

El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa

Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento*

CHRISTIAN JÄGER

Catedrático de la Universidad de Trier (Alemania)

Siempre se han contrapuesto de manera irreconciliable en la afirmación de la voluntad en el ámbito del 24 StGB, dos grandes bloques de pensamiento, en forma de Teorías Psicológicas por un lado y Teorías Valorativas por otro. La importancia de esta discusión se advierte en el hecho de que todas las posibilidades del desistimiento puedan ser decisivas, como presupuesto conjunto de la voluntad, para la punibilidad del autor. En consecuencia, la llamada hacia un desistimiento voluntario significa, para el autor en tentativa, en muchas ocasiones la última oportunidad para la obtención de la impunidad. De esta manera se convierte el elemento volitivo en el fiel de la balanza. En menor medida se ha intentado hasta entonces recurrir a afirmaciones legales y de derecho, que desde siempre influyen en la Teoría de la autoría, para la interpretación del elemento volitivo.

La siguiente aportación intenta llenar el vacío en la discusión actual y, a través de una asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento, establecer la afirmación del elemento volitivo sobre una nueva base.

(*) Traducción de Santiago MARTÍNEZ (Universidad de Buenos Aires) y Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Universidad Complutense de Madrid) del original alemán, *Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch. Ein Beitrag zur Angleichung von Täterschafts- und Rücktrittlehre*. Publicado en *ZStW* 112 (2000) pp. 783 y ss.

I. FORMULACIONES PSICOLÓGICAS DEL ELEMENTO VOLITIVO

1. La Jurisprudencia mantiene todavía la tesis de que la interpretación psicológica del elemento volitivo contenido en el § 24 StGB debe suponer un desistimiento involuntario si «*para el autor hay una razón que le obligue a abandonar la consecución de su propósito*», «*fuera por tanto incapaz a causa de una molestia exterior que lo impidiera o a causa de una conciencia interna de completar el hecho*». Debe tomarse, por el contrario, como voluntariedad, cuando aquel desiste, se mantiene como «dueño de su decisión» y considera todavía posible la realización de su plan delictivo (1). Sobre esto ha indicado repetidas veces el BGH, que la cuestión de la voluntad no depende de si el motivo del desistimiento es digno de aprobación moral (2), sino sólo de si la renuncia del autor se produjo bajo «presión interna», lo que sería el caso, si el autor se ve sorprendido y desiste por miedo a la detención.

Un sector de la doctrina critica esta postura psicológica de manera aplastante. En especial, se le reprocha que una apreciación psicológica unilateral como la que representa la jurisprudencia, conduce no sólo a resultados apenas constatables (3), sino incluso injustos, cuando el autor claudica sin presión externa como consecuencia de un cambio de circunstancias.

2. Por otro lado, se encuentran en la ciencia innumerables defensores del planteamiento psicológico. En especial hay que hacer referencia a la conocida fórmula de Frank (4), según la cual el desistimiento sólo puede ser voluntario únicamente por motivos autó-

(1) Cfr. BGHSt. 7, 296, 299; 20, 279, 280; 35, 184, 186; BGH NSiZ 1993, 279.

(2) Cfr. BGHSt. 35, 184 con otras referencias.

(3) BOCKELMANN, DR 1942; del mismo, NJW 1955, 1418; BOTTKE, *Strafrechtliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979, p. 184; GRAF ZU DOHNA, ZStW 59 (1940), p. 541; GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, p. 190; JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, p. 98 y ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a edición, 1991, 26/33; del mismo, JZ 1988, 519; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 24 Rdn 24; ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, pp. 300 y ss.

(4) De aquí en adelante, FRANK, StGB, 8.^a-18.^a edición, § 46 II., de acuerdo con él GROPP, *All. Teil*, § 9 Rdn. 73; KOHLRAUSCH/LANGE, § 46 VII 1; MARX *Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und nach den Entwürfen*, 1929, p. 5; SPOHR, *Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs*, p. 53; VOGLER, en: LK, 10.^a edición, § 24 Rdn. 87; WELZEL, *Lehrbuch*, § 25 I 2.

nomos o autoimpuestos, es decir, cuando el autor se dice: «no quiero completar el resultado aunque puedo hacerlo». El desistimiento, según Frank, puede ser involuntario en los casos en los que el autor se dice: «no puedo completar el resultado a pesar de que quiero hacerlo». Hoy se considera esta fórmula como superada, ya que se reconoce que describe en su segunda parte la tentativa malograda, en la cual ya no es posible el desistimiento, ni voluntario ni involuntario (5). Así, donde el autor no ve ninguna posibilidad de llevar a cabo el resultado, no existe, según la opinión mayoritaria, ninguna circunstancia de la cual pudiera desistir el autor. Se critica especialmente de la fórmula de Frank que según la misma, la impunidad depende únicamente de la precisión en el diseño de la defensa del autor, ya que éste únicamente debería afirmar que en el momento del desistimiento todavía se encontraba en condiciones de llevar a cabo la acción (6).

3. Schröder (7) también defiende el planteamiento psicológico, y en consecuencia mantiene que se da un desistimiento voluntario, cuando se origina por motivos autónomos al autor, es decir, si el mismo opta por el desistimiento no en base a cambios desfavorables de la situación, sino en base a un razonamiento interno. Por el contrario, se considera involuntario el desistimiento cuando la decisión se ha tomado en función de motivos heterónomos al autor. Se le reprocha, con razón, a esta interpretación, que no es más que una transcripción del texto legal, puesto que en ella los elementos «voluntario» e «involuntario» son sustituidos por los conceptos «autónomo» y «heterónomo».

4. Por último, también opta Schmidhäuser (8) por el planteamiento psicológico, cuando impone el interés del autor por el hecho al criterio dominante y sólo acepta la voluntariedad cuando para aquel que desiste, y en función de las posibles consecuencias, aunque todavía reviste el hecho interés, se distancia del mismo. Se trata de un desistimiento involuntario, por el contrario, cuando se torna poco interesante en función suya o de las posibles consecuencias. Con razón, Walter (9) ha objetado a lo anterior, que para el autor la consumación del hecho en comparación con la alternativa del desistimiento, pierde,

(5) Cfr. para ello, ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 253; también BOTTKE (nota 3), p. 185; GUTMANN (nota 3), pp. 80 y ss.; HRUSCHKA, JZ 1969, 497.

(6) BOTTKE (nota 3), p. 184.

(7) De aquí en adelante, SCHRÖDER, JuS 1962, 83; del mismo, MDR 1956, 323; también HEINITZ, JR 1956, 251.

(8) SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, Studienbuch, 11/86.

(9) WALTER, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, 1980, p. 64.

relativamente, valor, por lo que la distinción realizada por Schmidhäuser no conduce a ninguna solución satisfactoria en los casos en el límite (10).

II. FORMULACIONES VALORATIVAS DEL CONCEPTO VOLITIVO

El polo opuesto a la interpretación psicológica se presenta como la concepción que se decanta por un punto de vista valorativo en lo que a la afirmación de la voluntad se refiere.

1. El enfoque más interesante surge de la mano de Roxin, y de la teoría por él desarrollada de «las normas de la lógica del delincuente». Según la misma se trata de un desistimiento involuntario cuando a la vista de un determinado riesgo y de las posibilidades del plan delictivo concreto, en una valoración objetiva, el delincuente frío y calculador se torna razonable, lo cual sólo sucede, cuando el autor desiste al verse descubierto (11). Una obediencia tal a las reglas de la actuación delictiva no merece ninguna recompensa por parte del Ordenamiento Jurídico (12), por lo que debe calificarse como involuntaria. Debe considerarse como voluntario cuando el autor según los criterios de su oficio actúe insensatamente, como si en su actuar delictivo y sin indicio previo, fuera poseído por un miedo insuperable y huyera de dicho actuar (13). Hay que analizar esta concepción de Roxin desde la perspectiva de la teoría por él sostenida de los fines de la pena. Ésta contempla el aspecto decisivo para la impunidad del desistimiento voluntario desde un punto de vista legal, por lo que para Roxin en el ámbito del elemento volitivo hay que averiguar si la decisión del autor en su desistimiento se basa en elementos jurídicos (14).

(10) De manera parecida el autor que desiste por temor a la pena, para el que la consumación del hecho es tan poco interesante, que no culmina su plan. El porqué en tal caso debe admitirse voluntariedad (cfr. Schmidhäuser [nota, 8], 11/68) permanece inexplicable partiendo de la tesis de Schmidhäuser.

(11) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256; el mismo, ZStW 77 (1965), p. 97; le siguen en lo fundamental BOTTKE (nota 3), pp. 496 y ss., así como RUDOLPHI, en SK StGB, § 24 párr. 25, que lo conecta a la «*leges artis* de las actividades delictivas».

(12) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 25.

