

## ACERCA DE LA RATIO DEL PRIVILEGIO DEL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL



Prof. Dr. Dr. h. c. mult.  
Claus Roxin

Catedrático emérito  
Universidad de Munich

*Traducción de Miguel Olmedo Cardenete*

[Pulse aquí para consultar el texto original](#)

### SUMARIO:

1.

2. La teoría del fin de la pena

3. Las teorías jurídicas (Rechtstheorien)

4. La teoría del puente de oro

5. La teoría del perdón o del premio (Gnaden -oder Prämientheorie)

6. Teoría del resarcimiento de la culpabilidad (Schulderfüllungstheorie)

7.

1.

Tanto el Código penal alemán (§ 24) (\*) como el argentino (art. 43) prevén la exención de pena para el caso de desistimiento voluntario. El motivo de este privilegio punitivo no está regulado legalmente en ambos ordenamientos jurídicos y, como consecuencia de ello, resulta muy discutido. Sin embargo, en muchos supuestos aquél resulta de importancia para la interpretación de la disposición legal. Esta circunstancia permite exponer adecuadamente el tema desde mi propia perspectiva en confrontación con la doctrina y jurisprudencia alemanas. Espero de este modo poder realizar una pequeña contribución al diálogo jurídico-penal entre Alemania y Argentina. Las estrechas y amistosas relaciones entre el Derecho penal argentino y el alemán poseen una larga tradición. Para mí, dicha tradición está indisolublemente unida con el nombre de mi distinguido colega Frías Caballero. Mi

encuentro con él se produjo a comienzos de los años setenta cuando visité Argentina por primera vez, y constituyó para mí un gran honor y alegría poder coincidir nuevamente con ocasión de mi intervención en Buenos Aires allá por el otoño de 1996 y donde, a pesar del tiempo transcurrido, pude comprobar que el Prof. Frías Caballero mantenía una gran vitalidad. A él le dedico este trabajo como prueba de mi admiración hacia su persona.

A continuación serán discutidas las cinco teorías más significativas acerca del desistimiento, previa exposición de la teoría del fin de la pena que aquí se defiende. No obstante, se debe ser consciente de que desde hace poco más de doscientos años discuten entre sí un apenas incalculable número de concepciones, y que las diferentes teorías se presentan bajo diversas combinaciones (1). Por ello, aquí sólo pueden ser descritas las líneas argumentativas esenciales debiendo renunciar a sus distintos matices.

## **2. La teoría del fin de la pena:**

Esta teoría es actualmente la dominante. En su formulación más sencilla señala que en el desistimiento voluntario un castigo nunca se encontraría cubierto por un posible fin de la pena: ni las necesidades de prevención general o especial, ni tampoco la retribución por la culpabilidad exigen su castigo. Por primera vez la BGHSt 9, 48 (52) se ha expresado con gran claridad al respecto (2): «Si el autor abandona voluntariamente la tentativa comenzada, ello demuestra que su voluntad criminal no era tan fuerte como hubiera sido necesario en orden a la ejecución del hecho. Su peligrosidad, que ante todo se expresa a través de la tentativa, resulta ser con posterioridad sustancialmente menor. Por este motivo, la Ley prescinde de castigar “la tentativa como tal”. Y ello porque el legislador estima que aquí la pena no es necesaria para impedir en el futuro la comisión de delitos por el autor, para evitar que otros los cometan o para restablecer el Ordenamiento jurídico infringido». La elemental idea de que en el desistimiento voluntario los fines de la pena no exigen la imposición de una sanción fue ya expresada con anterioridad (3); esta concepción ya condujo hacia una “teoría” autónoma desde la BGHSt 9, 48.

