

BJORN BURCKARDT: "Der "Rücktritt" als Recht Folgebestimmung- Eine Untersuchung anhand des Abgrenzung Problems von bendetem und unbeendetem Versuch". El desistimiento como determinación de la pena. Un estudio sobre la base del problema de la frontera entre tentativa acabada e inacabada. Duncker & Humblot, Berlín 1975, 212 páginas.

Comienza el autor su trabajo procediendo a una crítica de las diversas opiniones que se han dado para proporcionar un límite entre tentativa acabada e inacabada, ya que de esta última se hace depender la posibilidad de desistir en el párrafo 46 StGB. La ciencia y la práctica alemanas siguen en su mayoría criterios subjetivos de delimitación, motivado en gran parte por la redacción de los preceptos reguladores de la tentativa y el desistimiento.

Según el criterio del Tribunal Federal (BGH) hay que estar a la representación del autor para determinar cuándo la tentativa es acabada o inacabada, no sólo en el momento anterior a la ejecución, sino también en el transcurso de la acción. Lo criticable de esta posición es que privilegia al autor calculador que prevé la necesidad de asestar varios golpes antes de conseguir matar a la víctima en perjuicio del autor inexperto que tras el primer golpe ineficaz cree haberla matado. Para corregir estos defectos doctrina y praxis acuden al plan del autor como criterio delimitador. Si la necesidad de una acción continuada fue prevista por el autor, la tentativa será inacabada y no en cambio si el continuar actuando requiere una nueva decisión. En íntima conexión con esta posición se encuentran quienes utilizan el criterio de la unidad natural de acción (Dreher, Schmidhäuser, Otto, Roxin y el propio BGH).

BURCKHARDT critica a estas teorías por dos razones: por los resultados a que conduce y por la endeblesz del fundamento en que se apoyan. Por lo que se refiere a lo primero expone el siguiente ejemplo: si A y B disparan al mismo tiempo sobre X, las heridas producidas permitirán a A, que disparó con intención de matar, el desistimiento y no en cambio a B que lo hizo con la intención menos desvalorada de herir. En cuanto al fundamento (criterio de la unidad natural de acción) también se puede resumir la crítica de BURCKHARDT con uno de sus ejemplos en que se ven los resultados absurdos a que conduce tal teoría: si el autor tiene la intención de herir a la víctima con cinco golpes de cuchillo a nadie se le ocurrirá afirmar que el delito de lesiones no se ha consumado porque el autor no ha llevado a cabo las cinco cuchilladas previstas sino sólo tres.

Estos resultados quizá justifiquen la aparición de las teorías «aislacionistas» cuyo contenido general se puede resumir diciendo que en los sucesivos intentos el desistimiento del último acto no abarca a los demás anteriores. Para ellas la

unidad natural de acción no arroja ninguna luz sobre si la tentativa es acabada o no. Su proximidad a la afirmación de que tras el primer intento ya nos encontramos ante una tentativa acabada es manifiesta. Por otra parte, se trata de teorías que en la actualidad no encuentran un fundamento dogmático y que sobre todo no satisfacen necesidades de política criminal.

En la búsqueda de un nuevo criterio delimitador adecuado se apoya BURCKHARDT en la idea de «peligro», empleando este concepto en un doble sentido: peligro como presupuesto de la lesión, referidos ambos a la protección del bien jurídico; y peligro como atributo de una acción humana. En el primer sentido sustituye el saber cierto, por parte del autor, de la producción del resultado por un juicio de «probabilidad» de ocasionar el mismo como criterio de atribución del resultado a su autor. En el segundo aspecto puede también considerarse subjetivista a su teoría ya que es del saber del autor de quien se exige el juicio de «peligrosidad», es decir, si «desde su punto de vista ha producido un estado objetivo de peligro». De esta manera quien disparó con dolo homicida no es tratado privilegiadamente, ya que, como concluye el autor, «desistimiento impune no existe, si el autor ha realizado un acto que se debería dirigir al resultado final típico según él, y que tendría influencia en la producción del mismo. A las circunstancias de lo planeado no se atiende más en el momento de la valoración».