(13) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256; el mismo, ZStW 77 (1965), p. 97; en conexión BOTTKE (nota 3), pp. 495 y ss., así como RUDOLPHI, en SK StGB, § 24 párr. 25.

(14) Cfr. ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 25.

El BGH, adhiriéndose a Lackner, ha rechazado la propuesta normativa de Roxin (15), con el razonamiento de que según esta teoría se tratan como voluntarios casos unívocos, es decir, que el desistimiento basado en presiones externas o escrúpulos internos no puede ser tenido como punible partiendo de consideraciones teleológicas. El elemento volitivo obliga, de manera conceptual, a una afirmación psicológica. Roxin se hace eco de esta objeción y prueba «que también en la jurisprudencia innumerables afirmaciones sobre el tema se basan, en definitiva, en dichos fundamentos» (16). Se remite a la Sentencia del BGH St. 9,50 donde el Tribunal resuelve que un desistimiento es involuntario cuando el sujeto se percata de tal manera, en el conjunto de las circunstancias, de la posibilidad de ser descubierto y procesado, que sensatamente concluye no poder llevar el hecho a cabo y por ello declina de la ejecución del mismo. Para Roxin, entonces, reconoce el Tribunal que «el desistimiento es involuntario cuando un comportamiento posterior del autor fuera irrazonable», por lo que una normativización del concepto volitivo es inevitable (17).

Sin tener en absoluto en cuenta la necesidad de fondo de una normativización, la doctrina pone en tela de juicio la idoneidad del criterio de las normas de la lógica del delincuente. Se le objeta principalmente que las reglas típicas de dicha concepción no pueden ser preestablecidas, pues no hay un delincuente típico, como no hay un asesino, ladrón o violador típico (18). La normativización pretendida por Roxin conduce a formulaciones menos claras que las formulaciones psicológicas. Sobre ello contraponen Walter (19) a Roxin el punto de partida de que un comportamiento «delictivo irrazonable» no se manifiesta siempre en un desistimiento amparado por la Ley. Éste es el caso de quien desiste irrazonablemente del objetivo deseado atormentado por una angustia sin fundamento, por tanto no es el caso de un ciudadano respetuoso con el Ordenamiento Jurídico.

2. El concepto volitivo de Ulsenheimer se basa igualmente en criterios normativos, consecuentemente la voluntariedad del desistimiento puede aceptarse sólo en el caso «del retorno del autor a la órbita del Derecho» (20). Con ello exige, siguiendo la postura mantenida por Roxin, un regreso a la legalidad. Con razón se le objeta que su

(15) Cfr. p. ej. BGHSt. 35, 187, con otras referencias apelando a LACKNER, *StGB*, § 24 párr. 18.

(16) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256.

(17) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256.

(18) Cfr. p. ej. BOTTKE (nota 3), p. 200.

(19) De aquí en adelante, WALTER (nota 9), p. 64.

(20) ULSENHEIMER (nota 3) p. 314 y *passim*.

argumentación no conduce más que a una mera transcripción de las alternativas del desistimiento. Entonces quien ha desistido, retorna *volens* a la órbita del Derecho, con lo que el elemento volitivo adicionalmente presupuesto necesita una aclaración que lo rebasa (21).

3. Por último defiende Walter (22) un punto de partida valorativo, mediante el que explica la voluntariedad sobre la base del modelo de verificación por él desarrollado, como «suficiente disposición para el cumplimiento de la norma». La «solución al conflicto conforme a la norma» es improcedente de cara a las necesidades penales de la prevención especial. El punto débil de esta formulación se presenta en su definición, ya que deja abierta la pregunta de cuando se da la «suficiente disposición para el cumplimiento de la norma». También se critica a Walter que descuida sobremanera el componente de la prevención general positiva, mientras que orienta su concepto de verificación en sentido preventivo especial, aunque no se deja influir por la futura suficiente disposición para el cumplimiento de la norma por parte del autor. Walter, que incluso parece dudar ante esto, exige entonces una verificación del autor en la situación concreta en el hecho intentado (23). No obstante, señala Schäfer (24) con razón que Walter «con esto le quita nuevamente a la prevención especial su núcleo preventivo dirigido al pronóstico acerca del cumplimiento futuro de la norma».

III. EFECTOS PRÁCTICOS DE LAS DIFERENTES TEORÍAS

Como se ha visto, tanto la concepción psicológica como la valorativa conducen, para el caso de que el autor sea descubierto y se vea obligado a tener en cuenta su detención, a la aceptación de un desistimiento involuntario. Por el contrario se trata de voluntariedad según ambas concepciones, en los casos de desistimiento por arrepentimiento, vergüenza, o en los supuestos irracionales de miedo inminente a la detención. Que sin embargo a menudo distintos resultados se encuentren unidos a distintas concepciones, se mostrará mediante tres decisiones fundamentales de la Jurisprudencia. Al mismo tiempo se aclara

(21) WALTER (nota 9), pp. 66, 70 y ss.

(22) WALTER (nota 9), pp. 70 y ss.

(23) WALTER (nota 9) p. 43 y *passim*.

(24) SCHÄFER, *Die Privilegierung des «freiwillig-positiven» Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat*, 1992, p. 55.

rará, que ambas teorías presentan puntos débiles, que subrayan la exigencia de una concepción intermedia en la afirmación de la voluntad.

1. Un caso del BGH del año 1955 (25) ilustra a continuación las distintas consecuencias de ambos criterios. Dicho caso se tiene como base el hecho de que el acusado tiró a una mujer al suelo para violarla. Cuando la atacada se encontraba debajo del agresor, no se defendió, esperando ganar tiempo, con el fin de poder solicitar ayuda de algún peatón que eventualmente por allí circulara. Le pidió al agresor «que no lo intentara violentamente», sino que se relajaran un poco. Así si él «quisiera continuar con la relación», ella estaría preparada. Entonces el acusado desistió y ambos se incorporaron. Cuando momentos después llegaron dos peatones, gritó pidiendo ayuda, ante lo cual huyó el autor. El Tribunal del Land condenó en base a este hecho por tentativa de violación. Además apreció en el comportamiento del acusado un desistimiento involuntario de la tentativa de violación, ya que «la perspectiva segura..., de un modo más agradable de alcanzar su objetivo sin temor a una condena penal, era un motivo de tal envergadura para la construcción de su voluntad, que para el autor no entraba en absoluto de manera sensata en consideración una elección libre». El BGH casó la sentencia sobre la base de la concepción psicológica. El Tribunal puso especial énfasis en que únicamente era decisiva la pregunta de si el autor todavía «se mantenía como dueño de su decisión y veía como posible la ejecución de su plan delictivo, por tanto ni estaba impedido por una circunstancia externa, ni era incapaz por una presión psíquica de llevar a cabo el hecho». De esta manera, la perspectiva de la posterior entrega voluntaria anteriormente prometida, no habría constituido razón psicológica obligatoria alguna para desistir de la inmediata violación, tratándose de un desistimiento voluntario, siempre que el autor desistiera de la consecución total y definitivamente (26).

Las concepciones valorativas del desistimiento alcanzan en el caso expuesto, el rechazo a un desistimiento voluntario, ya que el autor reingresa en la legalidad de manera no honorable. Entonces si el autor sólo se abstiene del intento de violación porque puede alcanzar su objetivo de manera más cómoda y sin riesgo, no se debe ver como un mérito que deba ser recompensado con la impunidad (27).

(25) BGHSt. 7, p. 296.

(26) BGHSt. 7, p. 297. El BGH perdió la determinación correspondiente al juez de instrucción, ya que no era excluible/justificable que el acusado continuara reservándose la obtención coactiva prevista del acceso sexual.

(27) Así expresamente ROXIN, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum AT*, Caso 60, p. 192, respuesta 1; el mismo, *Festschrift für Heintz*, 1972, p. 256; el mismo, *ZStW 77* (1965), pp. 67 y ss.

Observando los distintos resultados, un fundamento valorativo de las circunstancias parece ser más justo. Resulta llamativo, que la teoría valorativa se agota en consideraciones de Justicia y no nombra la verdadera razón para la falta de honorabilidad del desistimiento. En especial, no se centra aquí en el aspecto de la sensatez. Para la cuestión, este hallazgo no supondría tampoco ninguna ventaja en relación al conocimiento, porque no puede ser constatado cómo se comporta un violador sensato en una situación concreta. Resulta más fácil en principio negar que, desde el criterio del violador, fuera razonable consentir en las tácticas de demora de la víctima. La teoría de las normas de la lógica del delincuente no alcanza en este caso el juicio de involuntariedad por ella preferido.

