

Una síntesis sobre el desistimiento en Jakobs...¹

Por Karina Andrade

I) Introducción

El presente trabajo, como su título lo indica, es una especie de resumen sobre la postura del Jurista Günther Jakobs en relación al concepto de tentativa y las consecuencias que le atribuye o no le atribuye al desistimiento. Luego se hace una vinculación con la postura sostenida sobre dicho concepto por el Dr. Sancinetti en sus dos tesis doctorales.

II) Concepto de Tentativa

Define la tentativa de la misma manera que al ilícito, esto es, como quebrantamiento de la norma en sí perfecto, aunque no tan fuertemente objetivizado como en la consumación.

Sostiene que el ilícito se encuentra en su mínima expresión ya cuando el autor comunicó su contradicción con la norma, para él este mínimo ilícito es en sí mismo perfecto en el sentido de que la norma fue realmente infringida.

¹ El presente trabajo está dirigido a estudiantes a fin de que puedan acercarse a la postura de un jurista que concibe de modo distinto el ilícito penal en comparación con la dogmática dominante de nuestro país, liderada por el prestigioso y admirado Jurista Raúl Zaffaroni. Fue presentado en la Universidad de Buenos Aires en el año 2006 como exposición en el examen final de la materia "Teoría del Delito" a cargo del Dr. Mario Magariños.

Desistimiento es para Jakobs un subinstituto de la tentativa y lo entiende como una modificación del hecho, considerando hecho como la conducta punible (en el caso, la tentativa).

A los distintos modos de explicar la consecuencia atribuida al desistimiento como liberador de pena (distintas teorías) Jakobs las clasifica en externas al derecho penal, internas al derecho penal pero externas a la tentativa e internas a la institución dogmática de la tentativa.

Sus respuestas en relación a los fundamentos se estructuran en base a la explicación de dos puntos nodulares de la teoría de dicho instituto:

a) la posibilidad otorgada al desistimiento de anular algo que ya existió en el mundo

b) su limitación al ámbito de la tentativa.

De esta forma critica las teorías que han intentado hacerlo, como ser la político-criminal o del puente de oro, la de los fines de la pena y la de la gracia o el premio como un instituto externo al derecho penal (en el primer caso) o como externo a la tentativa (las restantes).

Como consecuencia de ello y principalmente la primera, se castigan o se dejan impunes actos, mas alla de la conducta misma de desistimiento, por compensaciones casi matemáticas entre actos deseados e indeseados, buenos o malos. Prefieren fundamentar al desistimiento en "intereses" encaminados a la desincriminacion de determinadas conductas, dejando de lado el análisis de su regulación dentro del sistema de la tentativa.

Para evitar eso, Jakobs en su fundamento del desistimiento no tiene por base intereses extrasistemicos sino aquella conducta relevante para el hecho como autentica modificación del mismo por ende como autentica redefinición del ilícito.

Ahora bien, antes se dijo que es el quebrantamiento de la norma lo que constituye el injusto jurídico-penal, entendiéndose por ella como el sentido de la conducta del autor de ser contraria a la norma, por ende si el autor es separado de esa conducta, esa contradicción se convirtió en algo del pasado y por lo tanto se excluye el desistimiento quedando ya solo lugar para un comportamiento post-delictivo. Explica Jakobs que el autor es separado de su conducta siempre que el pierde aunque sea solo una posibilidad de influir sobre el mundo futuro, esa pérdida puede producirse de dos maneras:

1- El autor puede ceder conscientemente la influencia sobre su conducta, este es el caso de la tentativa acabada en la que el autor no se presenta ninguna posibilidad de reversión.

Luego de esto podrá haber una comunicación que contenga una revocación de la declaración precedente y ya no podrá reconocerse una línea recta en la conducta global del autor por lo que este comportamiento global se volvió ambiguo pero en el momento de la ejecución de la acción de la tentativa la conducta era inequívoca.

2- El autor puede perder su influencia sobre su conducta de un modo objetivo:

a- Su modo de proceder se demuestra inidoneo antes de la finalización de la tentativa Ej. El objeto que el autor pretendía arrojar contra una vidriera se le cae en el momento de impulsarlo y no puede ya ser alcanzado.

b- Se destruye la posibilidad de reversión que el sujeto se había reservado en los casos especiales de tentativa acabada de la que luego hablaremos.