La versión de esta teoría que ha encontrado apoyo en el BGH no resulta objetable en el sentido de que la peligrosidad del autor que desiste se minimiza de forma global, circunstancia de la que sólo puede deducirse la falta de necesidad de pena. La razón reside en que un autor que penetra en el estadio de la tentativa y que desiste posteriormente, se muestra desde luego a la luz de las exigencias del Derecho penal como una persona poco firme en su resolución. Pero también puede ser que alguien, que todavía no puede vencer sus inhibiciones, esté camino de hacerlo en un futuro y ejecute la próxima vez el delito. Por ello, *Lang-Hinrichsen* ha apostrofado la aceptación de la innecesariedad de una influencia preventivo-especial sobre el autor como «un pronóstico criminológico extraordinariamente atrevido» (4), y *Herzberg* (5) habla de «un optimismo político-criminal» que en la mayoría de los casos sería «una mera ilusión y una especulación sin fundamento».

Ciertamente, esto resulta también exagerado. Sin embargo, lo correcto es que la pregunta acerca de si, y en qué medida, el que desiste voluntariamente está curado de sus inclinaciones criminales hay que responderla de modo diferente según la situación del caso concreto. Pero ello no supone una objeción a la teoría del fin de la pena como tal, pues la supresión de la necesidad preventivo-especial del castigo en quien desiste voluntariamente no puede fundamentarse en absoluto tal y como lo hace el BGH. Y es que las «inclinaciones nocivas» no suministran todavía la justificación para la intervención penal en un Derecho penal del hecho. Más bien, dicha justificación se deriva, en el caso de la tentativa, de que el hecho concreto del delincuente muestra a un autor capaz y dispuesto a

la comisión del delito, que ha mantenido su resolución criminal y al que sólo las circunstancias exteriores han impedido la realización del hecho. La necesidad preventivo-especial de influir sobre el autor debe, pues, deducirse del suceso real, del “hecho” existente. Este presupuesto, sin embargo, no concurre en quien desiste voluntariamente. Este último ha regresado al ámbito de la legalidad en relación con el hecho intentado y sus inclinaciones al delito, quizá todavía existentes, suministran tan pocos motivos para un castigo como puede hacerlo cualquier otra persona que sea criminalmente peligrosa (6).

De ello se deriva una “teoría del fin de la pena modificada” (7) que, a pesar de las diferentes acentuaciones de que es objeto, hoy resulta defendida mayoritariamente (8). Desde el punto de vista aquí sostenido esta teoría camina a favor de la impunidad de quien desiste voluntariamente según lo sentado anteriormente y en contra de malentendidos en la segura desaparición de las necesidades de pena de carácter preventivo-especial; también se resuelve a favor de la inexistencia de una necesidad de castigo desde una perspectiva preventivo-general. Y es que la peligrosidad de la tentativa, cuyo fundamento punitivo elemental cede, es ya eliminada por el propio autor que desiste; asimismo, la impresión de una perturbación jurídica, que todavía puede llevar consigo la punibilidad de tentativas carentes de peligro, es igualmente eliminada por la voluntariedad del desistimiento. El autor que abandona a tiempo y de forma voluntaria no suministra un mal ejemplo a la colectividad sino que, hasta cierto punto, confirma la vigencia del Derecho que al final se ha impuesto en su comportamiento. Si en la tentativa acabada el autor no logra impedir el acaecimiento del resultado, entonces existe una lesión del bien jurídico protegido que exige ser castigada por motivos preventivo-generales. La buena voluntad del autor dispuesto a retroceder no es suficiente para hacer decaer la necesidad de pena; aquí, como de costumbre, la necesidad de pena sólo se deriva de razones preventivo-generales. Por el contrario, también un esfuerzo infructuoso del autor conduce a la impunidad si el hecho no es consumado sin su intervención. Como en este caso ha estado ausente el resultado, las necesidades de pena de corte preventivo-general son sustancialmente menores, de modo que el “retorno” del autor relevante a efectos preventivo-especiales puede ser galardonado con la impunidad.