2. Un interesante ejemplo de las diferentes consecuencias de ambos criterios se observa también en la sentencia del BGH del año 1988 (28). Según ella el acusado trató de matar a M, porque desaprobaba las relaciones que éste mantenía con su ex esposa B. Después de que M fuera herido de gravedad por puñaladas realizadas con un cuchillo de carne, desistió el acusado en la culminación de su acción, porque mientras tanto apareció B en el lugar de los hechos, cuya muerte era preferente para él. Se giró hacia B y la mató mediante 17 puñaladas en el torso. Sólo entonces se volvió hacia M que se encontraba acurrucado en el suelo, sin abalanzarse más sobre él. Respecto de la víctima M, admitió el BGH en el comportamiento del acusado, un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio. El BGH llegó, bajo el recurso de su estricto criterio psicológico, a la conclusión de que el acusado en el momento del desistimiento había sido todavía «dueño de su decisión» y había tenido por posible la realización de su plan delictivo, por lo que ni estaba impedido por una circunstancia externa, ni era incapaz por una presión psíquica de llevar a cabo el hecho sobre M (29). Su renuncia aparece como el resultado de una ponderación sensata. Tampoco el motivo del desistimiento necesita, según la jurisprudencia actual del BGH, ser admisible desde criterios morales. En especial no se opone a la admisión de un desistimiento voluntario, el que el autor haya abandonado la realización de su plan. Más bien es suficiente si, respecto al hecho individual en sentido jurídico-material, abandona del todo y definitivamente la consumación de su determinación posteriormente juzgada (30). Dudando evidentemente de su propia decisión, agrega a propósito el BGH, que una

(28) BGHSt. 35, p. 184.

(29) BGHSt. 35, p. 186; cfr. al respecto MAIWALD, *Gedächtnisschrift für Zipf*, 1999, p. 255.

(30) BGHSt. 34, p. 186, con referencia a BGHSt. 33, p. 142, pp. 144 y ss.

interpretación valorativa del elemento volitivo posiblemente sería más justa con el fundamento del § 24 StGB, aunque sería incompatible con la literalidad de la norma (31).

La Sentencia ha encontrado simultáneamente la aprobación (32) y el rechazo (33) de la doctrina. Roxin (34) ha opuesto al fallo, que en contra del criterio del BGH es lingüísticamente posible, en un caso como el precedente, calificar el desistimiento como involuntario sobre una base valorativa. Así, según Roxin, se diría el autor: «por las buenas o por las malas debía definitivamente renunciar al asesinato casi completado de M, porque de otro modo habría dejado pasar el asesinato, para mí más importante, de mi ex mujer». Llamar involuntaria a una renuncia bajo la presión de tal relación, no infringe ninguna norma del lenguaje coloquial. El plan, continúa Roxin, conduce a posibilitar el asesinato de M y de la ex esposa, a cuyo efecto el homicidio de la mujer alcanzaba un grado preferente. En el marco de este objetivo se comportó el autor según el plan (razonablemente) y llevó a cabo su intención tan lejos como le fue posible.

Herzberg (35) por su parte confeccionó como ejemplo de un desistimiento voluntario, el caso en el que un ladrón renuncia a su intento de robo, porque le seduce más seguir en secreto a una muchacha para violarla en un lugar aislado. El caso pareció demostrar de hecho, que el simple traslado a otro objetivo no supone ninguna razón para la admisión de un desistimiento involuntario del hecho concreto intentado. En efecto admite Roxin (36) que en este caso subyace un desistimiento voluntario porque, desde el criterio del oficio de ladrón, es irrazonable dejarse apartar de un intento de robo posiblemente exitoso por una segunda intención de carácter sexual. Lo que Roxin dice aquí, es con seguridad correcto, pero demuestra en su desarrollo, que la teoría de las normas de la lógica del delincuente necesita de un plan delictivo, en el que se pueda medir la razonabilidad del desistimiento. Donde falta semejante plan inicial, se encuentra, por el contrario, en dificultades. Preguntado en relación al ejemplo: ¿habría sido voluntario el desistimiento en el caso BGH St. 35, 184, si el autor sin un plan originario, hubiera llegado de repente a la idea de que el asesinato de su ex-mujer tenía preferencia para él? Las explicaciones de Roxin pa-

(31) BGHSt. 35, p. 186, con referencia a LACKNER, StGB, § 24 párr. 18.

(32) Cfr., por ejemplo, LACKNER, NStZ 1988, p. 405; LAMPE, JuS 1989, p. 610.

(33) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, JZ 1988, p. 519; BLOY, JR 1989, p. 70; ROXIN (nota 27), p. 194.

(34) ROXIN (nota 33).

(35) HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 353.

(36) ROXIN (nota 33).

recen conducir a una respuesta afirmativa de esta pregunta, porque del mismo modo, la muerte de B es frente a la muerte de M otro hecho en sentido jurídico-material como la violación frente al robo en el ejemplo construido por Herzberg. Aquí se demuestra un punto débil de la teoría de la lógica de las normas del delincuente, que por ahora no ha sido tenido en cuenta en la discusión. La razonabilidad sólo puede ser confirmada tras el plan delictivo, con lo que la misma incluye de manera natural disposiciones en la apreciación, que no tienen nada que ver con el hecho concreto. Para un autor, para el que el plan abarcara tratar bien a la víctima en el caso de que ésta llorase (37), y que por esta razón renuncia a continuar con la realización del hecho, este motivo podría ser considerado como un desistimiento involuntario. Entonces este autor también se comporta en el marco de su objetivo según lo planeado. Se demuestra en este caso que sólo la equiparación entre lo planeado y lo involuntario puede perjudicar al autor, ya que éste lo había planeado de manera previsible, aunque el motivo de su desistimiento pudiera ser el mismo que en el caso del autor que actúa sin plan concreto (38).

3. Paradigmática para la distinción entre las afirmaciones de la voluntad psicológicas y valorativas es por último la Sentencia del BGH de 10-5-1994 (39), que se basa en el siguiente caso: el acusado estaba a punto de acuchillar a su esposa con ánimo de matarla, cuando de repente sus dos hijos, que se habían despertado a consecuencia de la pelea, entraron en la habitación. El acusado cesó en su acción sobre su mujer, ya que no quería ejecutar ese acto frente a sus hijos, no pudiendo hacerlo ni emocional ni psíquicamente, y tapó con una manta el cuerpo ensangrentado de la víctima que yacía sobre el suelo, con el fin de que los niños no pudieran reconocer su terrible proceder sobre su madre. Entonces empujó a sus hijos, que estaban asustados y gritaban llamando a su madre, hacia el pasillo. Poco después apareció el hermano del acusado, por lo que no le fue posible la continuación del curso de su hecho.

El BGH negó aquí un desistimiento impune del intento de asesinato (40). El acusado no se encontraba, por la repentina aparición de sus hijos y por razones emocionales, en situación de continuar su acción frente a los mismos. Estas razones emocionales habrían teni-

(37) Así, por ejemplo, en el caso LG ARNSBERG, NJW 1979, p. 1420.

(38) Conf. al respecto, bajo el aspecto de la reserva del desistimiento JÄGER, NSTZ 2000, pp. 415 y ss.

(39) BGH NSTZ 1994, p. 428. Conf. además JÄGER (nota 3) pp. 10 y ss.; ROXIN (nota 33).

(40) De acuerdo ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 24 párr. 57; WESSELS/BEULKE, *Allg. Teil*, párr. 652.

do para el acusado la consecuencia de una inhibición interior, irresistible y forzosa, que habría imposibilitado la ulterior comisión del hecho. Para el enjuiciamiento de la voluntariedad del desistimiento era únicamente decisivo, que la conmoción psicológica, que la aparición de los hijos del acusado habría causado, persistiera y le hubiera imposibilitado, en ese corto período de tiempo, consumir el hecho.

La sentencia muestra con claridad la arbitrariedad del criterio psicológico, porque si el autor se conmueve y no se encuentra emocionalmente en condiciones de llevar a cabo su acción, entonces el BGH, sobre la base de su criterio psicológico, no duda de la voluntariedad del desistimiento. En una decisión anterior, el BGH había admitido que existe voluntariedad, cuando a la vista de la víctima bañada en sangre, toma conciencia el autor de las consecuencias de su acto, y ni puede ni quiere continuar (41). Es contradictorio con esta sentencia que en el presente caso, en el cual el autor tuvo compasión por los hijos y por lo tanto fue incapaz emocionalmente de continuar el hecho, el resultado tenga que ser distinto. Hay que tener en cuenta en este desarrollo, que según la jurisprudencia constante del BGH, la aceptación de la voluntariedad no se opone, a que el autor fuera convencido por la víctima o por un tercero de renunciar a su acción (42). Si en el caso inicial, en el cual no se necesitó en ningún momento la habilidad para convencer de un tercero, sino que la simple aparición de los niños le llevó a desistir, se admitía la involuntariedad, entonces se trataría de una contradicción de la teoría psicológica a la que se le reprocharía, con razón, la arbitrariedad, porque desemboca en el resultado, que el autor ciertamente provoca el desistimiento por motivos propios, pero respecto a la posterior consecución, no cabe el que haya sido frenado emocionalmente. Esto conduce a distinciones absurdas, ya que en una aplicación consecuente, la intensidad de la compasión es decisiva, con relación a la punibilidad y a la impunidad, para negar un desistimiento voluntario en el caso del autor que se deja vencer por dicha compasión. Prescindiendo de la inaplicabilidad de tal distinción, no puede ésta corresponder con el sentido del §24 StGB. Decisivo puede ser más bien, sólo el tipo del motivo que ha conducido al autor hacia el desistimiento, no por contra su intensidad gradual (43).

