werke XIV.1*, p. 90 ss.
- 164 Hirsch, *LK StGB II* (11 ed.), Vor § 32 núm. marg. 61; el mismo, *Lehre*, p. 255; Paeffgen, *GS Armin Kaufmann*, p. 399 (425); el mismo/Zabel, *NK StGB I*, Vor § 32 núm. marg. 128; asimismo –como representante del modelo de la tentativa– Jakobs, *AT*, p. 361.
- 165 Herzberg, *JA* 1986, p. 190 (193); Rath, *Rechtfertigungselement*, p. 258; Rinck, *Delikttaufbau*, p. 237; Roxin/Greco, *ATI*, p. 756. De manera particular Frisch, *FS Lackner*, p. 113 (142): “La solución relativa a la consumación, al entender erróneamente desde una perspectiva naturalística tanto el programa legal como las consideraciones de legitimidad que están detrás de aquél, ignora en estos casos las valoraciones previas hechas por la ley a través de la extensión de la punibilidad a un espacio que a partir de la valoración legal está libre de castigo.” Respecto del error de tipo permisivo Puppe, *FS Stree/Wessels*, p. 183 (195): “Si el injusto que se le debe reprochar al autor es cualitativamente un injusto a título de culpa no se trata de una laguna punitiva que no pueda ser castigado penalmente si la culpa no es punible.”
- 166 Véase II.A.1 y nota al pie 47.

Jakobs ha llamado la atención sobre lo absurdo de esta consecuencia del modelo de la consumación¹⁶⁷. En efecto, resulta absurdo que cualquier tercero que en un primer momento impida legítimamente la conducta del autor en beneficio de la víctima pueda después llevar a cabo legítimamente la misma conducta él mismo—con conocimiento de los hechos justificantes¹⁶⁸—. En las decisiones del Tribunal Supremo Federal mencionadas al principio un tercer médico podría, por tanto, hacer uso de la fuerza (!) para impedir que el médico tratante interrumpiera el embarazo con el fin de llevarlo él mismo a cabo después —precisamente con conocimiento de la situación justificante (es decir, la enfermedad de la paciente). Esta consecuencia puede evitarse adoptando el modelo de la tentativa: Del mismo modo que no se permite a la víctima defenderse del autor, tampoco se permite a un tercero defender a la víctima del autor; así, el problema de que el tercero imite al autor no se plantea en absoluto.

3. Posición de garante

Hoven ha llamado recientemente la atención sobre una correlación interesante, a saber, entre el caso de la ausencia de elementos subjetivos de justificación, por una parte, y el problema de la denominada posición de garante por injerencia, por otra¹⁶⁹.

En torno a la posición de garante por injerencia se debate si ésta solo puede fundamentarse con base en una conducta prohibida o también en una conducta permitida¹⁷⁰. Esta cuestión se hace particularmente relevante en aquellos casos en que alguien comete una conducta típica pero justificadamente y la víctima muere como consecuencia de dicha conducta¹⁷¹. Por ejemplo: V golpea a A con un bate de béisbol para darle una lección. A consigue defenderse golpeando a V en la cabeza con una piedra. Seguidamente A abandona la escena, mientras V muere desangrado como consecuencia del golpe de A.

En ausencia de elementos subjetivos de justificación, el modelo de la consumación debe asumir la configuración de una posición de garante por injerencia. Esto se debe a que, desde la perspectiva de este modelo, lo único que debe tenerse en cuenta es que el autor ha realizado dolosamente un tipo penal y no ha actuado justificadamente. Por lo tanto, el autor ha incurrido en una conducta *prohibida*, lo cual conlleva *indiscutiblemente* una posición de garante por injerencia. Si en el ejemplo anterior A no se da cuenta de que V estaba a punto de golpearlo con un bate de béisbol, según el

