

Otras interesantes obras sobre la materia del presente libro.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: Delitos cualificados por el resultado y causalidad.—Año 1966.

FERRI, Enrique: Principios de Derecho criminal. Delincente y delito en la ciencia, en la legislación y en la jurisprudencia.—Año 1933.

LISTZ, Franz von: Tratado de Derecho penal (Traducido de la 18.ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho penal en España, por Quintiliano Saldaña).—3.ª edición.—Tres tomos (S. a.).

PESSINA, Enrique: Elementos de Derecho penal.—4.ª edición, anotada con las doctrinas científicas modernas, por Eugenio Cuello Calón.—Año 1936.

GRAMATICA, Filippo: Principios de Derecho penal subjetivo (Traducido del italiano por Juan del Rosal y Víctor Conde).—Año 1942.

BERISTAIN, Antonio: Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, Legislación positiva y realización práctica.—Año 1974.

GOPPINGER, Hans: Criminología.—Versión de la 2.ª edición alemana.—Año 1975.

ANTON ONECA, José y MIGUEL GARCILOPEZ, Adolfo de: Derecho penal. Parte general.—Año 1940.

BAUER (Fritz) y otros: Sexualidad y crimen (Versión de la 3.ª edición alemana, por Enrique Gimbernat).—Año 1969.

CLAUS ROXIN

problemas básicos del derecho penal

CLAUS ROXIN
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
EN LA UNIVERSIDAD DE MUNICH

problemas básicos del derecho penal

TRADUCTOR

Diego-Manuel Luzón Peña

PROFESOR AYUDANTE DE DERECHO PENAL
EN LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE
DE MADRID

BIBLIOTECA JURIDICA DE AUTORES
ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*

I

Desde que en el año 1956 ERNST HEINITZ resumió y prosiguió la discusión de las «cuestiones polémicas de la teoría de la tentativa»¹ ya no se ha avanzado esencialmente en la solución de las cuestiones procedentes del campo del desistimiento que entonces quedaron sin resolver². Hoy como ayer sigue sin estar claro cuáles son los presupuestos materiales de los que se deba hacer depender la «voluntariedad» del desistimiento, cuál es el motivo del legislador que se oculta tras el privilegio del desistimiento y en qué categoría sistemática debe incluirse la eficacia eximente del desistimiento voluntario³.

* Publicado en: Festschrift für Ernst Heinitz, Berlín 1972, pp. 251-276. Conviene explicar por qué el título no habla del desistimiento de la tentativa, sin más, sino de «desistimiento de la tentativa *inacabada*» («Rücktritt vom *unbeendeten* Versuch»). A diferencia de nuestro Derecho, que distingue entre tentativa y frustración estableciendo diferencias de punición entre ambas (cfr. art. 3 CP), el Derecho alemán habla sólo de «tentativa» sin distinguir tampoco a efectos de pena (cfr. los antiguos §§ 43 y 44 y sus correspondientes §§ 22 y 23 de la nueva Parte General del StGB); pero como el StGB al regular el desistimiento contempla las dos hipótesis del desistimiento en sentido estricto y del llamado arrepentimiento activo (cfr. el antiguo § 46 y el actualmente vigente § 24), la doctrina y la jurisprudencia alemanas distinguen entre «tentativa *inacabada*» («*unbeendeter*» o «*unbeendigter Versuch*») y «tentativa *acabada*» («*beendeter*» o «*beendigter Versuch*»). Pero tal división no coincide exactamente con la tentativa y frustración de nuestro Derecho, ya que en Derecho alemán, según la opinión dominante, el criterio delimitador es *subjetivo*: habrá tentativa *inacabada* si el autor aún no ha hecho todo lo que *le parece* necesario para la consumación, y tentativa *acabada* si ha hecho todo lo que *desde su punto de vista* es necesario para la consumación (cfr. por todos JESCHECK: Lehrbuch des Strafrechts AT, 1972, p. 408). Por el contrario, la delimitación entre tentativa y frustración en el art. 3 CP es de tipo objetivo. (N. del T.)

¹ En: JR 1956, pp. 248-252.

² Los otros dos trabajos de ese tiempo que han determinado la discusión hasta hoy son los de BOCKELMANN: Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, pp. 1417 ss. (aquí citaremos la reimpresión del artículo en: Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pp. 171 ss.) y SCHRÖDER: Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, MDR 1956, pp. 321 ss. Posteriormente también, SCHRÖDER: Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, pp. 81 ss.; GUTMANN: Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963. La discusión se refiere en lo esencial a las dos sentencias BGHSt. 7, 296 ss. y BGHSt. 9, 48 ss., en las que el BGH tuvo que ocuparse del desistimiento de la tentativa de violación.

³ La última cuestión ha vuelto a cobrar actualidad especialmente por el trabajo de REINHARD V. HIPPEL: Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966 (posteriormente enlaza con el mismo LANG-HINRICHSSEN: Festschrift für Engisch, 1969, páginas 366 ss.).

Tampoco ha podido hasta ahora aclararse suficientemente si existe una conexión interna entre los tres círculos de problemas, de tal forma que la ratio del privilegio del desistimiento determine sus presupuestos y su clasificación sistemática⁴. Como las cuestiones dudosas decisivas no se plantean en el Derecho futuro de modo distinto al actual (cfr. el § 24 de la nueva Parte General)*, puede que sea útil volver a revisar en sentido crítico el estado de nuestros conocimientos, con lo que quizás podamos lograr una mayor claridad en algunos puntos.

II

Vamos a comenzar por los presupuestos materiales del privilegio del desistimiento, porque la ratio legislativa del privilegio y su clasificación sistemática sólo se pueden determinar en base a una interpretación adecuada de las concretas constelaciones de casos. Se enfrentan aquí dos grandes bandos, uno de los cuales pretende enjuiciar la voluntariedad conforme a criterios psicológicos (según la fuerza que tenga la presión psíquica para excluir la libre voluntad), mientras que la opinión contraria, en lugar de eso, acude a criterios valorativos (como la «meritoriedad» del motivo del desistimiento).

Pues bien, a mi juicio, hoy hemos llegado a un punto en que se puede decidir esta cuestión básica, y decidir en el sentido de que hay que abandonar la «teoría psicológica» sencillamente porque es impracticable⁵. Si el autor puede consumir el hecho pero se detiene porque se ve descubierto, le podrá parecer inteligente renunciar a su intento, pero la consumación no sería psíquicamente imposible. Ya en el plano lógico es inconcebible considerar por una parte que el hecho todavía se puede consumir y, no obstante, partir al mismo tiempo de que el autor, aunque quisiera, ya no habría podido consumir el hecho. Y tampoco se resuelve esta aporía hablando de imposibilidad de ejecución «en el sentido de la vida práctica o cotidiana»⁶ en caso de desistimiento involuntario; pues ¿a qué otro criterio sino al de la «vida

⁴ Cfr., p. ej., SCHRÖDER: MDR 1956, p. 322. MAURACH opina incluso (Allg. Teil, 4.^a ed., 1971, p. 518) que la polémica en torno al fundamento del privilegio «carece de importancia».

* Literalmente el texto se refiere al «§ 24 de la Parte General de 1974». Sin embargo, la nueva Parte General del StGB ha entrado en vigor el 1-1-1975. El que el texto hable de 1974 se debe a que este artículo está publicado en 1972 y por entonces se preveía que la nueva Parte General (creada por la 2. StrRG de 4-7-1969 y cuya entrada en vigor se fijó en un principio para el 1-10-1973) entraría en vigor el 1-1-1974. La fecha de publicación de este trabajo (1972) explica también que el texto hable del «Derecho futuro» refiriéndose al hoy vigente. (N. del T.)

⁵ De otra opinión todavía HEINITZ: JR 1956, p. 249; en el sentido del texto, sobre todo BOCKELMANN: Strafrechtliche Untersuchungen, pp. 171 ss., pero también otros muchos (antes y después de él).

⁶ Cfr. BOCKELMANN: op. cit., pp. 173 s.; por otra parte, HEINITZ: op. cit., p. 249.

práctica» iba a referirse la capacidad simultáneamente admitida de provocar el resultado?

III

De este modo, desde el punto de vista de una concepción que atiende a la posibilidad o imposibilidad psíquica de realizar el tipo, la única solución consecuente que queda es admitir que el desistimiento sólo será involuntario si el autor de una tentativa inacabada renuncia a realizar ulteriores acciones porque considera que la provocación del resultado típico ha llegado a ser objetivamente imposible. Este era también el sentido de la célebre fórmula de la involuntariedad de FRANK⁷: «Aunque quisiera, no puedo alcanzar la meta». FRANK recalca expresamente que el temor a las consecuencias de que se descubra el hecho no puede excluir la voluntariedad; y que la orientación de la jurisprudencia en ese sentido fuerza «a establecer distinciones que no se pueden efectuar sin arbitrariedad»⁸. Aún hoy sigue siendo ésta la opinión de WELZEL y MAURACH. Con toda la razón insiste WELZEL⁹ en que una genuina coacción existirá «sólo en caso de total parálisis anímica; cualquier otra graduación según la intensidad del motivo es arbitraria»; y así también en caso de descubrimiento estima que sólo se debe excluir la voluntariedad «si con el descubrimiento se viera frustrado el resultado». Del mismo modo, MAURACH opina¹⁰ «que la reflexión del autor ha de limitarse exclusivamente a la posibilidad de consumir la acción típica concretamente iniciada. Meditaciones pro et contra de lo que pueda ocurrir tras la consumación del hecho pertenecen al terreno de la ética».