(41) Cfr. BGH por Dallinger MDR 1952, p. 531.

(42) Cfr. BGHSt. 21, p. 321, BGH NSTZ 1988, p. 69 con otras referencias.

(43) Con razón insiste ROXIN (nota 33), pp. 194 y ss., en sentido contrario: «cuanto menos pudiera él (scil. el autor) antes conseguiría la impunidad; cfr. también FREUND, *Allg. Teil*, § 9, párr. 59, así como KÖHLER, *Allg. Teil*, p. 481, para el que lo decisivo es, si aquello que aparece como obligación psíquica o incluso incapacidad física, puede tener como base una correcta orientación normativa».

Si se observa el caso desde la teoría de las normas de la lógica del delincuente, entonces llama la atención, que con su ayuda tampoco puede alcanzarse ningún resultado inequívoco, porque según la misma debe depender el juicio de voluntariedad de si el autor había contado con la aparición de sus hijos y para este caso había concebido de antemano la posibilidad del desistimiento. Con la aparición repentina y no prevista, se califica su tarea como irrazonable y por ello voluntaria (44). Por el contrario, se trataría con seguridad de un desistimiento razonable, por ser conforme al plan, si el autor desde el principio y bajo toda circunstancia quisiera ahorrar a sus hijos la visión del asesinato. Que con esta distinción se asocia una gran inseguridad jurídica, se ha indicado más arriba. Prescindiendo de esto, se puede dudar sobre la cuestión de si la tarea del asesinato de la esposa puede ser calificada en absoluto como irrazonable con la aparición de los hijos, porque que un padre quiera ahorrar la visión de la muerte de la madre a éstos, podría básicamente corresponderse con la responsabilidad y el plan paterno (45).

IV. DESARROLLO PROPIO: SOLUCIÓN FÁCTICO-VALORATIVA SOBRE LA BASE DEL PENSAMIENTO AUTÓNOMO DE LA AUTORÍA

El concepto de la voluntad propuesto a continuación se basa en la consideración de que el § 24 StGB contiene junto al elemento de la voluntad, un elemento subjetivo de imputación (46). Junto a esto es absolutamente adecuado calificar el elemento volitivo como un elemento cualificado, subjetivo de imputación (47), porque la voluntad para la retractación no es suficiente, sino que se exige que ésta también se forme libremente. Con esto se hace evidente, completar el criterio de la voluntad con principios que, en el marco de la teoría de la autoría mediata bajo el aspecto de la autonomía, son de siempre reconocidos. Así como se plantea la pregunta en la autoría mediata, de si el autor indujo a la perpetración del hecho a través de razones excluyentes de la autonomía, así debe ser comprobado en el desistimiento de manera correspondiente, si un tercero decidió por el autor que desiste y con ello fue movido involuntariamente hacia la vuelta

(44) Así, en el resultado, ROXIN (nota 33), pp. 194 y ss.

(45) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 102.

(46) Cfr. además JAKOBS, *Allg. Teil*, pp. 26/30 y ss.

(47) Cfr. HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352.

atrás (48). Si se califica correctamente el desistimiento como una retractación del peligro y de esta manera como el polo opuesto a la consumación del hecho (49), así se impone incluso la correspondiente aplicación aquí propuesta. Visto de otro modo: así como un autor puede ser inducido hacia una comisión o una omisión por circunstancias excluyentes de la autonomía, entonces puede llegar a estar dispuesto a la omisión de la consumación o a la evitación de la misma por circunstancias semejantes (50).

Desde el principio, sin embargo, debe tenerse claro, que una transmisión de los principios de la autoría debe atender las peculiaridades del desistimiento. Mientras en la autoría mediata se trata exclusivamente de si a un tercero le es imputable la responsabilidad por un suceso, se plantea la pregunta en el desistimiento, sobre si al que desiste se le puede imputar su abandono como un comportamiento voluntario. El motivo del desistimiento no debe ser causado por un tercero, sino que puede proceder del propio autor. En tanto en cuanto no participe ningún tercero en el suceso del desistimiento, entra en consideración un traslado valorativo de los principios de la autoría (51), en la medida que se trata en el concepto volitivo aquí propuesto de una consideración fáctico-valorativa, porque no se vincula de manera necesaria al dominio de un tercero, sino que traslada el principio de responsabilidad a la propia imputación. El criterio aquí propuesto discurre en cierto modo entre apreciaciones psicológicas y valorativas e intenta, de este modo, por un lado unir sus méritos y por otro evitar sus desventajas.

1. Exclusión de la voluntariedad a causa de amenazas (§ 35 StGB)

Observando los comentarios anteriores, llama la atención que ni las teorías psicológicas ni las valorativas se encuentran en situación de indicar claramente los límites del desistimiento cuando éste suce-

(48) Cfr. JÄGER (nota 3) p. 99.

(49) Así JÄGER (nota 3) pp. 62 y ss.; el mismo, NSTz 1998, p. 161.

(50) § 24 StGB contiene junto a los elementos de la renuncia y de la evitación la cuestión según alternativas de omisión y de consumación. Se presenta aquí con total claridad la idea de retractación, que se muestra en un traslado de los fundamentos de la autoría indicados.

(51) Cuando por primera vez en el año 1996 emprendí el intento de trasladar los presupuestos de la autoría al elemento volitivo del desistimiento (cfr. JÄGER [nota 3], pp. 98 y ss.), tuve demasiado poco en cuenta este aspecto. Esto se recuperará en lo sucesivo.

de por razones cuya intensidad legítima deducir la involuntariedad. Cuando la teoría de las normas de la lógica del delincuente se centra en que un desistimiento razonable genera involuntariedad, entonces permanece abierto qué medida se aplicaría en el juicio de razonabilidad. Esto sirve en especial cuando el autor se enfrenta con cambios repentinos en la ejecución del hecho. Si B amenaza a A con rayar su coche, si no cumple con su intención de matar a X (52), entonces seguramente se trata de una presión externa, a pesar de lo cual, esta admisión aparentemente ventajosa de voluntad no puede ser razonada a través de consideraciones de la sensatez, sino que resulta de la aplicación de los principios formulados en el § 35 StGB (53). Ciertamente se podría afirmar, que la renuncia a la ejecución de un homicidio por la integridad de un automóvil es irrazonable. Sin embargo se incurre aquí en un plano argumentativo extra legal, que no permite resultados unívocos. Entonces si B amenaza a A con matar a su hermano si no cesa en su intención de asesinar a X, y A cede ante dicha presión, así, bajo la consideración de la valoración contenida en el § 35 StGB, la admisión de la involuntariedad estaría totalmente justificada frente al caso que se acaba de describir. De otro modo se valoraría por contra el caso, si B amenazara a A con la muerte de un tercero y A, a consecuencia de ello cediera en su propio propósito de matar. Que en tal caso corresponda a A voluntariedad, es una obligación legal y también razonable político-criminalmente, porque el autor que renuncia a su intención de matar a una determinada persona, en aras de la vida de un tercero desconocido, demuestra que no sitúa a cualquier precio sus propios intereses por encima de los intereses ajenos. Bajo la consideración de estos límites hay que valorar el caso BGH NSTZ 1994, 428 arriba descrito. En él se encontraba el autor a punto de acuchillar con ánimo de matar a su esposa, cuando de repente, entraron sus hijos en la habitación, frente a cuyos ojos no se encontraba en situación de continuar con su acción. Tampoco aquí los hijos ejercieron de manera alguna, a través de la llamada a su madre, presión coercitiva comparable con el § 35 StGB, sobre el acusado. Por tanto, su com-

(52) Así en efecto la circunstancia que fundamenta la sentencia BGH NJW 1992, 516.