167 Jakobs, AT, p. 360 s.; concuerda con esto Rath, Rechtfertigungselement, p. 290; Rinck, Deliktsaufbau, p. 228 s.

168 Jakobs, AT, p. 360 s.

169 Hoven, GA 2016, p. 16 (16 ss.).

170 Al respecto véase solamente Kindhäuser/Zimmermann, AT, p. 332 ss.

171 Véase solamente Kindhäuser/Zimmermann, AT, p. 332 s.

modelo de la consumación sería entonces penalmente responsable –suponiendo su intención de matar– necesariamente por homicidio por omisión (§§ 212, 13 StGB). En consecuencia, V se beneficia de que A está obligado en una cierta medida –como garante– a ayudarlo, aunque V –visto objetivamente– ha recibido lo que la ley preveía: que se repela la agresión¹⁷². Mientras que, a la inversa, a A se le impone una enorme obligación de actuar, aunque –objetivamente hablando– haya hecho lo que la ley prevé: que se repela la agresión. Estas consecuencias no parecen adecuadas.

Por el contrario, el modelo de la tentativa puede conducir a consecuencias más adecuadas. No si se parte de la base de que una conducta permitida pero peligrosa también da lugar a una posición de garante por injerencia¹⁷³, para establecer entonces que el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación es una conducta de esta clase¹⁷⁴. Tampoco conduce a consecuencias más adecuadas si con base en la realización sólo parcial de la causa de justificación se llega a la conclusión de que no se trata en absoluto de una conducta permitida¹⁷⁵ y, en consecuencia, se asume una posición de garante por injerencia. Sin embargo, el modelo de la tentativa conduce a una negación adecuada de una posición de garante por injerencia si también en este punto se toma en serio la teoría de la imputación objetiva. Esto conduce a que un autor que inicialmente no es competente de una situación determinada¹⁷⁶ no se le haga competente por la vía del naturalismo considerando esencial que el autor haya abandonado el lugar en donde ocurrió dicha situación y que el resultado típico se haya producido con posterioridad. En su lugar, se ha de mantener el resultado ya constatado: El autor no es competente¹⁷⁷.

4. *Error de tipo permisivo*

Por último se debe considerar la incidencia indirecta de la ausencia de elementos subjetivos de justificación sobre el error de tipo permisivo. Esta incidencia indirecta es más evidente de lo que parece a primera vista, en cuanto el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación es en últimas ni más ni menos que un error de tipo permisivo invertido: en el caso del error de tipo permisivo si bien no se cumple con el tipo objetivo de justificación si se verifica el tipo subjetivo; en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación si bien se realiza el tipo objetivo de justificación no se verifica el tipo subjetivo¹⁷⁸.

172 Véase también Hoven, GA 2016, p. 16 (34 s.).

173 Así, por ejemplo, Freund, JuS 1990, p. 213 (216); Seelmann, GA 1989, p. 241 (255).

174 Al respecto véase II.A.b)cc).

175 Así Herzberg, JA 1986, p. 190 (190 s.).

176 Véase II.A.2.f.

177 Véase también Hoven, GA 2016, p. 16 (26 ss.).

178 Hoven, GA 2016, p. 16 (16 ss.); Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 130 s., 143; la misma, AT, p. 193; la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (196 ss.); la misma, FS Lackner, p. 199 (235 ss.);

Los partidarios del modelo de la consumación defienden –en la medida en que reconocen esta relación– la denominada teoría estricta de la culpabilidad en el caso del error de tipo permisivo. El denominador común de estas opiniones es que una causa de justificación sólo debe desplegar algún efecto si concurren tanto sus presupuestos objetivos como subjetivos. Sin embargo, dado que esto no ocurre ni en el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación ni en el caso del error de tipo permisivo el autor debe ser responsable penalmente en ambos casos por la consumación dolosa¹⁷⁹.

No obstante, con este planteamiento no se tiene en cuenta que la teoría estricta de la culpabilidad sólo es lógicamente compatible con el –poco plausible¹⁸⁰– modelo de la justificación: si no exonera al autor que imagine erróneamente una situación justificante (teoría estricta de la culpabilidad), entonces no se le debe incriminar que no reconozca erróneamente una situación justificante (modelo de la justificación)¹⁸¹. No sólo porque la coherencia biográfica atestigua la calidad científica¹⁸² sino porque la corrección lógica es requisito previo de cualquier discurso¹⁸³, la persona que defiende el modelo de la consumación debe aceptar el hecho de que no puede defender la teoría estricta de la culpabilidad.