IV

Pero esa concepción, que es la única consecuente desde el punto de partida psicológico, es tan poco practicable como la graduación según la inten-

⁷ FRANK: Kommentar, 18.ª ed., 1931, § 46, II.

⁸ Es cierto que FRANK afirma que hay involuntariedad no sólo cuando el autor considera segura la obstaculización de la producción del resultado, sino también cuando «solamente teme» tal cosa. Pero este criterio es totalmente impracticable. Pues, en primer lugar, si el sujeto que se ve descubierto emprende la fuga, no se parará a pensar si es probable que su detención se produzca antes o después de que coja el botín; ello es irrelevante para sus decisiones; y, en segundo lugar, el delincuente hábilmente instruido sólo necesitará afirmar que él realmente aún consideraba posible obtener la cosa, matar disparando a la víctima, etc., pero que se dio a la fuga para no ser detenido inmediatamente después — y ya estaría seguro de salir siempre absuelto, dado que tales declaraciones sobre procesos internos son irrefutables. Políticocriminalmente no tendría ningún sentido basar la decisión sobre la punibilidad o impunidad en una diferenciación indemostrable e indiferente para la actuación del sujeto.

⁹ Lehrbuch, 11.ª ed., p. 198.

¹⁰ Allgemeiner Teil, 4.ª ed., p. 521.

sidad del motivo, porque confunde el desistimiento involuntario con la tentativa fracasada (o fallida)*.

Si un sujeto ya no puede consumir el delito, la tentativa ha fracasado y queda excluido todo tipo de desistimiento —tanto voluntario como involuntario—. El [antiguo] § 46, núm. 1, StGB exige que el autor «haya abandonado la ejecución de la acción proyectada» y también el § 24, ap. 1, de la nueva Parte General presupone que el agente «abandone la ulterior ejecución del hecho». Pero el abandono de la «ejecución» está vinculado a que siga siendo posible. Cuando no puedo actuar, tampoco puedo abandonar ninguna ejecución ulterior. Lo que se ha reconocido que es imposible, ni siquiera se puede seguir intentando; y cuando (tras el fracaso) ya no existe ni siquiera tentativa, el desistimiento es de antemano inconcebible. Sin embargo, por más que sea evidente, esto es algo que generalmente pasan por alto la doctrina y la jurisprudencia¹¹. Es cierto que el Tribunal Supremo Federal, al ocuparse de la opinión aquí examinada, indica acertadamente que «en el fondo» sólo si hay una «decisión» del autor se puede decir que el mismo ha «abandonado» la ejecución¹². Pero también es cierto que muy a menudo se interpreta con la mayor tranquilidad una tentativa claramente fracasada como si fuera un desistimiento involuntario¹³. Así pues, la fórmula de FRANK, que aún hoy tan pronto es alabada¹⁴ como tan pronto criticada por ser un «pobre recurso»¹⁵, en realidad no se refiere en absoluto al desistimiento involuntario de la tentativa, sino que es un intento de fórmula del objeto inidóneo, es decir, que lo que tal fórmula designa es la tentativa fracasada, en la que no cabe desistimiento voluntario ni involuntario.

V

Pero, prescindiendo de esto, políticocriminalmente tampoco tiene sentido hacer depender la voluntariedad únicamente de que siga siendo posible realizar el tipo. En efecto, si una persona parte de la base de que, si bien es

* Sobre las diversas posiciones de la doctrina y jurisprudencia alemanas en torno a la existencia misma, delimitación y requisitos de la tentativa fracasada, cfr. SCHMIDHÄUSER: Strafrecht AT, 1970, 15/81-83, pp. 501-503; en la doctrina española cfr. MUÑOZ CONDE: El desistimiento voluntario de consumir el delito, 1972, pp. 103-112, donde se examina además jurisprudencia del TS que guarda relación con el tema. (N. del T.)

¹¹ Igual que aquí SCHMIDHÄUSER: Lehrbuch, 15/82, 15/89; de modo especialmente claro en el sentido del texto, también HRUSCHKA: JZ 1969, p. 497; en principio, también de modo correcto GUTMANN: op. cit., pp. 80 ss. y passim (pero cfr. sobre este autor, HRUSCHKA: op. cit., nota 16, p. 497); cfr. también al respecto, ESER: Strafrecht II, número 32, A 32, 33.

¹² BGHSt. 9, 51.

¹³ P. ej., en la sentencia BGHSt. 4, 56 ss.: fracaso porque los efectos que encontró el ladrón eran demasiado escasos.

¹⁴ WELZEL, p. 197; MAURACH, p. 520.

¹⁵ SCHMIDHÄUSER: Allg. Teil, 15/91; también HEINITZ: JR 1956, p. 249, califica de «insuficiente» la fórmula de FRANK SCHRÖDER (JuS 1962, p. 82) opina que «en definitiva no se ha conseguido mucho» con ella.

cierto que aún puede realizar el tipo, inmediatamente después será atrapado y volverá a perder su eventual botín, la verdad es que su plan ha fracasado exactamente igual que si se hubiera interrumpido en un estadio anterior. Sea cual sea el motivo que se considere como ratio legis de la impunidad del desistimiento voluntario, ninguna de las concepciones en pugna —de las que más adelante hablaremos— podrá justificar el privilegio en tales casos. No hay por qué tenderle un «puente de plata» a costa de la impunidad para que se vuelva atrás a quien ve fracasar su plan de realizar impunemente el delito y lo abandona ya por esa razón. Quien se retira ante un riesgo demasiado grande actúa como lo haría cualquier delincuente empedernido, y realmente no hay ningún motivo para darle un premio por su huída (teoría del premio). Tampoco podrán ver aquí un caso de aplicación de su principio quienes quieren otorgar la «gracia» de la impunidad a causa de la menor energía criminal que se manifiesta en el desistimiento (teoría de la gracia). Ni tampoco se puede hablar de una desaparición de los fines que se han de perseguir con la pena (teoría del fin de la pena). En una palabra: no es correcta la afirmación de MAURACH¹⁶ según la cual las «meditaciones pro et contra de lo que pueda ocurrir tras la consumación del hecho pertenecen al terreno de la ética»; pues, por el contrario, pertenecen al plan del hecho de todo delincuente e incluirlas en el enjuiciamiento de la voluntariedad es propio de la más sobria política criminal.

VI

Si resulta, pues, que toda «solución psicológica» fracasa de modo evidente, de ello se deduce por fuerza que la «voluntariedad» ha de ser enjuiciada conforme a criterios valorativos y que también han de basarse secretamente en tales criterios las afirmaciones que sobre este tema se encuentran en la jurisprudencia. Y así es en efecto. La Sala quinta del Tribunal Supremo Federal resume la concepción del Tribunal Supremo del Reich, a la que se adhiere expresamente «de acuerdo con todas las demás Salas de lo penal», en el sentido de que el desistimiento «será involuntario si según todas las circunstancias el peligro de un pronto descubrimiento y castigo pesaba tanto sobre el procesado que éste razonablemente no lo podía aceptar y tenía que renunciar por eso a ejecutar el hecho» (BGHSt. 9, 50). A mi juicio, este resultado es correcto, pero solamente significa —expresándolo en palabras más sencillas— que el desistimiento es involuntario si para el autor no era razonable (lógico) seguir actuando. Ahora bien, no cabe duda de que la libertad en sentido psicológico comprende también la libertad de actuar de modo irrazonable (ilógico), posibilidad de la que, como es sabido, hacen

¹⁶ Allgemeiner Teil, p. 521.

uso los hombres con gran profusión¹⁷. Por lo cual, menos aún excluirá la libertad la lógica de la actuación del autor — y ese tendría que ser precisamente el caso si de la tesis del Tribunal Supremo Federal se quisiera deducir una imposibilidad psíquica de actuar de otro modo. Y es que en realidad en la sentencia del Tribunal Supremo Federal subyace otro razonamiento totalmente distinto que la sentencia expresa con suficiente claridad (loc. cit., pp. 51-52): «Como demuestra la experiencia, por regla general los delincuentes violan la ley penal porque esperan no ser descubiertos o, en todo caso, no ser declarados culpables. Quien renuncia a llevar adelante el hecho porque ha visto frustrada esa esperanza, sigue siendo peligroso y merecedor de pena». Así pues, no es en absoluto la libertad o falta de libertad, sino el hecho de que la voluntad del autor merezca una pena, es decir, un criterio absolutamente normativo, lo que para el Tribunal tiene «importancia decisiva».