La fuerza de convicción de la teoría del fin de la pena descansa sobre el hecho de que explica con soltura y de forma convincente la diversidad de las regulaciones legales. Además, pugna a su favor el juicio sobre los fundamentos de la punibilidad de la tentativa: si esta última depende incuestionablemente de las reflexiones legislativas acerca de la necesidad de una incriminación que se encuentran orientadas al fin de la pena, entonces es lógico aceptar desde un principio que la opción por la impunidad del § 24 descansa sobre la desaparición de tal necesidad; de este modo, por tanto, los puntos de vista asociados al fin de la pena llevan consigo tanto la exclusión del castigo como su mandato. Ciertamente, la conclusión como tal no resulta obligada, pues teóricamente también podrían conformar el motivo de la liberación de la sanción otras consideraciones que se encuentran fuera del ámbito de la necesidad de pena, tal y como por ejemplo sucede con la idea de la protección de la víctima en el marco de la teoría del puente de oro (*infra* 4) o con el “principio de liquidación” (*Erledigungsprinzip*) de origen extrapenal (*infra* 6). Pero si, tal y como se demostrará a continuación, tales interpretaciones demuestran ser insostenibles, entonces sólo permanece la teoría del fin de la pena como la única concepción convincente.

En cambio, como principal objeción frente a la teoría del fin de la pena se señala que todas las afirmaciones acerca de la necesidad preventiva serían inseguras e insuficientemente demostrables de un modo empírico (9). Tales objeciones están

plenamente justificadas frente a los pronósticos preventivo-especiales del BGH (al respecto, vid. *supra*), pero no frente a la teoría modificada del fin de la pena que se basa en las ventajas normativas del Derecho penal del hecho. Y en lo concerniente a las suposiciones preventivo-generales es seguramente correcto que resultan empíricamente difíciles de probar. Pero ello no resulta decisivo porque, naturalmente, la regulación legal no descansa sobre el pronóstico real para el caso concreto sino sobre suposiciones legislativas generales. Esto rige también para el fundamento de la pena. Puede ser dudoso si realmente la tentativa inidónea provoca en el caso concreto una “impresión jurídicamente perturbadora” que necesite ser penada; para el intérprete es suficiente con que el legislador parta de ello y ordene por principio su punibilidad. Análogamente, para el desistimiento impune basta con el juicio legal de que la impresión jurídicamente perturbadora es eliminada por aquél. Las leyes son afirmaciones normativas necesarias que sólo se anudan a suposiciones empíricas y que, no obstante, deben conformar pautas interpretativas. Seguramente que el legislador no puede basarse, tal y como hace la BGHSt 14, 75, sobre pronósticos criminológicos que no pueden adaptarse a los fundamentos de nuestro Derecho penal del hecho; y tampoco se le puede subordinar a hipótesis empíricas claramente refutables como “la teoría del puente de oro” (*infra* 4). Pero, en relación con la exención de pena, y al igual que sucede con el fundamento de la misma, se puede situar al legislador sobre suposiciones mínimamente plausibles de carácter preventivo-general que razonablemente no precisen de grandes exigencias para su demostración.

La teoría del fin de la pena, por tanto, es apta para servir como modelo interpretativo del desistimiento voluntario. No obstante, también en esta construcción los acentos se distribuyen según cual sea la teoría de la pena que cada autor defienda. Si como hace el BGH –de modo diverso a mi opinión– en el marco de los fines de la pena, junto a la prevención, se asigna también significado a la retribución, puede advertirse que el “Ordenamiento jurídico infringido” no precisa de una reparación retributiva en un hecho al que el autor ha renunciado voluntariamente. A menudo destacará sólo la desaparición de la impresión jurídicamente perturbadora (10). Ello descansa en parte sobre la preferencia de la prevención general en la teoría de la pena y, en parte también, sobre la mala interpretación del aspecto preventivo-especial en la BGHSt 9, 52. Pero también el topo preventivo-especial de la “puesta a prueba” del autor es aislada y situada en un primer plano (11).