¿Cómo deberían tratar entonces los defensores del modelo de la consumación el error de tipo permisivo? La única opción que les queda es calificar el error de tipo permisivo no como un error de prohibición (§ 17 StGB), sino como un error de tipo (§ 16 StGB)¹⁸⁴. Esto significa, sin embargo, que en el caso de error de tipo permisivo el autor no es penalmente responsable a título de dolo, sino –en caso de que sea punible– solo a título de culpa¹⁸⁵. Ahora bien: este planteamiento en relación con el error de tipo permisivo no concuerda realmente con el modelo de la consumación, sino con el modelo de la tentativa: en el caso del error de tipo permisivo el autor comete objetivamente un injusto pero subjetivamente no¹⁸⁶ y,

Walter, Kern, p. 373; críticos al respecto Paeffgen, GS Armin Kaufmann, p. 399 (421); Rath, Rechtfertigungselement, p. 289, 291 ss.

179 Cfr. Puppe, AT, p. 193; también Herzberg, JA 1986, p. 190 (191); de manera ilustrativa Hirsch, Lehre, p. 319 ss.; Paeffgen/Zabel, NK StGB I, Vor § 16 núm. marg. 103 ss.

180 Véase I.

181 Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 130 s., 143; la misma, AT, p. 193; la misma, FS Stree/Wessels, p. 183 (196 ss.); la misma, FS Lackner, p. 199 (235 ss.).

182 Pawlik, FS Jakobs, p. 469 (478).

183 Puppe, Schule, p. 231 ss.; véase también la misma, FS Lackner, p. 199 (236).

184 Así la posición mayoritaria en la literatura, véase solamente Puppe, NK StGB I, § 16 núm. marg. 122 ss.

185 En virtud de la segunda parte del § 16 inciso 1 StGB la punibilidad a título de culpa no se ve afectada. Sin embargo, la realización culposa solo es punible en unos pocos casos (por ejemplo §§ 222, 229, 306d StGB).

186 En todo caso el autor no comete un injusto doloso.

por tanto, es castigado a título de culpa; en el caso del error de tipo permisivo invertido –el caso de ausencia de elementos subjetivos de justificación– el autor comete subjetivamente un injusto pero objetivamente no y, por tanto, es castigado por tentativa. En consecuencia, el modelo de la tentativa vuelve a ser el más adecuado también en lo que respecta a la incidencia indirecta sobre el error de tipo permisivo.

BIBLIOGRAFÍA

Alwart, Heiner, Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht – am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselemente und des Mordmerkmals der Habgier, GA 1983, pp. 433 ss.

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. ed., Bielefeld 2021.

Beling, Ernst, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung – Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919, Berlin 1922.

Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Drost, Heinrich, Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, pp. 1255 ss.

Erb, Volker/Schäfer, Jürgen, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 4. ed., Múnich 2022; tomo 9, 4. ed., Múnich 2022.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. ed., Múnich 2023.

Frank, Reinhard, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, en: el mismo, Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen, Gießen 1907, pp. 519 ss.

Freund, Georg, Strafrecht: Ein Kneipenbummler mit Folgen, JuS 1990, pp. 213 ss.

Frisch, Wolfgang, Strafrecht – Examenswissen, Examenstraining, Múnich 2022.

Frisch, Wolfgang, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.

Frisch, Wolfgang, Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements, en: Küper, Wilfried, Festschrift für Karl Lackner, Berlin/Nueva York 1987, pp. 113 ss.

Frisch, Wolfgang, Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, Colonia (entre otras) 1983.

Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, en: Kaufmann, Arthur (entre otros), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, pp. 155 ss.

Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens M., Das heimliche Verschwinden der Appellfunktion des Straftatbestandes und die unheimliche Kriminalisierung des Bürgers – Ist in der komplexen Lebenswirklichkeit jedes strafrechtliche Verbot allein mit gesundem Menschenverstand klar erkennbar?, HRRS 2015, pp. 122 ss.