VII

Pero si es ineludible tal normativización de la voluntariedad, la tarea a realizar sólo puede consistir en descubrir el punto de vista decisivo para la valoración. Ya en anteriores ocasiones¹⁸ he intentado mostrar que la jurisprudencia con fino juicio ha dado con el núcleo de la cuestión; sólo hay que despojarlo de la encubridora envoltura de la solución psicológica. En efecto, si el autor actúa involuntariamente cuando «razonablemente» no podía aceptar el peligro de un pronto descubrimiento y castigo, ésta es la lógica (la razón) «de un empedernido delincuente que pondera fríamente el riesgo y las posibilidades de éxito del plan concreto del hecho. Quien se ve encubierto y entonces desiste, actúa “razonablemente” en ese sentido; a cuyos efectos se debe partir del plan individual del hecho, pero sobre esa base se debe determinar de modo general el criterio a aplicar al desistimiento. Naturalmente, tal obediencia a las reglas de la profesión criminal no merece la recompensa del orden jurídico, por lo que hay que valorar ese desistimiento como involuntario. En cambio, aquél a quien de repente le entra un intenso miedo sin un motivo concreto en medio de su actuación como ladrón y sale huyendo, procede “irrazonablemente” según los criterios de su oficio (pues un delincuente “ordenado” no se atemoriza sin causa alguna). El desistimiento es voluntario porque el orden jurídico recompensa la desviación de las

¹⁷ Es sabido que este círculo de problemas ha de ser separado de la polémica en torno al «libre albedrío»; cfr. RGSt. 37, 402 y BOCKELMANN: op. cit., pp. 173-174. Sobre la cuestión de la autodeterminación en el aspecto filosófico-jurídico puede verse ahora el esclarecedor trabajo de HEINRICH HENKEL: Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem, Festschrift für Larenz, 1972.

¹⁸ ZStW 77 (1965), pp. 96-99; también en: ZStW 80 (1968), p. 708; Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, pp. 36-38 [«Política criminal y sistema del Derecho penal», trad. de MUÑOZ CONDE, 1972, pp. 71-74].

75, 395) como desistimiento voluntario, porque —dice— el autor no se veía forzado a renunciar a la violación *antes de* la pausa de descanso, sino que seguía teniendo libertad para decidir²⁷. La opinión ampliamente dominante en la doctrina aprueba esta solución²⁸, y la verdad es que no se ve por ninguna parte «coacción psíquica» para aceptar la propuesta de la víctima. Pero si notamos que la «solución psicológica» no es practicable en ningún caso y que lo que otras veces la jurisprudencia hace pasar por tal no supone sino una valoración políticocriminal encubierta, no debiera entonces ofrecer dificultades el tomar conciencia de esta concepción y, basándose en ella, negar la voluntariedad en este caso. Pues si el fin del autor era conseguir el yacimiento, lo «más razonable» que podía hacer era aceptar la proposición de la víctima, que le facilitaba de modo esencial la consecución de sus planes. Y por lo demás, la breve pausa para tomar aliento podía concordar perfectamente con las circunstancias de la situación. Políticocriminalmente es absolutamente incomprensible la razón por la que se debiera recompensar con la impunidad el hecho de aprovecharse hábilmente de la situación. Hay que tener en cuenta que, si todo hubiera ido conforme a los deseos del autor, la mujer no hubiera realizado el yacimiento precisamente con gusto; ella lo iba a soportar solamente para evitar la violación inmediata, es decir, que de un modo u otro el suceso habría seguido siendo una relación sexual conseguida bajo la presión del empleo inmediato de la violencia. Y si además se tiene en cuenta que según todas las teorías el hecho sigue siendo indudablemente punible como tentativa (por imposibilidad absoluta de ejecución) si, contra lo que se esperaba, la mujer acometida está dispuesta a complacer gustosa y en el acto los deseos del autor, queda totalmente claro el absurdo políticocriminal que supone la absolucón en el caso mucho más grave enjuiciado por el Tribunal Supremo Federal. La víctima solamente se ha librado del empleo inmediato de la violencia, pero por lo demás, si los acontecimientos hubieran seguido libremente su curso, habría visto gravemente menoscabada la integridad de su esfera sexual. Ninguno de los fines que se pueden atribuir a la pena ha dejado de tener validez frente al autor al que la violencia brutal le ha proporcionado un ventajoso «negocio». Así pues, no es preciso ni por lo más remoto acudir al escaso valor moral del motivo del desistimiento para rechazar la existencia de voluntariedad. En cambio, cuando BOCKELMANN²⁹ afirma desde el punto de vista de la «moral esotérica del Derecho» que «quien desiste de su tentativa de violación sólo porque espera poder conseguir su objetivo de modo menos peligroso y más cómodo, en el mejor de los casos habrá cambiado el papel de violador por el de seductor, y no merece que se le trate con miramientos», resulta que lo que se ha visto

²⁷ Sent. cit., p. 300.

²⁸ En contra sólo: BOCKELMANN: *Strafrechtliche Untersuchungen*, pp. 165, 183-184; ROXIN: *ZStW* 77 (1965), p. 98; OTTO: *GA* 1967, p. 152; HELLMUTH MAYER: *Studienbuch*, p. 147.

²⁹ *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 184.

correctamente está formulado de modo muy equívoco³⁰; pues cualquiera que sea el juicio moral que merezca el «seductor»³¹, éste (si se prescinde del § 182 StGB *) se mueve dentro de la legalidad, y eso ha de bastarle al Derecho penal. Por tanto, como ya se ha expuesto, no hay que fundamentar de otro modo la negativa a admitir la exención de pena.

XI

La razón de las dificultades que el caso de violación que acabamos de discutir le plantea a la teoría dominante estriba en que la entrega voluntaria ofrecida por la mujer no empeoraba sino que, por el contrario, mejoraba la situación para el autor. En efecto: por regla general la razón del desistimiento consiste en un cambio desfavorable de las circunstancias externas (en la mayoría de los casos, en que aumenta el peligro de ser descubierto y atrapado). Ante esa constelación es relativamente fácil transformar en psicológicas las bases cripto-normativas del juicio acerca de la voluntariedad:

Si se aumentan, siguiendo el camino equivocado, los sentimientos de disgusto que toda puesta en peligro del plan del hecho provoca hasta convertirlos en una imposibilidad psíquica de actuar de otro modo, se obtiene el mismo resultado que si se atiende correctamente a la valoración políticocriminal del motivo del desistimiento, que impide recompensar con la impunidad tales casos.

Pero este paralelismo de las soluciones, que ha contribuido decisivamente a oscurecer la problemática, desaparece en cuanto la situación externa, como ocurre en el caso que hemos tomado como ejemplo, se presenta más favorable para el autor; en tal caso no se puede negar la posibilidad de persistir

³⁰ Formulación criticada con toda la razón por STRATENWERTH: *Allg. Teil*, p. 202, núm. marginal 768. STRATENWERTH opina, por lo demás, que la polémica en torno a la voluntariedad o involuntariedad en el caso de la sentencia BGHSt. 7, 296 ss., es una «controversia aparente» (op. cit., p. 201, núm. marginal 763), porque mientras el autor esté decidido a emplear también la violencia posteriormente en caso necesario, no ha desistido aún en absoluto; y esto es correcto in abstracto. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal en el caso concreto se había puesto en la hipótesis más favorable al procesado, partiendo de la base de que éste había abandonado definitivamente su plan de violación. De todos modos, la proximidad de ambas situaciones muestra cuán errónea es una diferenciación que se pronuncie por la absolucón si se da la situación de la que partió el Tribunal Supremo Federal. Pues el que el procesado se hubiera o no propuesto volver a emplear la violencia en caso de posterior negativa a la relación sexual es algo que escapa por completo a la ulterior comprobación judicial, que, en consecuencia, depende totalmente de lo que admita el procesado. Y ciertamente es sumamente insatisfactorio que la absolucón o la condena deban depender de que el procesado (re)construya más o menos hábilmente sus reflexiones (a menudo ficticias).

³¹ Que, por lo visto, no goza de muchas simpatías entre los penalistas; cfr. al respecto mi discusión con SCHMIDHÄUSER, que ve en toda seducción un «desvalor material» en el sentido del Derecho penal (*Allg. Teil*, 18/8, p. 390), en: *ZStW* 83 (1971), pp. 392 s.