Ej. La víctima a la que se ofrece una bebida envenenada para el momento del brindis (contando el autor con la posibilidad de retirarla antes si eventualmente se arrepiente) no espera para tomarla y para sorpresa de aquel a que se realice el brindis.

El elemento común y decisivo de ambas variantes es la pérdida de influencia del autor y entonces una retractación posterior será una nueva conducta, justamente una conducta posterior al hecho.

Las teorías antes criticadas adolecen de nitidez en la distinción entre el hecho y el suceso posterior, pues le faltan criterios para delimitar la conducta relevante. No se castiga en relación con un saldo negativo de prestaciones vitales sino en relación con hechos y a la determinación de lo que es un hecho nada aportan estas teorías.

Una fundamentación interna a la institución de la tentativa, dice Jakobs, es decir que atiende a por que es precisamente y tan solo la tentativa la que conoce una regulación sobre el desistimiento tiene que efectuar una distinción entre el hecho y el comportamiento posterior a el.

Las consecuencias de esta contraposición:

1) En **la tentativa acabada** cada vez que el autor ejecuta una conducta en la suposición de que en virtud de ella concurre un riesgo irreversible y de magnitud relevante de realización del tipo renuncia simultáneamente en esa medida a una influencia ulterior sobre el acontecimiento y declara por tanto concluida su expresión de sentido, lo que solo se da en casos de tentativa acabada y por tanto ya no puede desistirse.

Las tomas de posición que se produzcan mas tarde no son modificaciones del hecho sino interpretación del pasado y por consiguiente conducta posterior.

Respecto a la discusión que puede traer en los casos de tentativa acabada fracasada pero reparable mediante repeticiones, la solución surge de lo dicho anteriormente, cada conducta que podía haber llevado ya a la consumación sin otra intervención ulterior del autor, debe ser valorada de forma individual (teoría estricta del acto individual) como una tentativa acabada no desistible y la eventual renuncia posterior del autor solo vale como conducta posterior al hecho. (Por ejemplo: ejecuto varios disparos, desisto, teoría de la consideración global)

Por otro lado si bien pareciera que Jakobs admite el desistimiento en la tentativa acabada en algunos supuestos, pues habla de que va a ser posible siempre que la tentativa acabada sea reversible con seguridad ello no es así en principio porque el solo concepto de revocación segura solo se concilia con la tentativa inacabada, por otro lado debe entenderse que se esta refiriendo a casos especiales de tentativa inacabada donde lo único que tienen en común con la tentativa acabada es que el autor ya realizo todo lo necesario para que en algún momento se produzca la consumación sin una ulterior intervención suya , se trata de casos donde la posibilidad de revocación es segura y por lo tanto el grado de tentativa acabada se alcanzara por omisión, es decir, el autor con su conducta llego al estadio de la tentativa inacabada pero a diferencia de lo que sucede en los demás casos, solo llega a la acabada por medio de su omisión. Consecuencias para este grupo de casos:

-el autor podrá desistir totalmente si puede influir sobre todos los riesgos por el creados,

-si domina una parte de los riesgos imputables a el, y lo modifica, en esa medida desiste (parcialmente) si lo abandona a su curso no habrá desistimiento parcial aun cuando el riesgo no llegue a realizarse.

-El autor no tiene que anular de un modo cierto la totalidad del riesgo sino que tiene que dar comienzo a su segura anulación y es posible incluso el desistimiento aun sin paralización de ningún riesgo, cuando el autor se dispone a una evitación segura pero se limita en principio a comprobar que el riesgo no se haya extinguido sin su intervención. (Asume tal extinción como equivalentes de su propia organización del desistimiento.

-la eliminación segura del riesgo creado o al menos su comienzo solo será desistible si el autor se reservo con seguridad esa posibilidad al realizar su comportamiento (si se reservo una posibilidad de reversión que opera de modo inseguro queda excluido el desistimiento) si por azar luego recupera esa posibilidad que había perdido de evitar con seguridad la realización del tipo y la usa será un comportamiento post-delictivo.

En términos generales podemos decir que el desistimiento es posible cuando el curso que va desde la creación del peligro a su realización todavía depende con certeza de su conducta.

2) En la **tentativa inacabada** por definición no todo esta concluido en la configuración de la conducta.