Gössel, Karl Heinz, Norm, Tatbestand und Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt, en: Schmoller, Kurt, Festschrift für Otto Triffterer, Viena/ Nueva York 1996, pp. 93 ss.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, en: Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften und der Künste, Georg Wilhelm Friedrich Hegel – Gesammelte Werke, tomo 14.1, Düsseldorf 2009.

Herzberg, Rolf, Handeln in Unkenntnis einer Rechtfertigungslage, JA 1986, pp. 190 ss.

Hirsch, Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen – Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn 1960.

Honig, Richard, Kausalität und objektive Zurechnung, en: Hegler, August, Festgabe für Reinhard von Frank, tomo 1, Tübingen 1930 (Reimpresión: Aalen 1969), pp. 174 ss.

Hoven, Elisa, Ingerenz und umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum, GA 2016, pp. 16 ss.

Jähnke, Burkhard (entre otros), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 2, 11. ed., Berlín 2003.

Jakobs, Günther, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, en: Pawlik, Michael, Günther Jakobs' strafrechtswissenschaftliche Beiträge – Zu den Grundlagen des Strafrechts und der Zurechnungslehre, Tübingen 2017, pp. 3 ss.

Jakobs, Günther, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken – Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, en: Pawlik, Michael, Günther Jakobs' strafrechtswissenschaftliche Beiträge – Zu den Grundlagen des Strafrechts und der Zurechnungslehre, Tübingen 2017, pp. 133 ss.

Jakobs, Günther, System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main 2012.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. ed., Berlín/NuevaYork 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. ed., Berlín 1996.

Kant, Immanuel, Die Metaphysik der Sitten, en: Preußische Akademie der Wissenschaften, Kants Werke, tomo 6, Berlín 1914.

Kaufmann, Arthur, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, pp. 653 ss.

Kaufmann, Arthur, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts – Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Maguncia1950.

Kaufmann, Arthur, Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, en: Küper, Wilfried, Festschrift für Karl Lackner, Berlín/Nueva York 1987, pp. 185 ss.

Kersting, Wolfgang, Macht und Moral – Studien zur praktischen Philosophie der Neuzeit, Paderborn 2010.

Kienapfel, Diethelm, Der Einheitstäter im Strafrecht, Frankfurt am Main 1971.

Kindhäuser, Urs, Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, Frankfurt am Main 1989.

Kindhäuser, Urs/Zimmermann, Till, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. ed., Baden-Baden 2022.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 5. ed., Baden-Baden 2017.

Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1997.

Kohlrausch, Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Teil 1, Berlín 1903.

Kubiciel, Michael, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts – Ihre Aufgaben, Ihre Methoden, Frankfurt am Main 2013.

Lackner, Kahl/Kühl, Kristian/Heger, Martin, Strafgesetzbuch, 30. ed., München 2023.

Laufhütte, Heinrich Wilhelm (entre otros), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 2, 12. ed., Berlín 2006.

Lenckner, Theodor, Der rechtfertigende Notstand, Tübingen 1965.

Lesch, Heiko, Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB, en: Pawlik, Michael/Zaczyk, Rainer, Festschrift für Günther Jakobs, Köln (entre otros) 2007, pp. 327 ss.

Lesch, Heiko, Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision, Colonia (entre otras) 1999.

Liszt, Franz von, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: Rüping, Hinrich, Franz von Liszt – Aufsätze und kleinere Monographien, tomo 1 (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge I), Hildesheim/Zürich/Nueva York 1999, pp. 126 ss.

Mañalich, Juan Pablo, Verallgemeinerung als Pathos – Zu Günther Jakobs' Beitrag zur Dogmatik des Besonderen Teils, en: Kreß, Claus/Pawlik, Michael, Stuckenberg, Carl-Friedrich, Strafrecht und Gesellschaft – Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Tübingen 2019, pp. 613 ss.

Mayer, Max Ernst, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts – Lehrbuch, 2. ed., Heidelberg 1923.