* Precepto que castiga un sólo tipo de estupro: la seducción de una muchacha honesta menor de dieciséis años. (*N. del T.*)

en el plan originario, de tal modo que el punto de partida psicológico tiene que conducir a una absolución que parece equivocada desde una perspectiva normativa. Así sucede en todos los ejemplos de este tipo. Si A se esfuerza por arrancarle a B de las manos un bastón con el que (A) quiere apalea a C, comete una tentativa de coacciones. Pero si otra persona, que guarda rencor a C, le entrega de motu proprio su bastón de nudos, mucho más apropiado para la paliza, a A y en vista de eso este último deja en paz a B para dirigirse acto seguido a apalea a C empleando el bastón de nudos, la opinión dominante tendrá que admitir, basándose en la sentencia BGHSt. 7, 296 ss., que hubo desistimiento voluntario de la tentativa de coacciones, ya que A no se encontraba impedido psíquicamente para continuar con sus esfuerzos por arrancarle el bastón a B con perspectivas de éxito al final. En cambio, desde el punto de vista aquí mantenido el hecho sigue siendo punible como tentativa de coacciones. Pues si se tiene en cuenta que si A se apartó de B fue sólo porque de ese modo podía conseguir más fácilmente su objetivo, habría sido enormemente insensato desde el punto de vista de una adecuada ejecución del delito persistir en la tentativa de coacciones. Y no se ve por qué habría de recompensarse con la exención de la pena de las coacciones el hecho de acomodarse a la situación de modo flexible y «conforme al delito». Tal solución no sólo sería políticocriminalmente absurda, sino que también constituiría un despropósito por cuanto que, según la propia doctrina dominante, los supuestos de mejora de la situación que evitan que continúe el delito (p. ej., en el caso de que B hubiera cambiado repentinamente de parecer y entregara voluntariamente el bastón) no excluyen la punibilidad de la tentativa.

XII

Sin el menor esfuerzo se podrían construir otros casos semejantes (sobre todo con otros delitos violentos como el asesinato y el robo)³², pero no es preciso hacerlo, ya que lo único que aquí nos interesa es el principio de que los desistimientos «criminalmente adecuados» tampoco son voluntarios aunque estén motivados por una mejora de la situación. SCHRÖDER, que comparte el punto de partida metodológico de estas reflexiones, opina, sin embargo —invocando expresamente el caso de violación que hemos comentado—, que no se puede extraer la conclusión de que el desistimiento era involuntario. A su juicio, «tal forma de remontarse desde la configuración legal concreta del carácter meritorio del desistimiento al principio general en que se basa supone una analogía inadmisibles por ser en perjuicio del reo»³³. Pero esta afirmación se basa en la premisa de que la ley, poniéndose en contradicción con su ratio, atiende sólo a la eficacia coactiva y excluyente de la liber-

³² Sobre un caso de hurto cualificado cfr. *mi* exposición en: ZStW 77 (1965), p. 99.

³³ MDR 1956, p. 323.

tad del motivo del desistimiento, hipótesis que por su misma irrealizabilidad lógica y práctica no se le puede atribuir al legislador, y que tampoco encuentra ningún apoyo en el tenor de la ley. En efecto, si el autor se detiene porque un cambio favorable de la situación hace que resulte sin sentido continuar la tentativa, ésta es una circunstancia que «era independiente de su voluntad», es decir, que modificaba la situación desde fuera y sin su intervención. La ley no dice por ninguna parte que esa circunstancia haya de ser siempre desfavorable; el «impedimento» del que habla el [antiguo] § 46, número 1, como ya vimos, no quiere decir un impedimento absoluto, sino sentirse impedido por consideraciones de utilidad criminalmente adecuadas. Asimismo y por las razones expuestas, el concepto de «voluntariedad» que emplea ahora el § 24 de la nueva Parte General no puede ser interpretado de modo que se estime que sólo una coacción que excluya la voluntad o un cambio desfavorable de la situación darán lugar a la involuntariedad. Si dos salteadores de caminos asaltan a un paseante para robarle, pero antes de la consumación del delito les surge la molestia de tener que dejarle porque viene por el camino el rico X y desvalijar a éste goza de prioridad según los principios de su gremio, ese desistimiento es involuntario pese a que el suceso se presente de modo más favorable, y también los dos delincuentes dirán: «De grado o por fuerza teníamos que dejar escapar al pez chico para atrapar al grande»³⁴. Es decir, que lo que caracteriza a la involuntariedad es la acomodación, que vista desde la «lógica del delincuente» tiene carácter forzoso, al cambio de la situación, siendo indiferente que el mismo haya sido para mejorar o para empeorar. Por eso no me parece correcta la opinión de GUTMANN³⁵ de que «ninguna fórmula (puede) evitar que, cuanto más favorable se le presente la situación al autor, tantas más posibilidades se le ofrezcan de salir impune. Estas insoportables consecuencias son ineludibles porque se basan en la esencia del precepto mismo». No existe en absoluto tal «esencia», que impediría una interpretación políticocriminalmente razonable y forzaría al legislador a dictar regulaciones «insoportables».

XIII

Naturalmente la concepción aquí defendida tampoco puede disipar todas las dudas en casos extremos con su procedimiento de convertir la actuación según los principios de la lógica del delincuente en criterio de la involunta-

³⁴ Naturalmente que en el plano puramente fáctico los autores habrían podido optar por lo insensato y renunciar al botín grande para quedarse con el pequeño; pero, como ya se ha expuesto, en *todo* desistimiento involuntario (incluso en caso de empeoramiento de la situación) concurre la capacidad de seguir actuando de modo poco inteligente. Pero si los autores querían robar el objeto que merecía la pena, *tenían que* dejar a su primera víctima. El desistimiento sólo sería voluntario si la situación hubiera permitido robar a los dos paseantes y, por tanto, conseguir el botín mayor sin renunciar al menor.

³⁵ Die Freiwilligkeit etc., pp. 2-3.

riedad. Pero, no obstante, sus resultados me parecen más claros y convincentes que las soluciones que se pueden obtener decidiendo según la intensidad de la presión psíquica. Así, por ejemplo, SCHRÖDER³⁶ opina que hay un desistimiento involuntario «si unos signos desfavorables mueven a echarse atrás al sujeto supersticioso». Pero hasta qué punto tienen influencia psíquicamente coactiva los «signos desfavorables», que, por cierto, no implican un empeoramiento externo de la situación, es algo que depende totalmente del grado de superstición y no se puede decidir a posteriori; si en tales casos se rechaza la voluntariedad, entonces ya no se puede comprender por qué iba a ser voluntario un desistimiento debido a graves remordimientos de conciencia. Difícilmente se podrá afirmar que haya una legalidad que tenga por consecuencia el que las ideas supersticiosas tengan mayor influencia por principio que la voz de la conciencia. Pero así como los intentos psicológicos de delimitación conducen a la arbitrariedad, así de claro resulta que, según la valoración políticocriminal aquí propuesta, hay que admitir —en contra de lo que opina SCHRÖDER— que el desistimiento en este caso es voluntario, porque un delincuente que sin impedimento externo alguno desiste de sus hechos por pura superstición actúa de modo nada razonable según las reglas de su profesión; no ha reunido la fuerza necesaria para cometer el delito y por eso tampoco hace falta castigarle. Como se puede ver, una perspectiva normativa como la que hemos aplicado aquí no juzga en absoluto conforme a criterios primariamente morales, y, en cambio, puede restringir muy bien la punibilidad de la conducta de quien desiste.

SCHRÖDER considera que hay voluntariedad «si un ratero, que ya tiene la mano dentro del bolsillo de la víctima, comprueba que se trata de un amigo» y renuncia entonces a consumir el hecho. Esta opinión es, ciertamente, correcta, porque la innecesaria consideración hacia otras personas contradice las normas de un supuesto reglamento del delito, que están orientadas únicamente al interés egoísta, y merece por ello la impunidad. Pero una fundamentación que atiende a la libertad o falta de libertad psíquica se vuelve a ver inmediatamente ante la aporía de que la afirmación de la voluntariedad presupone un sujeto muy desvergonzado al que le resultara fácil en principio hurtar incluso a sus mejores amigos. Pero si el sujeto afirma que es cierto que suele meter sus dedos en bolsillos ajenos de vez en cuando, pero que también tiene su honor y nunca hurtaría a sus amigos, la decisión, si se la quiere basar en la intensidad de la presión ejercida por la motivación, resulta sumamente dudosa. Sea como fuere, no es convincente que sea más fácil afirmar la voluntariedad en los delincuentes empedernidos que en aquellos que al menos aún respetan en aspectos parciales los principios éticosociales reconocidos.