(53) Por el contrario se admitirá involuntariedad para el caso de que un ladrón renuncia al robo para apagar el fuego que se ha producido en su casa (otra opinión VOGLER, en: LK, § 24, párr. 103, y antiguamente yo mismo, cfr. Jäger [nota 3], p. 100). Ciertamente no se incluye el bien jurídico amenazado (propiedad) en el § 35 StGB. Sin embargo se podrá referir a la idea de este precepto también en los casos de amenazas existenciales del tipo de las presentadas (cfr. tal posibilidad en el sentido de la consumación del delito JAKOBS, *Allg. Teil*, 20/9; en contra en lo fundamental ROXIN, *Allg. Teil*, § 22 párr. 23).

portamiento es calificable como voluntario, porque su voluntad de desistir se formó libremente en sentido jurídico. Sin embargo, en los casos en los que un motivo justifica la voluntariedad, el resultado sobre la intensidad del móvil no puede entrar de nuevo en consideración. Que el autor no pueda continuar con el hecho a la vista de sus hijos, es por tanto, en efecto honorable por razones de derecho y no por razones de sensatez. La diferencia no se presenta por tanto como obligación de la razonabilidad, sino como obligación de la ley, que muestra clara y unívocamente los límites del comportamiento libre y responsable establecidos en el § 35 StGB (54).

Corresponde analizar el caso BGHSt. 35, 186, en el que el autor abandona la consecución de su ya casi consumado asesinato de la víctima, porque de otra manera habría dejado pasar a su ex esposa cuyo asesinato era para él más importante. El motivo que conduce al autor a esta renuncia, no presenta ninguna presión coercitiva comparable al § 35 StGB y no tiene el efecto excluyente de la voluntad. Este resultado no es, frente a la opinión mayoritaria, insatisfactorio, ya que sólo es decisivo si le es imputable al autor el peligro a la vista del objeto concreto del hecho, es decir, desistir sin influencia jurídicamente relevante. Esto es aplicable al caso expuesto con mayor razón, cuando el autor después de haberse dedicado al asesinato preferente de su ex esposa, se volvió hacia M y no se volvió a abalanzar sobre él. Este aspecto fue lamentablemente obviado por la doctrina. Por lo menos, este hecho da motivo para la reflexión, sobre si el desistimiento fue involuntario posiblemente a causa de la pérdida del sentido de la acción (55), porque tras el asesinato de su ex esposa ya no tenía sentido la muerte de M, ya que se trataba para el autor, de impedir futuros contactos entre su ex esposa y M. Había alcanzado este objetivo (atípico) a través de la muerte de su ex esposa, por lo que acciones posteriores contra M carecían de sentido. El BGH tendría que haberse dedicado por tanto a la pregunta sobre las razones del autor de no continuar posteriormente su acción sobre M a pesar de que le era posible.

Aparte de eso deja claro el § 35 StGB, que el hecho, de que un desistimiento suceda para evitar la detención por la policía o por un

(54) HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352, aboga igualmente por una aplicación del § 35 StGB en el aspecto del desistimiento de la tentativa, por lo demás sin aplicar los fundamentos de la autoría mediata. Con razón significa para él (*op. loc. cit.*): «No se imputa... a un coaccionado un hecho delictivo... a causa de falta de libertad, entonces es contradictorio tener en cuenta para él como voluntaria la renuncia al delito obtenida mediante extorsión por los mismos medios», ya que «la solución a cuestiones jurídicas debe seguir reglas jurídicas...».

(55) Más detallado respecto a la posible admisión de involuntariedad a causa de pérdida del sentido de la acción, *vid supra*, pp. 22 y ss.

tercero o para evitar un altercado corporal, justifica la admisión de involuntariedad, ya que tanto la libertad como la integridad corporal de la víctima pertenecen a las llamadas circunstancias excluyentes de la autonomía. Si bien parte la opinión dominante de que las actitudes de rechazo para evitar las privaciones de libertad justificadas, como la detención policial por sospechas fundadas, no son exculpantes según el § 35 StGB, pero de esto no depende el desistimiento, porque no se trata en ese caso de una excusa, que se pueda negar realmente a causa de la falta de una lesión desproporcionada al bien jurídico (56). En el desistimiento antes bien, no es de ningún modo reconocible la injerencia de un bien, ya que allí se trata solamente de una retractación del peligro. Es por tanto únicamente decisiva la presión experimentada por el autor sobre el bien jurídico libertad (57). Distinto sería el caso cuando el autor desiste a la vista de una detención inminente y por ello hiere a un policía. Esta lesión no parece ser exculpada por el § 35 StGB, a causa de la falta de peso del bien jurídico libertad que se ve amenazado, siendo esta amenaza de todo punto legítima.

La peculiaridad del desistimiento conlleva finalmente, que el autor pueda encontrarse en una situación que ejerza sobre él una presión coercitiva comparable con la del § 35 StGB, sin que sea inducido de manera activa por un tercero hacia la retractación. Por eso se admite involuntariedad en el caso (58), en el que aquel que pone una bomba observa poco antes de la detonación de la carga, que sus padres se encuentran en la habitación, por lo que desiste. Entonces el § 35 StGB hace evidente, que un comportamiento, que sirve para la evitación de un peligro para la vida de un familiar cercano, se califica como no libre en sentido jurídico. Los criterios de la sensatez no conducen por el contrario más allá. Ciertamente aquel que pone una bomba no es sin más un parricida; pero si se piensa en un autor cegado por el fanatismo, se vuelve a relativizar esta estimación.

2. Exclusión de la voluntariedad a causa de inimputabilidad del autor al momento del desistimiento

La opinión dominante parte de que un desistimiento es también entonces calificable como voluntario cuando sucede en circunstancias de inimputabilidad. Se basa en lo fundamental en que para el

(56) Cfr. más detallado ROXIN, *Allg. Teil*, I, § 22 párr. 27, 29, 42.

(57) En mi trabajo *Der Rücktritt von Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr* 1996, p. 103 con nota al pie 456, no he tenido suficientemente en cuenta este aspecto.

(58) Ejemplo de HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352.

mismo debe ser suficiente un dolo natural, porque de lo contrario se desprendería una exculpación necesaria político-jurídicamente del autor (59). En contra, ha objetado Jakobs (60) que un comportamiento desistivo irresponsable no puede ser desde el principio una aportación voluntaria del autor.

Podría ser correcto un criterio que representara un término medio. Si un autor renuncia a su plan delictivo y por ello respeta el bien jurídico, se puede afirmar *–in dubio pro reo–* su accesibilidad normativa y consecuentemente debe rechazarse la inimputabilidad en el momento del desistimiento (porque entonces se impone escrúpulos morales antes de la perpetración del hecho, y no se exige más para el desistimiento). Aquí se muestra nuevamente la peculiaridad del desistimiento como retractación del peligro, que puede dar motivo para excluir la inimputabilidad. Así como en la comisión del hecho, en caso de duda, debe aceptarse inimputabilidad para el acusado, en el desistimiento es admisible, también en caso de duda, imputabilidad (61). Un desistimiento en condiciones de embriaguez indica por tanto fundamentalmente la imputabilidad en el sentido de la accesibilidad normativa, directamente porque el autor retorna, por sí mismo, a la legalidad (62). La opinión dominante alcanza aquí un resultado correcto con un razonamiento erróneo. Si el desistimiento sucede, por el contrario, por razones de inimputabilidad, no es comprensible porque pudiera serle imputado al autor como voluntario. Entonces en este caso, como afirma Jakobs (63) con razón, el comportamiento desistivo *per definitionem* irresponsable del inimputable no es una aportación voluntaria del autor. Por ejemplo, un brutal asesino, que de repente en un ataque esquizofrénico demuestra su segunda personalidad apacible y desiste de la acción no se merece impunidad, puesto que una voluntad de desistir natural que no se hubiera formado libremente no es suficiente para una despenalización según la intención del legislador.

(59) Cfr. junto a BGHSt. 23, 356 de la literatura a HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 417 y ss.; NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, p. 39; RANFT, MDR 1972, 737; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 24 párr. 26; ROXIN, *Allg. Teil*, § 20 párr. 63.

(60) JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/68; conf. también HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, pp. 352 y ss.; diferente GEILEN, JuS 1972, 74 y ss.

(61) El planteamiento aquí representado puede conducir, en su resultado a que el principio *in dubio pro reo* favorezca al autor en un doble sentido: se puede admitir a su favor en la consumación del delito inimputabilidad y en el desistimiento imputabilidad. Tal aplicación contradictoria del mencionado principio no es sin embargo insólito.

(62) Diferente JÄGER (nota 3), pp. 105 y ss.

(63) JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/68.