Merkel, Adolf Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889 (Reimpresión: Goldbach 1996).

Merkel, Reinhard, § 14 Abs. 3 Luftsicherheitsgesetz: Wann und warum darf der Staat töten? – Über taugliche und untaugliche Prinzipien zur Lösung eines Grundproblems des Rechts, JZ 2007, pp. 373 ss.

Mezger, Edmund, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, en: Juristische Fakultät der Universität Marburg, Festschrift für Ludwig Traeger, Berlín 1926 (Reimpresión Aalen 1979), pp. 187 ss.

Montenbruck, Axel, Thesen zur Notwehr, Heidelberg 1983.

Müssig, Bernd, Strukturgarantien im Strafverfahren am Beispiel des Konfrontationsrechts – Objektive Zurechnung im Strafprozess?, en: Böse, Martin/Schumann, Kay H./Toepel, Friedrich, Festschrift für Urs Kindhäuser, Baden-Baden 2019, pp. 1029 ss.

Müssig, Bernd, Antizipierte Notwehr – Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung, ZStW (115) 2003, pp. 224 ss.

Niese, Werner, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951.

Oehler, Dietrich, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, Berlín 1950.

Otto, Harro, Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau, JURA 1995, pp. 468 ss.

Otto, Harro, Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, Hamburg 1965.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Zur Unbilligkeit des vorgeblich „Billigen“, en: Freund, Georg (entre otros), Festschrift für Wolfgang Frisch (Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems), Berlín 2013, pp. 403 ss.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Anmerkungen zum Erlaubnistatbestandsirrtum, en: Dornseifer, Gerhard (entre otros), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Colonia (entre otras) 1989, pp. 399 ss.

Paeffgen, Hans-Ullrich, Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Berlín 1979.

Pawlik, Michael, Das Strafrecht der Gesellschaft – Sozialphilosophische und sozialtheoretische Grundlagen von Günther Jakobs' Strafrechtsdenken, en: Kreß, Claus/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich, Strafrecht und Gesellschaft – Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs, Tübingen 2019, pp. 217 ss.

Pawlik, Michael, Normbestätigung und Identitätsbalance – Über die Legitimation staatlichen Strafens, Baden-Baden 2017.

Pawlik, Michael, Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenlehre, GA 2014, pp. 369 ss.

Pawlik, Michael, Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre, Tübingen 2012.

Pawlik, Michael, »Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschengeneration?« – Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht, en: Dannecker, Gerhard (entre otros), Festschrift für Harro Otto, Colonia (entre otras) 2007, pp. 133 ss.

Pawlik, Michael, Strafrechtswissenschaftstheorie, en: ders./Zaczyk, Rainer, Festschrift für Günther Jakobs, Colonia (entre otras) 2007, pp. 469–495.

Pawlik, Michael, *Der rechtfertigende Notstand – Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlín/Nueva York 2002.

Philipsborn, Alexander, *Die Klassifikation der einzelnen strafbaren Handlungen*, Berlín 1906.

Puppe, Ingeborg, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 4. ed., Göttingen 2019.

Puppe, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil – im Spiegel der Rechtsprechung*, 3. ed., Baden-Baden 2016.

Puppe, Ingeborg, *Der Umkehrschluss*, ZStW (128) 2016, pp. 301–315.

Puppe, Ingeborg, *Der Aufbau des Verbrechens*, en: Dannecker, Gerhard (entre otros), *Festschrift für Harro Otto*, Colonia (entre otras) 2007, pp. 393 ss.

Puppe, Ingeborg, *Zur Struktur der Rechtfertigung*, en: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen, *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels (Beiträge zur Rechtswissenschaft)*, Heidelberg 1993, pp. 183 ss.

Puppe, Ingeborg, *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, en: Küper, Wilfried, *Festschrift für Karl Lackner*, Berlín/Nueva York 1987, pp. 199 ss.

Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie (1932)*, en: Kaufmann, Arthur, *Gustav Radbruch – Gesamtausgabe*, tomo 2, Heidelberg 1993, pp. 206 ss.