Lo poco que nos puede servir de ayuda la delimitación «psicológica» se pone también de relieve cuando SCHRÖDER, a diferencia de lo que opinaba

³⁶ MDR 1956, p. 323.

en el ejemplo del amigo, considera involuntario el desistimiento si la mujer del autor declara «que se suicidará si continúa el hecho»³⁶. Desde el punto de vista de la teoría dominante no se podría resolver con carácter general este caso en uno u otro sentido, sino que habría que diferenciar según que al autor le resultara horrible el suicidio de su mujer o —como suele suceder— le fuera indiferente (cuando no motivo de alegría). Para decirlo concretamente: si el autor amaba a su mujer, habría que apreciar involuntariedad; y cuanto menos significara ella para él, tanto antes sería voluntario el desistimiento. Esta solución sería consecuente pero asombrosa, pues un autor al que el amor hacia su mujer le mantiene en definitiva dentro de los límites de la legalidad, no sigue consecuentemente las normas de la lógica del delincuente; su voluntad criminal es menos fuerte, por lo que debería reconocerse el carácter voluntario de su desistimiento. En cambio habría que apreciar involuntariedad si el autor desistiera sólo porque, de suicidarse su mujer, él perdería el patrimonio de ella o porque la muerte de la misma le acarrearía el procesamiento por omisión del deber de impedir el suicidio; y habría que negar la voluntariedad porque cualquier delincuente, por muy obstinado que sea, desistirá razonablemente (lógicamente) si ve que la prosecución de su acción le traerá más daño que provecho. Y no hay ningún motivo para recompensar ese cálculo con la impunidad. De este modo nuestro criterio políticocriminal conduce también a resultados diferentes según la situación del caso; pero las diferenciaciones son más claras y con todo más plausibles que las consecuencias de la opinión dominante.

XIV

El espacio de que dispongo no es suficiente para ejemplificar en detalles el principio expuesto de la mano de los numerosos casos que se encuentran en la jurisprudencia^{36 bis}. En lugar de esto, vamos a demostrar para concluir la utilidad de ese principio ocupándonos al menos de dos constelaciones de problemas especialmente discutidas: el desistimiento por razones «internas» pese a la falta de impedimento externo y la delimitación entre tentativa fracasada (o fallida) y tentativa inacabada.

1. En caso de desistimiento por razones de conciencia la jurisprudencia hasta ahora ha afirmado siempre su voluntariedad. Naturalmente, este resultado es correcto, porque tal desistimiento supone un retorno a la legalidad y muestra que la energía criminal del autor no ha sido suficiente para consumir el delito. Pero desde el punto de vista de una delimitación psicológica sólo se puede defender esa solución si se sienta la cínica premisa de que

^{36 bis} En efecto, sólo desarrollando —cosa que aquí es imposible— la idea rectora de la «lógica del delincuente» sobre todo el material de casos, se vería claramente en toda su extensión —conforme a su estructura metodológica de directriz normativa— su importancia teórica y utilidad práctica.

cualquier persona en cualquier situación puede vencer sin especiales esfuerzos las objeciones de su conciencia³⁷. Sea como fuere, a la jurisprudencia no le ha resultado problemática la cuestión. Ya en la primera sentencia fundamental sobre el tema³⁸, en la que se trataba de un caso de retractamiento de un falso testimonio, se dice como algo que se da incuestionablemente por supuesto: «Presionado por su conciencia,... *es decir*, voluntariamente, en cualquier caso sin que circunstancias independientes de su voluntad le impidieran insistir en las falsas declaraciones que hizo al principio, el testigo desistió...».

En contraste con el carácter inequívoco de estas afirmaciones encontramos enormes vacilaciones en la jurisprudencia cuando son el miedo o el terror los que han motivado el desistimiento. Ya el Tribunal Supremo del Reich consideró involuntario un desistimiento debido a que el ladrón se acobardó aterrorizado al ver cómo se desplomaba la víctima derribada por él³⁹. El Tribunal Supremo Federal siguió este criterio en un caso muy parecido⁴⁰: El autor había golpeado en la cabeza con una barra de hierro al dueño de una tienda para poder robar el contenido de la caja; pero entonces desistió alegando que «la vidriosa mirada de su víctima al desplomarse le (había) recordado a la de un animal en el matadero y le (había) dado miedo. Por eso no estaba en condiciones de tomar el dinero». Otras sentencias llegan al resultado opuesto. En el caso de un sujeto que había desistido de su tentativa de homicidio porque, después de dar varios hachazos en la cabeza a la víctima, al ver a la muchacha inconsciente y cubierta de sangre se había dado cuenta de las consecuencias de su hecho, el Tribunal Supremo Federal⁴¹ aprecia desistimiento voluntario. Asimismo se admite la voluntariedad del desistimiento de tentativa de homicidio en un caso⁴² en el que la vista de la mujer herida fue «demasiado» para el autor; «éste sencillamente ya no podía más; ahora ya no quería que la mujer se desangrara en el sótano». La «conmoción anímica», opina el Tribunal Supremo Federal, no era una razón «coactiva» para el desistimiento.

Estos pocos ejemplos muestran ya que en caso de desistimiento por «conmoción anímica» los resultados a que llega la jurisprudencia son prácticamente arbitrarios. Cosa que tampoco puede sorprender cuando se hace depender la decisión de que los motivos que dieron lugar al desistimiento fueran o no fueran «psicológicamente coactivos». Ni siquiera en el momento del hecho puede ningún hombre contestar a la cuestión de si en tales situaciones el autor hubiera podido actuar de otro modo sólo con que hubiera querido; menos aún podrá el juez cuando intente reconstruir el curso de los aconteci-

³⁷ Así lo ha señalado ya BOCKELMANN: *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 174.

³⁸ RGSt. 14, 19 ss. (22).

³⁹ RGSt. 68, 238 ss.

⁴⁰ Sent. del BGH, en: MDR 1958, p. 12, transcrita por DALLINGER.

⁴¹ Sent. del BGH, en: MDR 1952, pp. 530-531, transcrita por DALLINGER.

⁴² BGHSt. 21, 216 s. (217).

mientos muchos meses después. Cualquier afirmación acaba aquí convirtiéndose en una suposición que además estará influida por las declaraciones más o menos hábiles del procesado, que curiosamente tiene que intentar aparecer como especialmente «curtido» para lograr una defensa con éxito; cuanto menos le desequilibren las escenas horribles, tanto más seguro será que se admita la voluntariedad. Es imposible que todo esto sea correcto y, efectivamente, los mismos resultados conducen ad absurdum. Pero además, tampoco concuerda con las decisiones adoptadas sobre el desistimiento por razones de conciencia, ya que muy bien puede ocurrir que la voz de la conciencia se manifieste en forma de un miedo horrible que surja de repente, del mismo modo que, a la inversa, la visión de la víctima cubierta de sangre puede despertar la conciencia del autor y provocar así el desistimiento. En casos de este tipo se pueden intercambiar prácticamente a voluntad conceptos tales como espanto, miedo, presión de la conciencia, arrepentimiento arrollador o compasión irresistible, tanto más cuanto que en la práctica forense se trata siempre de interpretaciones a posteriori.

Así pues, la «solución psicológica» falla por completo en caso de motivos puramente internos porque no nos ofrece resultados controlables racionalmente. En cambio, desde el punto de vista de la teoría aquí mantenida hay que considerar voluntario el desistimiento siempre que se deba a «conmoción anímica» (sea cual fuere la forma de interpretar posteriormente esa circunstancia), ya que un sujeto que sin ningún impedimento externo se siente movido a retroceder porque interiormente no es capaz de enfrentarse con su hecho, se separa de las normas de la lógica del delincuente. El ladrón o el asesino «normales» no se asustan ni tienen miedo de los inevitables fenómenos concomitantes con sus hechos. La conducta de quien se detiene cuando ve con toda claridad las consecuencias de su hecho es la reacción de una persona decente en el momento decisivo, de una persona que nunca llevaría a cabo algo así; y ello merece el premio de la exención de pena. Es indudable que sólo esta solución permite dar fundamentaciones claras y justas y que tiene además la razón polímicriminal de su parte.

2. La delimitación entre tentativa fracasada (o fallida) y tentativa inacabada hace referencia a la cuestión de si el autor merece conseguir la impunidad en caso de que sus iniciales esfuerzos aún no hayan dado lugar a la realización del tipo y, sin embargo, renuncie voluntariamente a realizar ulteriores acciones con perspectivas de éxito. El autor, por ejemplo, quiere apuñalar a otra persona, pero, al no alcanzarle mortalmente a la primera, cesa en su intento, aunque con unas cuantas puñaladas más habría podido matar sin gran esfuerzo a la víctima que yacía indefensa ante él. Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Reich⁴³ y del Tribunal Supremo Federal⁴⁴ hace aquí la siguiente distinción: Si el autor quería provocar el

⁴³ Sobre la misma detalladamente OTTO: GA 1967, pp. 144 ss.

⁴⁴ BGHSt. 10, 129 ss.; 14, 75 ss.; 22, 176 ss.; 22, 330 ss.; más casos en OTTO: op. cit., loc. cit.

resultado con el primer acto de su acción, hay tentativa fracasada, en la que es imposible el desistimiento. Pero si de antemano había contado con que necesitaría varias puñaladas o si no había reflexionado en absoluto sobre el número de actos concretos necesarios para provocar el resultado, se trata de una única tentativa inacabada y la voluntaria renuncia a ulteriores acciones da lugar a la exención de pena.