### 3. Las teorías jurídicas (*Rechtstheorien*):

La concepción más antigua, hoy apenas defendida, parte de que el desistimiento voluntario excluye al hecho como tal (o lo que es lo mismo según los conceptos actuales: su tipicidad y antijuricidad) y en este sentido constituye un impedimento jurídico obligatorio que impide su castigo. Y así, *Zachariä* opinaba que a través del desistimiento voluntario se anularía “retrospectivamente” tanto la actividad exterior contradictoria con la Ley, como también la voluntad maliciosa del autor dirigida a la consumación del delito (12). De modo similar, *Binding* contempla a la tentativa y al desistimiento como una unidad –algo que, con carácter general, es correcto–, y de ello deduce que la deserción voluntaria de la consumación elimina la «causa de un resultado perjudicial» y, con ello, la antijuricidad misma (13).

A este planteamiento se le puede oponer que el suceso externo e interno, como tal, no puede ser «anulado retrospectivamente» y eliminado sin más. La tentativa permanece aunque a la misma le siga el desistimiento. Pero, desde una «consideración global», ello no impide una exclusión de la antijuricidad tal y como hace *Binding*. También salta a la vista

que, normativamente, no debe existir una tentativa de homicidio antijurídica cuando, por ejemplo, el autor salva posteriormente a la víctima herida. No obstante, las consecuencias que de ello se derivan para la participación hablan en contra de una exclusión del injusto penal. De lo contrario, el inductor y el cómplice deberían quedar impunes. No resulta comprensible por qué la impunidad del interviniente inmediato debe favorecer a un extraño que no ha desistido y que nunca quiso hacerlo.

En la literatura más contemporánea *R. von Hippel* (14) ha asumido de nuevo las teorías jurídicas e interpretado el desistimiento voluntario como un «elemento negativo del tipo» (esto es, como causa de exclusión de la tipicidad). Sin embargo, él mismo vio las indeseables consecuencias que ello comportaba para el castigo de la participación. La solución sopesada por este autor de renunciar a la accesoriedad no resulta factible de acuerdo con el Derecho vigente. Pero si, tal y como se corresponde con la opinión que hoy es unánime, se castiga al extraño por su participación en la tentativa del autor –impune en virtud de desistimiento–, no puede afirmarse simultáneamente que no existe nada en lo que se pueda tomar parte.

#### **4. La teoría del puente de oro:**

El núcleo fundamental de esta construcción, a la que también se le denomina “teoría político-criminal” (15), descansa sobre la idea de que al autor se le debe ofrecer un estímulo para alejarle de la consumación del delito. Ese incentivo –el puente de oro– es la promesa de que la tentativa en la que se desiste voluntariamente no será castigada. Este pensamiento fue dominante bajo la tradicional doctrina alemana por influencia de *Franz v. Liszt* (16). Todavía en la última edición de su Manual elaborada por él (17) se afirma que la punibilidad de la tentativa no puede «anularse retrospectivamente», ni tampoco ser eliminada. «Sin embargo, por motivos político-criminales la legislación puede tenderle al autor ya delincuente un puente de oro para su retirada».

En la jurisprudencia del RG la teoría del puente de oro fue dominante (18), aunque también pueden encontrarse vestigios de la teoría del fin de la pena (*supra* 2) y de la teoría del premio o del perdón, respectivamente (*infra* 5). Y así, en la RG Respr. VIII, 13, ya se afirma que la finalidad de la regulación del desistimiento sería concederle al autor «un estímulo para renunciar [...] durante el mayor tiempo posible y, por esta vía, prevenir los peligros anudados a la consumación del delito». La última sentencia sobre esta materia (RGSt 73, 60) habla todavía de la voluntad del autor «por volver desde un proyecto criminal a un, por así decirlo, “puente de oro que se le tiende”». Incluso la BGHSt 6, 87, señala la necesidad de que en el desistimiento voluntario, junto a la falta de expiación, «sean promovidas acciones del autor que sirvan para evitar el daño amenazador».

