

normas de la lógica (la razón) del delincuente»¹⁹. Por consiguiente, el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad —sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o en que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal.

VIII

A este respecto el enjuiciamiento es totalmente independiente de la intensidad de la presión psíquica, que es por lo que aparentemente se orienta la jurisprudencia. Cuanto más «curtido» y «experimentado» sea el autor de una tentativa, tanto más se sentirá en condiciones de cometer el hecho pese a que exista un intenso peligro de ser descubierto. Pero también se retirará con tanta mayor cautela si el riesgo llega a ser demasiado grande —y precisamente entonces es involuntario el desistimiento. Por otra parte, un delincuente relativamente inofensivo retrocederá ya lleno de miedo por un motivo insignificante, aunque «razonablemente» (es decir, según las reglas de la profesión de ladrón) habría podido seguir tranquilamente con su actividad; a éste habrá que concederle la voluntariedad aunque internamente soportara una «presión» mayor que el tímido bribón del ejemplo paralelo. Esta concepción que, frente al criterio que la jurisprudencia da por supuesto, es absolutamente «no psicológica» concuerda exactamente con el motivo político-jurídico que el Tribunal Supremo Federal²⁰ cree haber descubierto tras el privilegio del desistimiento, a saber: el reconocimiento de que la voluntad criminal del autor que desiste voluntariamente «no era tan fuerte como hubiera sido preciso para la ejecución del hecho» y la consecuencia de ahí derivada de que al legislador le pareció que «ya no (era) necesaria» una pena en tales casos «para disuadir al autor de cometer hechos punibles en el futuro, para intimidar a otros ni para restablecer el orden jurídico violado».

IX

Se trata, pues, de una valoración desde puntos de vista políticocriminales, no de un enjuiciamiento primariamente moral. Por eso no es afortunada la posición de BOCKELMANN, quien, habiendo destacado de forma orientadora la necesidad de pasar de una delimitación psicológica a una delimitación normativa, pretende luego «diferenciar según la calidad moral de los motivos del desistimiento»²¹ y considera «decisiva... la calidad ética de los impulsos que mueven al desistimiento»²². Ciertamente BOCKELMANN protesta contra

¹⁹ Así *mi* primera versión de esta concepción en: ZStW 77 (1965), p. 97.

²⁰ BGHSt. 9, 52.

²¹ Strafrechtliche Untersuchungen, p. 164; en contra, sobre todo HEINITZ: JR 1956, pp. 249 ss.

²² Op. cit., p. 183.

las pretensiones «de cualquier ética subjetiva... de una específica ideología o religiosidad» y apela a la «moral esotérica del Derecho»²² o —en otro lugar— del «Derecho penal»²¹. Pero la «moral» o «el valor ético de las inhibiciones»²³ sólo interesan en la medida que la decisión políticocriminal es determinada por la peligrosidad y punibilidad de la voluntad del autor manifestada en la totalidad del suceso. Por tanto, a la concepción aquí defendida no le afecta la exigencia, en sí misma correcta y en la que siempre insisten tanto la jurisprudencia²⁴ como casi todas las exposiciones doctrinales, de que el Derecho penal no debe «moralizar». Por ello tampoco puedo dar la razón a BAUMANN²⁵ cuando escribe: «La propuesta... de atender a si el desistimiento es expresión de la voluntad de volver de nuevo a la legalidad o si sólo es expresión de una conducta útil, me parece también demasiado fuertemente marcada por ideas morales de valor. A mi juicio resulta entonces excesivamente restringido el § 46. También el utilitarista (¡precisamente él!) ha de obtener la posibilidad de eximirse de pena». Sin embargo, aquí hay que distinguir: quien comienza a ejecutar un delito y conforme al lema «crime does not pay» se vuelve atrás justamente cuando aún es tiempo sin que hubiera ningún impedimento externo, ha desistido voluntariamente pese a su motivo utilitarista. Pero quien se echa atrás sólo porque de lo contrario sería atrapado no tiene por qué ser recompensado con la impunidad por su comportamiento utilitarista si a pesar de todo se le captura posteriormente. Antes bien, una reacción tan extraña, por decirlo con THOMAS MANN²⁶, habría de «estimular el vicio e indignar a la virtud». Pero evidentemente la misión de una política criminal utilitarista no puede consistir en el «estímulo del vicio».

X

Con ello hemos llegado al punto en que se plantea la cuestión de la importancia práctica de los problemas teóricos. No se trata sólo de interpretar correctamente los conocimientos obtenidos por la jurisprudencia y de poner de relieve la sustancia normativa de las fórmulas aparentemente psicológicas; es que además la versión teóricamente incorrecta del principio de solución induce a conclusiones falsas. Un buen ejemplo de ello lo constituye la conocida sentencia BGHSt. 7, 296 ss., en la que —al igual que en BGHSt. 9, 48 ss.— se trataba de un caso de tentativa de violación. El autor había renunciado a la mujer porque ésta le había planteado la perspectiva de —tras una breve pausa de descanso— entregársele voluntariamente. El Tribunal Supremo Federal considera esto (a diferencia de la sentencia RGSt.

²³ Como dice HELLMUTH MAYER: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1967, pp. 146-147, adhiriéndose a BOCKELMANN.

²⁴ BGHSt. 7, 299; 9, 50.

²⁵ Allgemeiner Teil, 5.ª ed., 1968, p. 517 —discutiendo mi tesis.

²⁶ Altes und Neues, Stockholmer Gesamtausgabe, 1953, p. 666.