Sustancialmente, esta constelación de problemas se corresponde por completo con el planteamiento de los casos corrientes de desistimiento. En todos ellos se trata sólo de saber si el hecho de poner fin a la actividad pese a que aún era posible provocar el resultado debe gozar del privilegio del § 46, 1.º, StGB. Ahora bien, aquí no encaja el punto de partida teórico de la doctrina dominante, que atiende a la intensidad de la presión ejercida sobre la voluntad; por eso se ha acudido a una delimitación psicológica basada en la representación del autor. Resulta evidente cuán incongruentes son sus resultados⁴⁵: quien tenga tanta sangre fría que calcule con anterioridad todas las eventualidades (y, por tanto, también la posible necesidad de varios actos concretos), quedará impune; en cambio, la persona irreflexiva que crea poder conseguir su objetivo con un solo acto, deberá ser siempre castigada. Ante esto no se alcanza a comprender qué sentido políticocriminal puede tener semejante delimitación entre punibilidad e impunidad.

La jurisprudencia reciente elude las consecuencias de su teoría cuando los resultados son demasiado insatisfactorios. Una de las últimas sentencias sobre el tema⁴⁶ se ocupó de un caso en que el autor golpeó en la cabeza a su hijastra con unas tenazas; al hacerlo, según declara probado el tribunal inferior, partía de la base de que el golpe mataría inmediatamente a la hijastra; pero ésta quedó solamente aturdida y, aunque el autor se dio cuenta de ello, renunció a seguir golpeándola, por más que aún hubiera sido posible matarla sin peligro. Desde el punto de vista de la jurisprudencia se tendría que haber castigado por tentativa fracasada, dado que el plan —matar de un golpe— se había vuelto impracticable. Pero en vez de eso, el Tribunal Supremo Federal califica los hechos como tentativa inacabada, afirmando: «Quien golpea a otro con dolo directo de asesinato en las circunstancias y del modo que lo ha hecho el procesado, por regla general no se preocupa de pensar concretamente el número de golpes que tiene la intención de dar a su víctima, sino que al cometer el hecho le domina la voluntad de golpear a la víctima hasta conseguir el objetivo correspondiente a su dolo. La creencia de que el primer golpe matará ya a la víctima no excluye tal voluntad que desde el principio determina el curso del hecho...» A este respecto ha hecho notar DREHER⁴⁷, con razón, que la Sala ha «convertido en realidad un caso de tentativa acabada según la opinión dominante en otro de tentativa inacabada, al sustituir la apreciación probatoria del juez instructor por la

⁴⁵ Cfr. sobre todo, OTTO: op. cit., loc. cit.; DREHER: JR 1969, pp. 106 s.

⁴⁶ BGHSt. 22, 176 s.

⁴⁷ JR 1969, p. 106.

suya propia». Así pues, sólo un cambio del sentido de los hechos ha hecho posible aquí el resultado correcto y deseado, es decir, la admisión del desistimiento voluntario de la tentativa de asesinato⁴⁸. Este ejemplo muestra ya con suficiente claridad que la solución psicológica fracasada ante el problema que nos ocupa; pero es que además OTTO ha demostrado mediante un análisis de toda la jurisprudencia anterior (hasta 1966) «que en definitiva han sido la casualidad o una hábil declaración del autor las que han decidido si se castigaba o si se absolvía»⁴⁹.

Por el contrario, la opinión aquí defendida nos lleva a afirmar que en todos los casos hay desistimiento voluntario. Mientras el autor pueda seguir actuando con perspectivas de éxito y sin aumento del riesgo que corre, conforme a las normas de la profesión criminal sería muy irrazonable (muy ilógico) echarse atrás; justamente por eso tales casos deben calificarse en su totalidad como tentativas inacabadas, sin que importen las ideas del autor sobre el número de actos concretos necesarios para provocar el resultado. La persona que «en la concreta situación del hecho es consciente de que le quedan posibilidades concretas de éxito y, sin embargo, renuncia a provocar el resultado», ha «manifestado objetivamente» con ello «que abandona el camino del crimen»⁵⁰. Precisamente ese retorno a la legalidad prueba la menor energía criminal del autor que hace que sea superflua una sanción penal y que en todo momento nos ha servido de ratio para enjuiciar la voluntariedad. Con respecto a este grupo de casos también defiende este resultado una opinión aún no dominante, pero que en los últimos años gana terreno de forma creciente en la doctrina⁵¹; pero sólo la solución aquí propuesta permite ver tal decisión como consecuencia de una concepción teleológico-políticocriminal de la voluntariedad que abarca todos los grupos de casos⁵².

⁴⁸ También SCHRÖDER (SCHÖNKE-SCHRÖDER: 16.ª ed., 1972, § 46, nota 8 a) califica el procedimiento del BGH de «corrección arbitraria de las ideas del autor».

⁴⁹ Op. cit., p. 145.

⁵⁰ OTTO: op. cit., p. 149, que ha sido el primero en exponer resumidamente esto, alude incluso a la coincidencia de su concepción con la mía (op. cit., nota 34, p. 152).

⁵¹ OTTO: op. cit., loc. cit.; DREHER: JR 1969, pp. 106-107; BLEI: JA 1969, StR. pp. 91 s.; SCHMIDHÄUSER: Allg. Teil, 1970, p. 502.

⁵² No obstante, en la doctrina también se mantiene la tesis exactamente inversa de que, con independencia de las ideas del autor, debe considerarse cada acto concreto como tentativa autónoma, cuyo fracaso hace imposible un desistimiento (GUTMANN: op. cit., pp. 92 ss.; BAUMANN: Allg. Teil, 5.ª ed., 1968, pp. 500 s.). Hay que reconocer que esta concepción evita los arbitrarios resultados de la jurisprudencia, pero materialmente no puede ser correcta. DREHER (op. cit., p. 106) señala con razón que, de lo contrario, un sujeto que dispare con un fusil ametrallador contra su víctima y sólo le alcance con el décimo disparo tras fallar los nueve primeros, tendría que ser castigado por asesinato junto con otras nueve tentativas de asesinato. Y, en efecto, difícilmente se podría negar que aquí sólo ha habido un asesinato (primero intentado y después consumado). No me convence el ejemplo de BAUMANN en sentido contrario (op. cit., p. 501), según el cual es injusto «que se pueda lograr la impunidad si tras una tentativa fracasada se busca rápidamente una posibilidad concreta de proseguir el hecho y, sin embargo, no se la pone en práctica». Precisamente, mientras el autor vea una posibilidad

Si se acepta lo que hemos expuesto sobre los presupuestos de la voluntariedad, de ello se desprende que la llamada teoría del fin de la pena, tal como la formuló por primera vez el Tribunal Supremo Federal⁵³, es la que precisa acertadamente cuál es la ratio del privilegio del desistimiento. La sentencia decisiva se ocupó del caso, que llegó a ser muy conocido, en que un sujeto había desistido de una tentativa de violación porque la mujer asaltada en la oscuridad, contra lo que el procesado esperaba, había resultado ser una conocida suya. El Tribunal Supremo Federal hizo la siguiente distinción en este caso: si el acusado desistió porque se había avergonzado, se trata de un desistimiento voluntario; si, por el contrario, sólo cesó en su intento porque temía la denuncia y el castigo, el desistimiento es involuntario. Materialmente esto coincide con los principios que aquí hemos expuesto: desde el punto de vista de un violador consecuente la vergüenza es un motivo irrazonable para el desistimiento y merece por ello la exención de pena; en cambio, el hecho de retroceder ante la perspectiva segura de denuncia y castigo es una mera acomodación al cambio de situación y no hace desaparecer un ápice de la peligrosidad del comportamiento del autor. Muy acertadamente fundamenta también el Tribunal Supremo Federal —aunque sin reconocer la contradicción con el punto de partida «psicológico» que sigue manteniendo— la impunidad partiendo de la teoría del fin de la pena⁵⁴: «Si el autor desiste voluntariamente de la tentativa comenzada, ello muestra que su voluntad criminal no era tan fuerte como hubiera sido necesario para ejecutar el hecho. Su peligrosidad, manifestada al principio en la tentativa, resulta posteriormente esencialmente menor. Por esta razón prescinde la ley de castigar la "tentativa como tal", pues ya no le parece necesaria la pena para disuadir al autor de cometer hechos punibles en el futuro, para intimidar a otros ni para restablecer el orden jurídico violado. La ley considera mejor garantizados especialmente el primer fin y la idea de la justicia si ya no se le imputa al autor la decisión criminal que ha abandonado a tiempo y se le castiga sólo en la medida que con sus acciones de tentativa hubiera podido realizar ya el tipo completo de otra acción punible»⁵⁵.

Aún puede precisarse más esto. No hay razones de prevención general que reclamen un castigo, porque no se produce el resultado y el autor, al

«concreta» (es decir, que se presenta directamente a continuación del primer acto de la acción) de proseguir el hecho, aún no hay tentativa acabada, y la renuncia voluntaria a esa posibilidad de producir el resultado merece totalmente la impunidad; justamente por eso debería valer esto para la teoría «utilitarista» del desistimiento de BAUMANN (cfr. al respecto supra, p. 255).