Profundizando más en la «peligrosidad de la acción» se enfrenta a la «peligrosidad del autor» ya que en una concepción subjetivista una acción peligrosa no se puede separar de la peligrosidad de su autor. La idea de peligro la relaciona con el Injusto, la de «energía» criminal con la Culpabilidad. Veamos de qué manera. En este punto trae a colación la diferencia entre tentativa imposible y tentativa irreal. Como ejemplo de la última cita a la anciana que desea hacerse abortar porque se cree embarazada por el demonio. Para resolver estos casos y tener en cuenta la «energía criminal» recurre a la idea de «prevención» (que en este punto se asimila en gran medida a la teoría de la «impresión»), ya que casos como este no se pueden resolver por ninguna de las teorías impugnadas demasiado apegadas a los conceptos dogmáticos de Injusto y Culpabilidad. Por ello afirma que, mientras que estos últimos «fundamentan» la pena, la peligrosidad y la idea de prevención en que aquélla se basa la «determinan» (peligrosidad como criterio de determinación de la pena). Así, pues, BURCKHARDT se basa en argumentos preventivos para determinar los casos en que se haya de tener en cuenta el desistimiento al que ubica entre los criterios de determinación de la pena previa crítica de los intentos de considerar al mismo entre las causas de exclusión de la pena, elemento negativo del tipo, causa de exclusión de la culpabilidad o como elemento total del tipo en cuyo rechazo coincide con MUÑOZ CONDE (*Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch* en ZStW 84, 756) como aquel mismo reconoce.

Así, pues, el camino adecuado es separar los caracteres que fundamentan la punibilidad (Injusto y Culpabilidad) de aquellos otros destinados a determinar la medida de la pena entre los que se encuentra el desistimiento como criterio de «renuncia a la pena» (*Absehen von Strafe*) cuyo reconocimiento se basa en «la reducción a cero de las categorías dogmáticas Injusto y Culpabilidad junto con una especial consideración de la idea de «finalidad» de la pena».

Si se quiere mantener a ultranzas un Derecho Penal basado en la Culpabilidad? por el hecho se hace necesario aceptar que los juicios de Injusto y Culpabilidad se basan en una realidad determinada «estáticamente» pese a lo difícil de separar los distintos aspectos del fenómeno delictivo (entre los que se encuentra la propia personalidad del autor). Se trata de la reducción de «lo polifacético de la vida» a un esquema conceptual.

Por el contrario, si la pena se considera como una amarga necesidad en interés de la sociedad, entonces ha de servir a una mejor realización de la «justicia individual» y estar orientada a lo «polifacético de la vida» todo lo cual obliga a considerar circunstancias situadas más allá del simple hecho a que se refieren Injusto y Culpabilidad. Es decir, obligando a considerar el acontecer delictivo como un proceso «dinámico» en el que también se tenga en cuenta el desarrollo de la total personalidad del autor, y sin caer en conflicto con el principio de Culpabilidad por el hecho (cuya finalidad de seguridad jurídica se reconoce). Que con la figura del desistimiento se atiende a un tal proceso lo demuestran los casos en que aquél se estima, incluso después de la consumación final del delito.

Por otra parte, la separación del desistimiento de las categorías dogmáticas anteriores a la determinación de la pena evita un conflicto entre aquél y el Sistema, pues no se olvida que aquél se considera bajo el punto de vista, mucho más adecuado, de la idea de prevención. «Si renuncia el autor libremente de la tentativa comenzada, ello demuestra que su querer delictivo no era tan fuerte como sería necesario para la ejecución del delito. Su peligrosidad que ya se muestra en la tentativa aparece como menor. Por esta razón renuncia la ley al castigo de la tentativa como tal. Pues una pena aparece como innecesaria para apartar al autor de nuevos hechos delictivos (prevención especial), para advertir a los demás (prevención general) y para reparar el Ordenamiento jurídico conculcado. Sobre todo la primera finalidad y el pensamiento de la Justicia los atiende mejor la ley si no atribuye al autor la decisión criminal a que él a tiempo ha renunciado».

Como es fácil de comprender, un entendimiento semejante del desistimiento, junto con la ubicación sistemática del mismo, hacen desaparecer en gran parte el arduo problema de la distinción entre tentativa acabada e inacabada, pues con el criterio adoptado también a veces será digno de tener en cuenta y resolver positivamente supuestos de desistimiento de una tentativa ya acabada siempre que el autor haya renunciado a la posibilidad que tenía de seguir actuando.

En suma, se trata de una obra más empeñada en abrir los cauces, a veces demasiado cerrados, por los que discurra una interpretación no estrictamente apegada a las categorías dogmáticas que, no obstante el importante papel que tienen asignado y nadie las discute en la construcción de un sistema racional de Derecho Penal, no deben ser criterios «exclusivos» para llevar a cabo aquélla, sobre todo en el delicado momento de la determinación de la pena donde, según ROXIN, todos los demás criterios o finalidades a que la pena sirve han de dar preferencia a la idea de prevención especial, es decir, a una consideración detenida de la personalidad del autor y las numerosas particularidades que motivaron y motivan su conducta.