Esta teoría vuelve a encontrar partidarios sobre todo en la clásica formulación negativa que de la misma hizo *Feuerbach*. Este autor escribe al respecto lo siguiente (19): «Si el Estado no deja impune a la persona que se arrepiente del hecho ya comenzado, entonces en cierto modo se le apremia para su consumación; y es que el infeliz que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe de cualquier modo que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la terminación del hecho». Actualmente, es *Puppe* (20) quien se caracteriza por la asunción de esta idea al señalar que cuando se trata «de tender al autor el “puente de oro” y mantenerlo todo el tiempo posible [...], es por la oportunidad de rescatar a la víctima. La oferta de impunidad puede ser un medio difícilmente adecuado para motivar al autor a evitar el resultado, pero elimina un obstáculo psicológico que consistiría en que con la tentativa se asegura definitivamente la

punibilidad del autor». El giro aquí manifestado hacia el pensamiento moderno de protección de la víctima ha sido completado por *Weinhold*, una discípula de *Puppe*. De acuerdo con ella (21), «es consecuente aplazar la pretensión punitiva estatal en tanto que ésta se oponga al interés de la víctima. La imagen del “puente de oro” que debe serle tendido al autor, muestra en este sentido una desfiguración del concepto que precisamente no es importante para aquél». Por lo demás, también en la nueva literatura es defendida reiteradamente la “variante de Feuerbach”, que por lo menos se esboza junto con otros planteamientos fundamentales (22).

Sin embargo, y con razón, la teoría del puente de oro se ha situado actualmente en una posición marginal. Una objeción contundente en su contra viene constituida por la circunstancia de que el motivo que debe conformar la razón del desistimiento no tiene lugar en la praxis. «Las sentencias del RG y del BGH no contienen ni un solo caso en el que el autor haya retrocedido durante la tentativa por haber querido beneficiarse de la impunidad» (23). *Ulsenheimer* (24) ha extendido esta comprobación a todas las sentencias dictadas en lengua alemana. También el BGH (E 9, 52) se ha apartado de la idea del “puente dorado”: «El autor, en la mayoría de los supuestos, [...] no piensa en absoluto durante la tentativa en las consecuencias jurídico-penales». Aquél «tampoco alcanza precisamente el desistimiento por consideraciones de esa naturaleza, aún cuando debió emplearlas para hacerlo».

Tal y como es admitido sin excepción, ello no sólo es debido a que al delincuente apenas le son accesibles ponderaciones racionales, tal y como presupone esta teoría. También tiene su fundamento en que el autor, precisamente en el clásico supuesto de desistimiento voluntario en el que podría consumir el hecho sin miedo a ser descubierto, no puede estar influenciado por querer quedar impune. Y es que el delincuente, de todos modos, no cuenta en este caso con la posibilidad de un castigo. Incluso cuando en especiales grupos de casos la idea de la consecución de la impunidad puede jugar un cierto papel, tal y como debe aceptarse en relación con la autodenuncia fiscal (§ 371 AO) (25), no puede fundamentarse sobre ello una teoría con validez general.

A ello también se añade que en el profano no puede presuponerse el conocimiento acerca de la punibilidad y el comienzo de la tentativa, así como de los efectos del desistimiento. Tampoco debilita esta objeción la llamada al sentimiento profano de «que hay que tratar con benevolencia a quien a tiempo cambia de parecer» (26). Y ello porque, en el mejor de los casos, a través de una consideración semejante se explica una atenuación legal de la pena pero no su exención como sucede en el Derecho vigente. Pero es que, además, no es necesario especular con la benevolencia hacia aquél que, como sucede por regla general, desiste voluntariamente sin miedo a ser descubierto y no cuenta en absoluto con la posibilidad de ser objeto de persecución penal.