⁵³ BGHSt. 9, 48 ss.

⁵⁴ Sent. cit., p. 52.

⁵⁵ Coinciden en lo fundamental con el BGH, MEZGER-BLEI: Allg. Teil, 14.ª ed., 1970, p. 256.

mostrarse fiel al Derecho en el momento decisivo, no da mal ejemplo a nadie. Las influencias de prevención especial son innecesarias porque con su desistimiento el autor ha vuelto a la legalidad; su eventual inestabilidad, manifestada ya a través de la tentativa, no es por sí sola razón suficiente para imponer sanciones penales si el sujeto renuncia voluntariamente a provocar el resultado. Y la compensación de la culpabilidad parece también superflua porque el mismo autor ha reparado y «compensado» la culpabilidad que implicaba la tentativa con su voluntario desistimiento.

Los argumentos que se han aducido en la doctrina contra la teoría del fin de la pena no me parecen consistentes. Así, JESCHECK⁵⁶ dice: «En contra de esa teoría habla el hecho de que la voluntad del autor en el momento de la tentativa puede haber sido perfectamente lo bastante fuerte para la consumación, pues a menudo el desistimiento es provocado por circunstancias externas puramente casuales. El merecimiento de pena del hecho no desaparece, pues, sin más por el desistimiento»; y puede que esto sea cierto desde el punto de partida psicológico de la teoría dominante con sus resultados frecuentemente absurdos. Pero si de acuerdo con la opinión aquí defendida se exige una forma de actuar contraria a la «lógica del delincuente» para que haya voluntariedad, las «circunstancias externas puramente casuales» nunca podrán por sí solas dar lugar a la impunidad, sino que siempre tiene que haberse mostrado que pese a la falta de impedimentos externos el autor no fue capaz en el momento decisivo de cometer el hecho; su voluntad no puede «haber sido lo bastante fuerte para la consumación», pues de lo contrario precisamente se habría llegado a la consumación. Así pues, en el fondo las objeciones de JESCHECK no afectan a la teoría del fin de la pena, sino a la errónea interpretación de la voluntariedad por parte de la opinión dominante⁵⁷.

En cambio, la opinión hoy dominante⁵⁸, que —si bien con consecuencias muy diferentes en los puntos concretos— considera la impunidad como una prueba de gracia frente al autor o como recompensa (premio) por el mérito que implica su desistimiento (teoría de la gracia, teoría del premio), concibe de modo muy confuso la ratio del privilegio. Es cierto que el desistimiento voluntario es «recompensado» con la impunidad; pero esa afirma-

⁵⁶ Allg. Teil, p. 357; expresamente en ese sentido LANG-HINRICHSSEN: Festschrift für Engisch, 1969, pp. 378 ss., cuya alusión a la necesidad de valorar unitariamente la tentativa y el desistimiento merece, sin embargo, un total asentimiento; cfr. al respecto el texto que sigue.

⁵⁷ Si se mantiene el punto de vista de que, tanto en la tentativa inacabada como en la acabada, la impunidad presupone siempre que los esfuerzos del desistimiento del autor se vean coronados por el éxito (cfr. al respecto STRATENWERTH: Allg. Teil, números 764-766), ello se puede compaginar sin dificultades con la teoría del fin de la pena; pues si resulta que la acción del autor ha producido el resultado, subsisten también las necesidades preventivo-generales de sanción penal.

⁵⁸ BUSCH: LK, 9.ª ed., § 46, nota 4; SCHÖNKE-SCHRÖDER: 16.ª ed., § 46, nota 2; JESCHECK: Allg. Teil, p. 357; BAUMANN: Allg. Teil, 5.ª ed., p. 514; BOCKELMANN: Strafrechtliche Untersuchungen, pp. 182 s., y otras.

ción sólo contiene una transcripción de lo que de todos modos está en la ley. La cuestión decisiva es por qué «recompensa» de ese modo el legislador el desistimiento voluntario y por qué depara la «gracia» de la impunidad al autor de la tentativa. Pero a esto no sabe contestar la «teoría de la gracia»⁵⁹; esa falta de claridad es también la razón de que sus defensores lleguen a resultados muy diferentes al enjuiciar la voluntariedad. Si se opina que el desistimiento es recompensado con la impunidad porque en tal caso ya no hay necesidad de pena, se está defendiendo en realidad la teoría del fin de la pena. Si, por el contrario, como alegan la mayoría de los defensores de esa concepción criticando a la teoría del fin de la pena, se cree que el desistimiento voluntario no hace desaparecer el merecimiento de pena, entonces no hay ninguna explicación de por qué el legislador ha dispuesto, no obstante, la impunidad. Con toda razón señala SCHMIDHÄUSER⁶⁰ que el Derecho penal no está ahí para «premiar» a los malhechores.

Una tercera explicación del privilegio del desistimiento es la que propone la teoría, antiguamente dominante, del «puente de plata»⁶¹, según la cual se debe ofrecer al autor un incentivo (un «puente de plata») para el desistimiento planteándole la perspectiva de la impunidad. Hoy se rechaza mayoritariamente esta concepción, porque la experiencia ha mostrado que en los sumamente numerosos casos de desistimiento enjuiciados por la jurisprudencia aún no ha habido un solo autor que haya desistido porque quisiera ganarse la impunidad⁶². Y si el desistimiento voluntario se debe siempre a otras causas y pese a ello se produce la impunidad, la teoría del puente de plata no sirve para darnos la explicación. STRATENWERTH⁶³ opina que el legislador, al conceder la impunidad, al menos ha de perseguir también el fin políticocriminal de facilitar el retorno al autor, pues de lo contrario no se podría entender por qué sólo se libra de pena el desistimiento con éxito. Pero a esto hay que responder que la no concesión de la impunidad en caso de que se produzca el resultado pese a los esfuerzos del desistimiento se puede explicar perfectamente desde el punto de vista de la teoría del fin de la pena por razones de prevención general⁶⁴. Además la teoría del puente de plata no tiene que exigir necesariamente que se evite el resultado; el incentivo psicológico para el retorno se reforzaría incluso más si los serios esfuerzos por evitar el resultado condujeran ya por sí solos a la impunidad. De todos modos, la teoría del puente de plata supone el punto de vista correcto de que en cualquier caso al autor no le debe alejar del desistimiento la refle-

⁵⁹ Cteramente ESER: Strafrecht II, 1971, 32 A 17.

⁶⁰ Allg. Teil, p. 499; la concepción de SCHMIDHÄUSER (op. cit., p. 498), según la cual, de haber desistimiento voluntario, es obligada la impunidad porque en ese caso el delito no se afirma en la sociedad, se acerca a la teoría del fin de la pena.

⁶¹ Aún hoy es defendida, sobre todo, por MAURACH: Allg. Teil, 4.ª ed., p. 518.

⁶² Expresa y enérgicamente en ese sentido, BOCKELMANN: Strafrechtliche Untersuchungen, pp. 176 ss.

⁶³ Allg. Teil, núm. marginal 756.

⁶⁴ Cfr. nota 57.

xión de que pese a todo se le seguirá castigando exactamente igual. Pero lo que tal teoría no puede ser es la razón decisiva de la concesión del privilegio del desistimiento.

XVI

Para concluir y en base a lo expuesto hasta ahora, sólo queda por plantear la cuestión de la posición sistemática del desistimiento liberador de pena. Como es sabido, la opinión absolutamente dominante ve en el mismo una excusa absolutoria⁶⁵, es decir, que afirma que concurren injusto y culpabilidad pese al desistimiento voluntario. Esto puede ser consecuente si se parte de la teoría de la gracia; pues tampoco el indulto en sentido técnico-jurídico suprime la existencia de una realización culpable del delito y, en consecuencia, es clasificado como excusa absolutoria. La teoría del puente de plata también tiene que situar sistemáticamente el desistimiento fuera del injusto y la culpabilidad, ya que su idea políticocriminal fundamental, consistente en ofrecerle al autor un aliciente para el retorno concediéndole la exención de pena, no cambia para nada el que el hecho sea punible en principio; es éste un punto de vista similar al que, por ejemplo, se manifiesta en el Derecho procesal en el § 153 d StPO*.

Pero la problemática se plantea de forma distinta si se sigue la teoría del fin de la pena. Porque si, de haber un desistimiento voluntario, ya no hay en absoluto conducta merecedora de pena según la valoración del legislador, no se puede partir al mismo tiempo de la base de que concurre una acción delictiva culpable. Por eso, ya he intentado en una ocasión anterior⁶⁶ interpretar el desistimiento voluntario como causa de exclusión de la culpabilidad. Esta afirmación presupone, sin embargo, dos cosas:

En primer lugar hay que decidirse a considerar la acción de tentativa y el posterior desistimiento, no como fenómenos aislados, sino como un objeto unitario de valoración⁶⁷. Cuando el juez enjuicia un desistimiento voluntario

⁶⁵ Cfr. solamente BUSCH: Leipziger Kommentar, § 46, notas 1 y 7, con ulteriores indicaciones.