Frente a un comienzo de ejecución si falta una continuación la conducta definida ex ante como delictiva se revela ex post como inocua, pero como esa primer parte se define inequívocamente como delictiva no habrá desistimiento si el

autor por las razones que sea no llega a efectuar la redefinición.

Por lo tanto si luego del comienzo de la tentativa se hace evidente para el autor la inidoneidad de su empresa esto es el fracaso de la tentativa el no puede redefinir ya su conducta porque esta está ya definida objetivamente de acuerdo con lo que el sabe como forzosamente ineficaz.

Deben distinguirse los supuestos de riesgos extintos con los de meros desplazamientos de riesgos.

-cuando un riesgo esta ya extinto la posibilidad de desistimiento es nula, y a lo sumo si estamos en presencia de distintos riesgos creados por el autor y solo uno se extinguió, podrá existir un desistimiento parcial sobre el no extinto Ej. El autor quiere arrojar a la victima un recipiente con ácido pudiendo lesionarla tanto por el recipiente como por el ácido, cuando toma impulso para el lanzamiento se le cae el ácido y a continuación renuncia a efectuar el lanzamiento

Cuando el autor renuncia al riesgo que ofrecía el lanzamiento del recipiente, no esta diciendo nada sobre una renuncia al riesgo que especial ofrecía el ácido pues sobre este riesgo ya no puede disponer el autor porque se ha extinguido. En este caso habrá un desistimiento del hecho en lo que se refiere a la lección por el recipiente ni una tentativa fracasada respecto al intento de lesión por medio del ácido, esta conclusión vale igualmente si el autor crea un riesgo homogéneo que se extingue de un modo cuantitativamente parcial Ej. Si el autor quiere arrojar un objeto sobre la victima, pero esta se aleja tanto que el riesgo de acierto en el lanzamiento se reduce, por lo que a la cantidad extinguida se refiere no hay nada ya de lo que se pueda desistir por tanto se trata en esa medida de una tentativa fracasada.

Si una conducta posterior al hecho indica que el autor está de acuerdo con el fracaso del hecho precedente esto no modifica el factum de la realización de ese hecho precedente, justamente por ser posterior

-se producirán meros desplazamientos de riesgos y por tanto la tentativa no será fracasada siempre que el autor:

a) dispone de riesgos equivalentes al extinguido Ej.: el autor puede penetrar con seguridad a través de una ventana, pero por comodidad empuja primero la puerta y comprueba que esta cerrada.

b) adquiere equivalentes precisamente por su extinción. Ej. Dos coautores esperan espalda con espalda a la víctima en un corredor largo y estrecho y ella aparece en el punto de mira del primero de ellos

En estos supuestos nada fracasa pues el autor conserva su completo poder de definición.

Con lo explicado sobre la teoría de Jakobs podemos concluir que entiende que una protesta contra una conducta propia del pasado es un genérico comportamiento posterior al hecho y solo en la medida en que el autor domine todavía con seguridad todos los riesgos generados por encima del nivel permitido puede quedar exento de pena modificando voluntariamente la orientación de su conducta.

III. Vinculación con la 1° TESIS del Dr. Sancinetti

Define a la tentativa acabada como el momento en el que el autor da aquel paso que conforme a su plan podría ser suficiente para alcanzar el resultado: es el último impulso de voluntad y a la tentativa inacabada aquella en la que el autor lleva a cabo solo en parte los actos de ejecución que

el considera necesarios, desde su punto de vista que es lo que interesa, para realizar posiblemente el tipo.

En la **tentativa inacabada** el desistimiento consiste en no completar la acción emprendida (Aun no acabada) es decir, será eficaz por la interrupción de la ejecución. El autor podrá desistir mientras no se entere de que el hecho se consuma, lo que significa, que aun cuando objetivamente el hecho este consumado, si el lo cree todavía en ejecución podrá desistir y tendrá derecho a la impunidad porque el desistimiento es valido, o a lo sumo responder por imprudencia. Todo esto quiere decir que en la tentativa inacabada el desistimiento no necesita ser exitoso (Evitar el resultado).

En la **tentativa acabada** el desistimiento consiste en el llamado arrepentimiento activo el que solo será relevante si resulta eficaz y esto es así porque en realidad el ilícito como tal esta absolutamente completo. Se le concede al autor el premio de la impunidad solo si el acto logra un efecto objetivo que podrá ser si evita el resultado o si al menos logra deshacer la acción ya concluida como tal hasta el grado de una tentativa inacabada, en este ultimo caso si el resultado igual se produce se esta en la misma situación que en los casos de producción anticipada al resultado y por lo tanto solo responde por imprudencia.