Rath, Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement – Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung*, Berlín (entre otras) 2002.

Reyes, Yesid, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW (105) 1993, pp. 103 ss.

Rinck, Klaus, *Der zweistufige Deliktsaufbau*, Berlín 2000.

Robles Planas, Ricardo, *Das Wesen der Strafrechtsdogmatik*, ZIS 2010, pp. 357 ss.

Rönnau, Thomas, *Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente*, JuS 2009, pp. 594 ss.

Roxin, Claus/Greco, Luís, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1 (Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre), 5. ed., Múnich 2020.

Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2. ed., Berlín/Nueva York 1973.

Rudolphi, Hans-Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, en: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz, Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 51-73.

Schlüchter, Ellen, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, Tübingen 1983.

Schmidhäuser, Eberhard, Der Unrechtstatbestand, en: Bockelmann, Paul (entre otros), Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt am Main 1969, pp. 433-455.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, 30. ed., München 2019.

Schünemann, Bernd, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars – 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, pp. 341 ss.

Silva-Sánchez, Jesús-María, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe – Versuch einer Differenzierung, en: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luís, Festschrift für Bernd Schünemann (Streitbare Strafrechtswissenschaft), Berlín/Boston 2014, pp. 533 ss.

Seelmann, Kurt, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantentpflichtdogmatik, GA 1989, pp. 241 ss.

Spendel, Günter, Notwehr und »Verteidigungswille«, objektiver Zweck und subjektive Absicht, en: Herzberg, Rolf Dietrich, Festschrift für Dietrich Oehler, Colonia (entre otras) 1985, pp. 197 ss.

Spendel, Günter, Gegen den „Verteidigungswillen“ als Notwehrerfordernis, en: Kaufmann, Arthur (entre otros), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, pp. 245 ss.

Spendel, Günter, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW (65) 1953, pp. 519 ss.

Stratenwerth, Günter, Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht, en: Grünwald, Gerald (entre otros), Festschrift für Friedrich Schaffstein, Göttingen 1975, pp. 177 ss.

Streng, Franz, Das subjektive Rechtfertigungselement – Grundlagen, Anforderungen und Irrtumskonstellationen, en: Dannecker, Gerhard (entre otros), Festschrift für Harro Otto, Colonia (entre otras) 2007, pp. 469-487.

Streng, Franz, Der Irrtum beim Versuch – ein Irrtum?, ZStW (109) 1977, pp. 862 ss.

Triffterer, Otto, Zur subjektiven Seite der Tatbestandsausschließungs- und Rechtfertigungsgründe, en: Herzberg, Rolf Dietrich, Festschrift für Dietrich Oehler, Colonia (entre otras) 1985, p. 209 ss.

Uthmann, Jörg von, Der Urheber des Verbrechens – Ein Exkurs in das Niemandsland zwischen Täterschaft und Teilnahme, Múnich 1963.

Volk, Klaus, Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs, en: Schünemann, Bernd (entre otros), Festschrift für Claus Roxin, Berlín/Nueva York 2001, pp. 563 ss.

Walter, Tonio, Der Kern des Strafrechts – Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Tübingen 2006.

Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht – eine systematische Darstellung, Berlín 1969.

Welzel, Hans, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, JuS 1966, pp. 421 ss.

Welzel, Hans, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislativisches Problem, ZStW (67) 1955, pp. 196 ss.

Welzel, Hans, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen 1951.

Welzel, Hans, Studien zum System des Strafrechts, ZStW (58) 1939, pp. 491 ss.

Welzel, Hans, Kausalität und Handlung, ZStW (51) 1931, pp. 703 ss.

Welzel, Hans, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht – Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Mannheim/Berlín/Leipzig 1935.

Wolf, Erik, Strafrechtliche Schuldlehre, Teil 1 (Die gegenwärtige Lage, die theoretischen Voraussetzungen und die methodologische Struktur der strafrechtlichen Schuldlehre), Mannheim (entre otras) 1928.

Wolter, Jürgen, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlín 1981.

Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff – Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, Berlín 1973.