3. Exclusión de la voluntariedad a causa de error

En el marco de la teoría de la autoría se reconoce que también ciertos errores son apropiados para fundamentar una exclusión de la autonomía. Si se traslada este reconocimiento al ámbito del desistimiento, surgen también soluciones lógicas.

a) *Exclusión de la voluntariedad por error sobre la posterior viabilidad*

La producción de un error de tipo es en la teoría de la autoría fundamento suficiente para la aceptación de la falta de autonomía en el hombre de delante. Quien mueve al instrumento a perpetrar un hecho, mientras simula circunstancias que excluirían la posibilidad de una consumación del tipo, es por tanto directamente autor mediato, porque el comportamiento del hombre de delante no se basa en una decisión autónoma. En consecuencia actúa sin libertad aquel que sólo desiste porque tenía por excluida, erróneamente, la consumación del tipo. Éste es el caso si el autor parte de manera errónea de que no tiene más balas en su revólver y por ello baja el arma, porque como en el caso, la consumación del tipo sucede sobre una falsa fundamentación del hecho, así en un supuesto de desistimiento la retractación del peligro estriba en un desconocimiento de las circunstancias y no se basa en una estimación realista de todas las circunstancias correspondientes a favor y en contra de la realización del hecho. De esta manera como el autor actúa sin dolo típico, entonces actúa quien desiste sin dolo de desistir y por tanto involuntariamente. Por supuesto en los casos de tentativa malograda, en los cuales el autor tiene por excluida erróneamente la posibilidad de consecución del hecho, la opinión mayoritaria parte de que un desistimiento es inalcanzable desde el principio, por lo que en estos casos no debe depender más de una prueba de voluntad. Esto es, sin embargo, criticable. Si se advierte pues, en el desistimiento una retractación voluntaria del peligro, entonces contiene el § 24 StGB elementos objetivos y subjetivos en el sentido de que esta retractación del peligro es determinable objetivamente y se agregan eventuales errores del elemento volitivo. Cuando la opinión mayoritaria argumenta frente a esto que sólo se puede abandonar lo que se considera susceptible de continuación, entonces es ésta una afirmación que otorga un tono subjetivo al tipo objetivo del desistimiento (abandono), que evidentemente no le corresponde a la vista del elemento volitivo para ello previsto. Cree el autor tras cinco disparos inútiles contra la víctima que no tiene más balas en la recámara, mientras de hecho podía disparar una vez más, entonces la

bajada del arma significa objetivamente un abandono, porque todo tercero espectador podría preguntarse la razón por la cual el autor renunció a los posibles daños, a pesar de que todavía contaba con una bala en la recámara. Y el autor mismo se llevaría las manos a la cabeza y diría: «¡Si no hubiera abandonado tan pronto y hubiera intentado por lo menos disparar otra vez!» (64). Que el concepto de la renuncia no tiene en absoluto el matiz subjetivo afirmado por la opinión mayoritaria, se demuestra en el siguiente ejemplo: A se había parapetado en una casa fuertemente armado. La policía amenazó con el lanzamiento de gas lacrimógeno. Si el autor no viera ninguna oportunidad para sí y se entregara, nadie dudaría, que ha abandonado, a pesar de que él no considerara susceptible de continuación la resistencia.

Con ello queda claro que una interpretación de los elementos de la renuncia según el sentido literal de las palabras no ayuda; porque incluso si el autor baja el arma, debido a que considera equivocadamente, que no tiene ninguna bala más en el revólver, semánticamente no supone nada en contra, afirmar que el autor había abandonado erróneamente (65). Antes bien es decisiva, finalmente, la interpretación teleológica de la ley, según la cual en los casos de peligro real y vigente tiene lugar una retractación del peligro objetiva (66). Recientemente ha calificado Küper (67) de propuesta notable el sistema desarrollado por mí en el año 1996 (68), según el cual las exigencias del desistimiento se determinan por el estadio del peligro y no ya a través del estadio de la tentativa. Observa sin embargo, un «antiguo escollo» en este nuevo sistema, consistente en que el autor de la tentativa, que subjetivamente parte de una situación todavía insuficiente para la realización del resultado, debería evitar entonces el mismo, si objetivamente hubiera creado un peligro para un bien jurídico, que sin embargo no se completa en el resultado (por ejemplo, a causa de la evitación del resultado por un tercero). El porqué debe hallarse aquí un escollo en mi desarrollo, no es fácil de descubrir, porque si el autor realmente ha producido un peligro objetivo para la víctima, no puede beneficiarle el quedarse inactivo y que la víctima sea salvada

(64) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 70.

(65) Con razón reconoce GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 79, que según el uso generalizado del lenguaje también el conocimiento de la no accesibilidad puede conducir al desistimiento: el deportista desiste porque no tiene más fuerzas, el ajedrecista, porque no ve ninguna posibilidad más de ganar. Presumiblemente (así GROPP, *op. loc. cit.*) tiene lugar predominantemente una renuncia incluso en situaciones desesperadas.

(66) Detalladamente JÄGER (nota 3), pp. 66 y ss.

(67) KÜPER, *ZStW* 112 (2000), p. 2 nota al pie 6.

(68) JÄGER (nota 3), pp. 89 y ss.

por la intervención casual de un tercero. Se puede exigir antes bien, que el autor en tales casos se ocupe del salvamento de la víctima, a cuyo efecto sin embargo, basta un esfuerzo para la evitación del resultado, si la intervención de un tercero le arrebatara la posibilidad de salvación (69). La exigencia de que en caso de verdadera amenaza tenga que suceder fundamentalmente una retractación del peligro objetiva, no se desvirtúa de esta manera por la objeción de Küper. Es decisivo para el presente tema, que el motivo que provoca esta retractación objetiva, se agregue al elemento volitivo. ¿Por qué debería aquél, que desconoce que se retracta de un peligro, ser tratado de manera diferente, al que no sabe que realiza un tipo penal? Así como le falta al autor en tal caso el dolo de realización del tipo, entonces le falta al que desiste la voluntad de retractación y con ello el elemento volitivo componente del elemento de la voluntariedad.

b) Exclusión de la voluntariedad a causa de error sobre los presupuestos del § 35 StGB

El § 35 párrafo 2 StGB evidencia que un comportamiento tampoco puede ser clasificado como autónomo si el autor en su actuar considera erróneamente los presupuestos de un estado de necesidad exculpante. En la práctica no se dan muy a menudo semejantes casos en el ámbito del desistimiento. Sin embargo, este tipo de casos son posibles, como demuestra un ejemplo de Dornseifer (70). A quiere matar a su esposa F para lo que agrega veneno al café que se ocupa de preparar cada mañana. Cuando a la mañana siguiente entra en la cocina, ve A cómo su querida hija toma en ese momento un resto de café de la taza de F. En la idea de haber envenado también a su hija, llama A inmediatamente al médico de urgencias, a pesar de saber que esto también ayudaría a su mujer. Cuando llega el médico, no puede comprobar ningún síntoma de envenenamiento, porque F había abierto un nuevo paquete de café. Si Dornseifer (71) admite aquí un desistimiento involuntario porque el autor a causa de falta de mérito propio no lo ejercita de manera fiel a derecho, entonces se mantiene su planteamiento de la solución débil e improductivo, porque el punto de vista decisivo no es en absoluto accesible. Esto puede verse en que el autor había considerado erróneamente un peligro para su hija, que ejercía una presión coercitiva en el sentido del § 35 párrafo 1 StGB. Teniendo en cuenta el desarrollo jurídico contenido en el § 35 párrafo 2 StGB,

(69) JÄGER (nota 3), p. 91.

(70) DORNSEIFER, JuS 1982, 761.

(71) DORNSEIFER, JuS 1982, 762.

no puede clasificarse por tanto el comportamiento desistivo respecto a su esposa como voluntario.

4. Exclusión de la voluntariedad a causa de pérdida del sentido de la acción

En la autoría mediata se reconoce, que también determinados errores sobre el sentido de la acción pueden producir responsabilidad a causa de conocimiento superior en la persona del hombre de atrás. Aquí yace la idea que ciertos déficit de conocimiento en el ejecutor son adecuados para fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás. Si bien también tiene en semejantes casos el ejecutor la responsabilidad sobre el hecho, sin embargo le falta sobre la comprensión dirigida hacia el objeto, o hacia el bien jurídico, en la dimensión del injusto. Actúa libremente sólo respecto de la dimensión del injusto conocida por él, mientras que en lo restante y desde una observación valorativa se califica como no libre. Si se traslada esta idea al desistimiento, se deberá excluir también la voluntariedad cuando para el que desiste la acción pierde sentido. Del mismo modo el autor actúa, porque el hecho tiene sentido para él en función del error, entonces se retracta el que desiste, ya que el hecho en razón del nuevo conocimiento (ya) no tiene sentido. La solución aquí propuesta significa, ciertamente como la teoría de la lógica de las normas del delincuente, una normativización, a pesar de que encuentra este fundamento en la teoría de la autoría y posibilita, a través de su remisión al componente dirigido al objeto, o al bien jurídico, resultados inequívocos. Porque se trata, al contrario que en la teoría de la lógica de las normas del delincuente, de una normativización que reafirma la ley. Posteriormente una simple pérdida del sentido dirigida a la modalidad de ejecución, como la representada precedentemente en IV.1, puede producir entonces involuntariedad, si la modificación de las circunstancias externas ejercen sobre el autor una presión coercitiva, que se corresponde con la del § 35 StGB. Una pérdida del sentido dirigida al objeto, o al bien jurídico, siempre significa, por contra, para el autor una pérdida de la causa del hecho, de manera que no tiene lugar la estimación entre las circunstancias correspondientes a los pros y los contras de la continuación del hecho. La teoría de la autoría, confirma por tanto la valoración de que únicamente el sentido de la acción dirigido al objeto, o al bien jurídico puede ser decisiva, más allá de los presupuestos contenidos en el § 35 StGB; que cada pérdida del sentido de la acción dirigida al objeto, o al bien jurídico, conduce a una exclusión de la voluntariedad, es por contra una peculiaridad del

desistimiento. Aquí se demuestra, que con el presente planteamiento de la solución no se debe hablar de una aplicación a ciegas de la teoría de la autoría, sino que siempre las singularidades del desistimiento deben desembocar en la correspondiente valoración.