* Este precepto (hoy § 153 e) en su ap. 1, que es el que aquí interesa, permite al Fiscal General Federal prescindir de la acción pública (o, según el ap. 2, al Tribunal Superior del Land sobreeser el procedimiento) en los casos en que el reo de delitos de peligro para el Estado, de traición, contra la defensa nacional, de asociación ilegal de fines políticos, de omisión de denuncia del delito de traición, etc., después de cometer el hecho pero antes de saber que ha sido descubierto, contribuyera a evitar un peligro para la seguridad nacional o el orden constitucional, o revelara los conocimientos que por su delito tuviera de planes de delitos de traición o contra la seguridad estatal. (N. del T.)

⁶⁶ En: «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1970, pp. 36 ss. [«Política criminal y sistema del Derecho penal», trad. de MUÑOZ CONDE, 1972, pp. 71 ss.].

⁶⁷ Cfr. sobre esta teoría que va ganando terreno, R. v. HIPPEL: Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966; LANG-HINRICHSSEN: Bemerkungen zum Begriff der «Tat» im Strafrecht, en: Festschrift für Engisch, 1969, pp. 366 ss.; el mismo, en: JR 1968, pp. 278-279; SCHMIDHÄUSER: Allg. Teil, pp. 498-499.

no tiene que suprimir una pena, sino decidir si es que acaso debe imponerse una sanción, y si no hay ningún motivo para ello, el comportamiento del autor —considerado como un todo— no constituye un injusto penal culpable.

En segundo lugar, no hay que considerar la categoría delictiva de la culpabilidad únicamente desde el punto de vista del poder actuar de otro modo, sino interpretarla partiendo de la teoría del fin de la pena⁶⁸. Naturalmente que sería mejor si el autor que desiste voluntariamente hubiera omitido de antemano su actuación; en tanto en cuanto, habría podido comportarse de modo distinto y conforme está ordenado. Pero la responsabilidad jurídica penal desaparece ya si, partiendo de la teoría del fin de la pena, no existe ninguna razón para imponer una sanción. Como es sabido, en la mayoría de los casos de estado de necesidad disculpante ([antiguos] §§ 52 y 54 StGB) resulta que el autor hubiera podido hacer frente al peligro en caso necesario, tal y como se les exige a determinados grupos de profesiones (soldados, policías, etc.); pero las razones de prevención general no obligan a imponer penas en tales casos, y ello basta para la exclusión de la culpabilidad⁶⁹. En cambio, sólo se deben admitir causas de exclusión de la punibilidad y excusas absolutorias, que dejan subsistente la pena, en aquellos casos en que en principio la sanción estaría indicada desde el punto de vista de los fines del Derecho penal, pero se prescinde del castigo por razones político-jurídicas de otro tipo (conservación de la familia en el § 247, ap. 2, StGB, razones políticas en el caso de amnistía, etc.).

La opinión de que la impunidad en caso de desistimiento voluntario de la tentativa tiene algo que ver con la culpabilidad comienza a extenderse también en la doctrina. Así leemos en el manual de WELZEL⁷⁰: «El verdadero sentido del privilegio otorgado a quien desiste radica en la insignificancia de su culpabilidad, lo que se pone de manifiesto en el desistimiento. Partiendo de esta base ha de ser revisada la interpretación que hasta ahora se ha hecho del § 46». Esto coincide por completo con la concepción aquí mantenida⁷¹. Sólo que entonces WELZEL, para ser consecuente, tendría que seguir la concepción de la voluntariedad que se ha desarrollado más arriba, ya

⁶⁸ Cfr. al respecto *mis* manifestaciones de principio en «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», 1970, pp. 33 ss. [«Política criminal y sistema del Derecho penal», trad. de MUÑOZ CONDE, 1972, pp. 67 ss.]. El término «culpabilidad» es demasiado estrecho, en cuanto que ese grado del delito guarda relación con todas las circunstancias decisivas para la responsabilidad —y, por tanto, también con puntos de vista preventivos—. Por ello sería más exacto hablar de «responsabilidad».

⁶⁹ Por supuesto que no me refiero a que el juez deba decidir sobre la necesidad de una sanción conforme a consideraciones sumamente personales. Lo único que me interesa es fundamentar de modo teóricamente correcto la impunidad expresamente prescrita por la ley o que, al menos, se desprende de una interpretación adecuada. En este aspecto me ha entendido mal DREHER: GA 1971, p. 218.

⁷⁰ Lehrbuch, 11.ª ed., p. 196.

⁷¹ Pues a la «insignificancia» de la culpabilidad entendida en el sentido de poder actuar de otro modo (cfr. al respecto WELZEL: Lehrbuch cit., p. 138) corresponde la exclusión de la culpabilidad si se toma en consideración toda la teoría del fin de la pena.

que si alguien desiste sólo porque de lo contrario sería capturado inmediatamente después de cometer el hecho —caso en el que WELZEL quiere conceder la impunidad—, difícilmente se podrá hablar de insignificancia de la culpabilidad. SCHRÖDER⁷² considera el desistimiento voluntario como causa de cancelación de la culpabilidad; BAUMANN⁷³ califica de lógica la caracterización del mismo como «causa de anulación de la culpabilidad». HEINITZ⁷⁴ cree que la razón decisiva de la impunidad estriba «en una estimación justa de la culpabilidad de quien desiste, cuya voluntad ha resultado ser menos resistente y menos peligrosa». En este sentido invoca a ZACHARIÄ⁷⁵, quien ya en 1839 conectó el privilegio del desistimiento con la teoría del fin de la pena: «Quien renuncia voluntariamente a la consumación muestra en ese hecho que no tiene una mala voluntad firme y persistente, que sólo momentáneamente ha seguido los impulsos de los sentidos y que ha prevalecido en él la comprensión de la necesidad de actuar jurídicamente. De tal persona no tiene que temer ningún peligro el estado jurídico, pues aunque momentáneamente la seguridad general haya sido amenazada, no lo ha sido realmente». En el afán por basar sistemáticamente el privilegio del desistimiento en consideraciones de culpabilidad y conectar éstas con la teoría del fin de la pena creo, pues, estar de acuerdo con ERNST HEINITZ⁷⁶, cuya obra ha sugerido este ensayo, que le dedico en señal de cordial respeto. Las vacilaciones terminológicas y las diferencias materiales que todavía separan incluso a concepciones próximas entre sí, se deben a que aún no se ha reflexionado suficientemente sobre la conexión existente entre los presupuestos materiales de la voluntariedad, la ratio del privilegio del desistimiento y su clasifi-

⁷² SCHÖNKE-SCHRÖDER: 16.ª ed., § 46, notas 2, 38; la idea de «cancelación» y «anulación» posteriores se basa en el enjuiciamiento por separado de la tentativa y el desistimiento. WESSELS: Allg. Teil, 2.ª ed., p. 101, habla de «compensación» de la culpabilidad.

⁷³ Lehrbuch, 5.ª ed., p. 516.

⁷⁴ JR 1956, p. 250.

⁷⁵ Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, t. 2, p. 241.

⁷⁶ En ZStW 83 (1971), p. 760, escribe HEINITZ sobre mi trabajo «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem»: «Me parecen especialmente convincentes y fructíferas las ideas sobre la teoría de la culpabilidad»; pero a continuación añade (loc. cit., nota 31): «Con la reserva de que parece más convincente su aplicación a la teoría del error que las afirmaciones respecto del § 46 StGB*». Se revela aquí un escepticismo que no es de extrañar, dado lo poco aclarada que está toda la problemática, y que me ha animado a proseguir la discusión.

* Como se recordará, el antiguo § 46 (correspondiente al actual § 24) del StGB regulaba el desistimiento de la tentativa. (N. del T.)

cación sistemática⁷⁷. Sólo una decidida concepción de la totalidad podrá evitar discordancias y resultados casuales. Quizás el presente estudio pueda contribuir en algo a este propósito.

⁷⁷ R. v. HIPPEL: Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, concibe el desistimiento voluntario como elemento negativo del tipo. A ello hay que objetar que la misión policríiminal del tipo consiste en la exacta descripción de lo prohibido, guiada por el principio nullum crimen, y en la «función de llamada de atención» (NAKA: JZ 1961, p. 210) que así se consigue (cfr. al respecto en referencia a la problemática del desistimiento las acertadas indicaciones de MUÑOZ CONDE: Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84, 1972, fasc. 3). Pero ese efecto de llamada de atención es provocado ya por la tentativa como tal, que consecuentemente da derecho a la legítima defensa y en la que es posible participación punible. No es la infracción de la prohibición, sino sólo la responsabilidad jurídicopenal lo que se excluye en caso de desistimiento voluntario y con éxito. Lo cual no afecta ni a la valiosa opinión de v. HIPPEL de que tentativa y desistimiento han de ser considerados como una unidad, ni a su crítica de la construcción del desistimiento como excusa absolutoria.