IV. Vinculación con la 2ª tesis doctoral del Dr. Sancinetti

Se advierten dos cambios, en realidad hay uno principal y el otro es su consecuencia.

El primero: ya no admite la posibilidad de desistimiento en la tentativa acabada pues no considera razonable concederle al autor la impunidad solo por evitar casualmente el resultado.

Como consecuencia de eso, el segundo cambio es la introducción de otro elemento en su concepto de tentativa, de esa manera explica que la tentativa acabada no debe entenderse solamente como aquella en la que el autor ha hecho todo lo necesario para la realización del resultado sino también aquella en la que el autor carece de una posibilidad segura de revocación del peligro, esto es, perdió el completo dominio sobre la evitabilidad de la consumación antes existente (arrogación definitiva) y respecto a la tentativa inacabada ya no habla solo de que es aquella en que el autor realiza solo en parte los actos de ejecución que considera necesarios para la realización del tipo sino también aquella en la que el autor no tiene una arrogación definitiva, es decir no ha realizado todavía un acto mediante el cual al realizarlo asumiera la posibilidad de no dominar la evitación de la consumación y por eso solo ella es susceptible de desistimiento, en la comisiva, omitiendo seguir adelante y en la omisiva cumpliendo el mandato.

Por último es de destacar que dedica gran parte de esta tesis a analizar los casos a los que el llama desistimiento fallido (omisivo o comisivo), se trata de casos en los que el autor sobre la base de un error se cree aun dueño de la totalidad del riesgo existente, entonces en ese caso si inicia una conducta tendiente a evitar la producción del resultado lesivo (en la tentativa omisiva) o abandona en el transcurso de la ejecución el plan (en la tentativa comisiva) es posible el desistimiento y si el resultado se produjera el autor será imputable solo por imprudencia.

V. Conclusión:

Para Jakobs solo es desistible la tentativa inacabada no fracasada.

No hay una diferencias materiales entre Jakobs y Sancinetti, a lo sumo terminológicas, pues ambos coinciden en que solo puede desistir el autor que tiene todavía de modo cierto la posibilidad de modificar el hecho que se dirige a la realización del tipo.

El Dr. Sancinetti necesita, por su concepción acerca de la fundamentación del ilícito (conocimiento del autor), detenerse a estudiar esos supuestos que vimos anteriormente y sus consecuencias y por otro lado se entiende también que Jakobs no se detenga en esto por la misma razón, su concepción de fundamentación del ilícito es la contrariedad con la norma de una conducta (exteriorización que da a conocer una voluntad contraria a la norma).

Por último quiero realizar una respetuosa opinión: el Dr. Sancinetti le atribuye a Jakobs un giro subjetivista en el texto de estudios llamado "desistimiento como modificación del hecho" que no comparto. Ello surge expresamente de las propias palabras de Jakobs cuando expresa *"queda al margen del tratamiento del desistimiento la problemática de si exonera al autor la descuidada suposición de que su tentativa no estaría aun acabada, y explica que las decisiones que haya que adoptar respecto a esto no dependen de particularidades propias de la tentativa sino que derivan de la visión desgraciadamente psicologicista del alcance del dolo y de un entendimiento afectado al mismo mal, de la valoración de la situación en el instante del desistimiento, la posible diferencia entre el dato psíquico ¿qué conoce el autor? Y la norma ¿qué ha de conocer el autor? No se pueden justificar con una argumentación relativa al desistimiento"*

Bibliografía Consultada

- **Jakobs, Günter**, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Traducción Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995.

- **Jakobs, Günther** "El desistimiento como modificación del hecho", en Estudios de Derecho Penal Ed. UAM, Madrid, Traducción al castellano por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Melia. pág. 325.

- **Sancinetti, Marcelo** "Teoría del delito y disvalor de acción. Un análisis de las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires, 1991. (Se trata de la publicación de su primera tesis doctoral)

- **Sancinetti, Marcelo** "Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, Temis, Bogotá, 1995, 300 ps.; Hammurabi, Buenos Aires, 2004, 419 ps. (Se trata de la investigación desarrollada en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, dirigido por el Prof. Dr. Günther Jakobs, que devino en su segunda tesis doctoral).