Hay que partir únicamente de un error dirigido a la modalidad de ejecución, cuando el autor desiste de un robo con fuerza en las cosas, porque, de repente se enciende la iluminación de la calle (72), o porque el perro guardián no se come la salchicha envenenada (73). En efecto presentan ya estos motivos tal intensidad en el apremio en el sentido del § 35 StGB, que el autor, en dichos casos para la continuación de su intención, debe tomar en consideración el arresto o bien la lesión corporal. Se trata también meramente de una supresión del sentido dirigida a la modalidad de ejecución, cuando un padre quiere matar a sus hijos mientras duermen, aunque entonces se abstiene de su intención porque inesperadamente se despiertan y comienzan a llorar (74). Siendo así que la transformación dirigida a la modalidad de ejecución no ejerce aquí presión coercitiva alguna de la intensidad del § 35 StGB sobre el autor, hay que admitir en este caso, la voluntariedad del desistimiento.

Hay que admitir siempre por contra una pérdida del sentido de la acción dirigida al objeto, o al bien jurídico, que conduce a la involuntariedad, cuando pierde como tal la causa del hecho, de modo que la continuación del mismo desde el punto de vista del objeto de la pretendida lesión al bien jurídico no tendría sentido. Éste es el caso, si el autor renuncia a su intento de receptación porque el bien objeto de la misma se había dañado (75), o si el sobrino, que quiere matar a su tío para heredarle, abandona, porque tiene noticias de que poco antes éste ha dilapidado en el juego toda su fortuna. Subyace, incluso, cuando el autor que quiere robar una pelota en un jardín ajeno, al levantarla comprueba que es una pelota de madera, por lo que renuncia a la sus-tracción. La doctrina mayoritaria admite ciertamente en las presentes constelaciones una tentativa malograda, desde el inicio incapaz de desistimiento, porque el objeto de la percepción de la acción defrauda de tal manera las esperanzas del autor, que el plan se malogra (76). No puede estarse de acuerdo con esto, porque según el § 24 StGB las ideas del autor al inicio del intento no son decisivas, sino únicamente sus reflexiones sobre la interrupción de la consumación ulterior; el

(72) BGH GA 1980, 25.

(73) Ejemplo en ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 24 párr. 48.

(74) Así JÄGER, NStZ 1999, 608.

(75) OLG KOBLENZ, VRS 64, 24.

(76) Cfr. por todos ROXIN, JuS 1981, 3.

que la tentativa en relación a la pelota de madera ya haya comenzado (la simple divergencia de identidad no cambia nada en la tentativa en lo concerniente al objeto tenido en cuenta de manera concreta), no puede ser tampoco discutido por la doctrina mayoritaria. El por qué esta tentativa no puede ser desistida entonces por la renuncia a la pelota de madera, es de todo punto incomprensible (77). Sin tener esto en cuenta, conduce la consideración del plan no sólo en el medio del hecho, sino también en el objeto del hecho a un inadecuado favoritismo por el autor escrupuloso. Si entra el autor en el jardín con la voluntad de robar todo lo utilizable, y por último abandona la pelota de madera, tras estar a punto de querer llevársela, entonces a falta de un plan concreto, nadie pensaría en una tentativa malograda. Si el autor por contra se fija sólo en un objeto concreto, así conduce esta limitación del plan por decepción de sus expectativas, a la admisión de una tentativa malograda. Esta distinción poco razonable sólo puede evitarse si se acaba con el motivo de desistimiento por interrupción del intento y se imputa a la involuntariedad una pérdida de sentido de la acción en cada caso. Cuan inoportuna es la consideración al plan originario y la admisión de una tentativa malograda en casos de este tipo, lo demuestra una reflexión complementaria (78) se propone el autor robar una pelota, pero se da cuenta que se trata de una pelota de madera que también puede necesitar, pero la deja, porque tiene remordimientos de conciencia. Aquí nadie negaría, refiriéndose al plan originario, la posibilidad de un desistimiento, sino que se tendría en cuenta en favor del autor, incluso un desistimiento voluntario. De esto se deduce, que únicamente es decisiva la idea del autor en la renuncia al hecho; la pregunta sobre la voluntariedad o involuntariedad se ajusta finalmente a si el autor en la continuación del hecho relativo al objeto tenido en cuenta en ese momento, (todavía) le ve o no sentido.

En este sentido hay que ver también los casos de consecución del objetivo fuera del tipo. Se trata de circunstancias, en las cuales el autor ciertamente ha alcanzado su objetivo preferentemente pretendido, aunque el resultado típico, por lo menos intentado con dolo eventual, no se produce. Si en esos casos todavía debería ser posible un desistimiento que libere de la pena, es tema para una intensa discusión. La Jurisprudencia se ha ocupado de esta pregunta en el llamado caso del escarmiento. En él, A había clavado, con dolo eventual de matar, un cuchillo en el torso de B, para darle un escarmiento. Considerando

(77) Cfr. también FELTES, GA 1992, 413, que para casos de este tipo opina: «Renuncia al hecho, no importa por qué».

(78) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 114.

concluido con éxito el castigo tras la primera cuchillada, renunció A a posteriores puñaladas.

La Gran Sala del BGH (79), a quien se sometería este caso tras una política en zigzag de la Jurisprudencia, afirmó un desistimiento eficaz del intento de homicidio. El hecho, según la Gran Sala, se encontraba todavía en la fase de tentativa inacabada, ya que el autor había renunciado por un simple no continuar del intento de homicidio. La Sala lo fundamentó diciendo que «hecho» en el sentido del § 24 StGB era únicamente el hecho en sentido objetivo-jurídico (§ 11 apart. 1 n.º 5 StGB), por lo que los motivos, intenciones u objetivos que excedían de éste, eran improcedentes. Además no podía tratarse de peor manera al que actuaba con dolo eventual que al que actuaba bajo dolo directo. En definitiva requiere también la protección de la víctima una interpretación del § 24 StGB acorde con la tentativa, por la cual el resultado sea aceptable político-criminalmente, en tanto que se da frecuentemente una tentativa acabada o malograda. Se afirmaría esto último, cuando un planteamiento renovado del autor sólo pudiera suceder de tal manera que no subyaciera ningún proceso unitario. En efecto, la Sala 5 del BGH (80) lo aceptó poco después en un caso en el cual el acusado había disparado con dolo eventual sobre un perseguidor y después había renunciado, porque el perseguidor había emprendido la retirada; en este tipo de constelaciones, según el BGH, una determinación del hecho serviría de base al planteamiento renovado del autor, por lo que ya no podría hablarse de un suceso unitario. Aquí se demuestra que la propia Jurisprudencia no estaba en condiciones de aprobar el resultado alcanzado por la Gran Sala, porque es evidente que los casos del escarmiento y del perseguidor no se diferencian estructuralmente, ya que el autor alcanzó tanto en uno como en otro, su objetivo. Si a pesar de ello, la Sala resuelve de manera diferente, queda claro, que al igual que antes construyen sus reglas según el caso.

La dogmática por el contrario traslada principalmente el aspecto de la consecución del objetivo fuera del tipo a un primer plano. Tiene como consecuencia que el autor a causa de la consecución del objetivo no puede culminar su intento. No entraría en consideración allí un desistimiento del hecho, porque el autor tras la obtención de su objetivo primario tenga que concebir un nuevo motivo, que suponga la ba-

(79) BGHSt. 39, 221, con notas ROXIN, JZ 1993, 896; de acuerdo con el BGH GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 69; HAUF, MDR 1993, 929; PAHLKE, GA 1995, 72; SCHROTH, GA 1997, 151. Conf. previamente BGH (1. Senat) NJW 1993, 943, comentario crítico de PUPPE, JZ 1993, 361 y nota STRENG, NStZ 1993, 257.

(80) BGH NStZ 1994, 493.

se de un hecho completamente nuevo (81). En especial Roxin (82) ha objetado al BGH, que con el hecho en sentido fáctico-jurídico nombrado en el § 24 apartado 1. 1 StGB (§ 11 apart. 1 n.º 5 StGB), sólo se quiere aludir al hecho doloso antijurídico. Según Roxin, un abandono del hecho originario, no entra ya en consideración tras la consecución del objetivo, puesto que el autor no puede renunciar a un dolo que ya no tiene.

En el resultado no pueden convencer ni el desarrollo de la Jurisprudencia ni de la dogmática. Contra la admisión de un desistimiento de la tentativa que exima de pena incluso según consecución del objetivo fuera del tipo se sitúa en primer lugar el resultado contrario al sentimiento de justicia (83). En tanto el BGH defienda su punto de vista de que la exigencia de un renuncia honorable o una retractación no encuentra ningún apoyo en el § 24 apartado 1.1 StGB, se deberá oponer con Roxin: «Significado literal y sentido de la norma fuerzan estos presupuestos» (84); porque si en casos de tentativa de delito, según la opinión mayoritaria, la voluntad ejecutada contraria a Derecho está penada (85), entonces no puede haber ninguna otra razón para librar de pena que una valoración positiva del comportamiento del autor, que suprima esta impresión negativa. En este sentido se ha desarrollado la conclusión, de que se excluya un desistimiento en casos de tentativa malograda, procedente del punto de vista acertado e indiscutido por el BGH, de que el desistimiento exija una retractación por parte del autor.

Por otro lado, tampoco puede ser seguido el desarrollo de la dogmática. Mientras partan de que no puede renunciarse a la tentativa tras la consecución del objetivo, se igualan de manera injustificada pérdida del sentido e imposibilidad. La afirmación de que el autor no puede por pérdida del sentido renunciar, no es exacta. En especial, no se corresponde con el sentido literal del § 24 apartado 1.1 StGB, si en la dogmática se excluye una renuncia con el argumento de que «hecho» en el sentido del § 24 StGB sólo es el hecho doloso y el autor no puede renunciar a un dolo que, por haber alcanzado el objetivo, ya no tie-

(81) Así a continuación BGH NJW 1990, 522; de acuerdo también KÖHLER, *Allg. Teil*, p. 479.

(82) ROXIN, *JZ* 1993, 896; conf. también HERZBERG, *JR* 1991, 160; W. BAUER, *wistra* 1992, 205; RENGIER, *JZ* 1988, 931.

(83) También GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 71, debe reconocer que este resultado contradice el sentimiento jurídico. Sin embargo se cree conectado con el sentido literal del § 24 StGB y sigue al BGH, sin abordar tampoco a la pregunta de la voluntariedad.

(84) ROXIN, *JZ* 1993, 896.

(85) Conf. únicamente JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5.ª ed. 1996, § 49 II 2.

ne; porque el § 24 apartado 1.1 StGB no exige que sea abandonado el hecho (doloso), sino que lo sea la posterior ejecución del hecho (doloso). Yo mismo no he percibido esta diferencia con esta claridad hasta ahora (86); pero quien iguala esta distinción, recorta de manera apresurada, para el autor todas las posibilidades de desistimiento y contraviene la prohibición de analogía al menospreciar el sentido literal de la norma (87). Incluso en el caso de un desistimiento por compasión se podría hablar en este sentido de una tentativa malograda, porque tampoco el autor que desiste por piedad tiene ya dolo de continuar. Por último, es decisivo según el § 24 apartado 1.1 StGB, si el autor tras el último acto ejecutivo, todavía puede continuar la ejecución con el dolo con el que comenzó el intento. Mientras esto pueda afirmarse, desiste el autor de la ejecución posterior, tan pronto como renuncie a la continuación de la todavía posible lesión al bien jurídico. Esto tampoco aparece de manera distinta en una pérdida del sentido por la obtención del objeto de la acción fuera del tipo. Es decisivo, antes bien, que el autor desista de la posterior ejecución del hecho (intentado) (88).

Tras esto queda claro que también en los casos de consecución del objetivo fuera del tipo hay que buscar la llave para la solución del elemento volitivo en que en estos casos se trata únicamente de una subclase de pérdida de sentido. Con esto, se está ya indicando la conclusión correcta: la consecución del objetivo fuera del tipo, conduce a la admisión de un desistimiento involuntario, porque la continuación del hecho en el objeto concreto carece ya de sentido para el autor. Referido al caso del escarmiento, significa que ciertamente, de manera objetiva se da una retractación del peligro por la bajada del cuchillo, aunque no puede imputarse subjetivamente al autor (involuntariedad),

(86) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 117.

(87) Puede permanecer abierto en este punto, si –ya que en el desistimiento se trata de un precepto de inmunidad– es mejor hablar de una prohibición de la reducción teleológica, en vez de la prohibición de analogía (así FREUND, *Allg. Teil*, § 9 párr. 54). De cualquier manera es decisivo, que en Derecho penal no se pueda superar el límite del sentido literal de las palabras a costa del autor.

(88) La exposición sirve de base a la teoría mayoritaria del examen global. Por lo demás la teoría del acto único (seguida por ej. por FREUND, *Allg. Teil*, § 9 párr. 41) rechazada por la doctrina mayoritaria no puede tampoco eludir completamente el problema de la consecución del objetivo. No ha alcanzado todavía el autor su objetivo primario (p. ej. expulsión de los perseguidores), a través de una acción todavía inidónea en su opinión, para el resultado (p. ej. apuntado a los perseguidores), entonces debe decidir al respecto, si la consecución del objetivo excluye el desistimiento; ver JAKOBS, *Allg. Teil*, 26/ 39 a; PUPPE, NStZ 1986, 17; la misma, NStZ 1990, 433. Cfr. en general sobre los razones contrarias a la teoría del acto único y a favor de la teoría del examen global el resumen en JÄGER (nota 3), pp. 122 y ss.

porque al igual que el dolo es un elemento subjetivo en la realización del delito, también debe tener naturaleza subjetiva el dolo inexistente en el desistimiento y no puede subordinarse al elemento objetivo de la renuncia. Junto a todo esto, hay desde luego que tener en cuenta, que también se dan casos en la consecución del objetivo, en los que desde el principio y objetivamente no hay retractación del peligro. Así sucede en el ejemplo desarrollado por Jakobs (89) de los huecos de aparcamiento, en el que un conductor, a pesar del peligro de dañar a otro vehículo, mete su coche en un hueco para aparcar, sin que suceda nada. En este caso no hay ninguna retractación, ya que ni el aparcamiento con el que se amenaza ni el abandono del vehículo, representan retractación del peligro (90). En el caso del escarmiento no sucede lo mismo; aquí significa la bajada del arma punzante una retractación del peligro, que en efecto, sobre la base de la consecución del objetivo a causa de una pérdida del sentido de la acción, hay que calificar como involuntaria (91).

V. RESUMEN

Los desarrollos precedentes han demostrado que únicamente una afirmación del elemento volitivo contenido en el § 24 StGB, orientada por los principios de la autoría, es capaz de proporcionar resultados más concretos que los que hasta el momento se obtenían con ayuda de las teorías psicológicas y valorativas. El reconocimiento de que hay que entender el desistimiento como retractación del peligro, no sólo afirma la necesidad de una aplicación correspondiente de los principios dimanantes de la autoría mediata y mientras tanto predominantemente reconocidos, sino que también delimita el marco jurí-

(89) JAKOBS, *Allg. Teil*, 26/39 a.

(90) Más detallado sobre casos de falta de retractación del peligro JÄGER (nota 3), pp. 116 y ss.

(91) A favor de la involuntariedad también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, § 41 párr. 119, así como anteriormente OTTO, *Allg. Teil*, 3.^a ed., § 19 II 2 b. aa. Diferente STRENG, JZ 1990, 214 y ss, que también quiere distinguir si existe en el hecho una inclinación hacia la consumación (entonces voluntariedad) o no (entonces involuntariedad). Exceptuando que los hechos con o sin inclinación a la consumación no pueden ser determinados con exactitud, este punto de vista contradice el sentido del § 24.1.1 StGB, puesto que no depende de si el autor continuó en la situación concreta de manera típica, sino de en función de qué razones ha renunciado al hecho. Más detalladamente sobre la crítica a Streng, ROXIN, JZ 1993, 897, así como JÄGER (nota 3), pp. 121 y ss.

dico para la afirmación del elemento volitivo. Una exclusión de la voluntad puede basarse principalmente en cuatro causas: involuntariedad a causa de amenazas, a causa de inimputabilidad, a causa de error o a causa de supresión del sentido de la acción. Las categorías nombradas, que en la teoría de la autoría hace tiempo que son dominantes, necesitan únicamente un traslado adecuado, para fertilizar el debate sobre el desistimiento. A este objetivo está consagrada la presente contribución.