En contra de la teoría del puente de oro también habla el hecho de que, incluso aunque fueran reales sus presupuestos psicológicos, no puede explicar suficientemente el criterio de la voluntariedad (27). Precisamente cuando el autor se ve descubierto pudiendo todavía consumir el hecho, pero contando ya con su posterior detención, la promesa de impunidad puede constituir un poderoso motivo para que prescinda de la realización del tipo; por otra parte, en cambio, la consideración de ser castigado de una forma u otra podría impulsarle hacia la consumación. Puesto que en la actualidad la voluntariedad del desistimiento en los casos mencionados es rechazada generalizadamente, también debería surtir efecto despenalizador el desistimiento involuntario para poder tenderle al autor un puente de oro que favoreciera a la víctima. Pero precisamente esto no sucede. Las suposiciones de la teoría del puente de oro también son ambivalentes cuando se toman por base

hipotéticamente. Ciertamente que la promesa de impunidad serviría a la protección de la víctima. Pero la posibilidad de poder salir todavía impune del apuro también podría, por otro lado, incitar a la tentativa o, en su caso, a la consumación; de este modo, también sobre la base de su –incorrecta- premisa queda sin resolver si la teoría del puente de oro podría contribuir con algo a evitar la comisión de hechos punibles.

En realidad, a la formulación negativa de *Feuerbach* se le escapa la objeción que se dirige contra la suposición de que el autor de la tentativa retrocede para obtener la impunidad. Pero también los argumentos restantes –la, por lo general, falta de temor ante la pena en el desistimiento de quien no ha sido descubierto y las inconsecuencias que se derivan de la propia base de los presupuestos incorrectos de esta teoría- hablan en contra de esta explicación del privilegio del desistimiento. Pero, al menos, la idea de no desalentar al autor a través del mantenimiento de la punibilidad de la tentativa puede ser unida como punto de vista complementario –no sustentador y sólo relevante para casos concretos- a la teoría del fin de la pena como construcción que también se halla fundada politicocriminalmente.

### **5. La teoría del perdón o del premio (*Gnaden- oder Prämientheorie*):**

Esta teoría parte de que el beneficio que el autor alcanza con su desistimiento es recompensado a través del “perdón” o el “premio” de la impunidad (28). Esta concepción ha sido recobrada de un modo especialmente eficaz por *Bockelmann* (29) quien, además, se remontó a una larga tradición que alcanzaba hasta el Derecho general territorial prusiano (II 20 43). El autor, «al menos hasta un cierto grado, compensa el peso del reproche de culpabilidad que le corresponde con una actuación meritoria que constituye su contrapeso. Y es por ello por lo que parece conveniente liberarle de la pena; o con otras palabras: concederle el perdón» (30). *Wessels* lo expresa del siguiente modo: «la Ley recompensa el mérito de la elección voluntaria del desistimiento con la concesión de la impunidad» (31).

Es seguramente correcto que el desistimiento voluntario es “recompensado” o “premiado” con la liberación de la pena, pero esta afirmación únicamente proporciona una transcripción del texto de la Ley. La verdadera cuestión reside en saber por qué el desistimiento voluntario es distinguido con la impunidad. Al respecto, sin embargo, la teoría esbozada no suministra ninguna respuesta (32). Es erróneo considerar que el punto de vista del “perdón” pueda expresar algo más que la recompensa del desistimiento voluntario que se desprende de la Ley. Y es que, fuera de especiales situaciones históricas, no es competencia del legislador administrar Justicia mediante perdones y amnistiar desde un principio un comportamiento en sí mismo punible. Pero es que, en realidad, los defensores de esta teoría recurren más o menos claramente a elementos de la teoría del fin de la pena. *Bockelmann* se remite a la disminución del reproche de culpabilidad y a la esperanza de que en el futuro no quepa esperar ningún otro hecho malicioso por parte del autor (33); *Jescheck* remite, entre otros aspectos, a que el autor que retrocede voluntariamente anula, por otra parte, la «impresión jurídicamente perturbadora» (34); y *Wessels* ve en el desistimiento voluntario un «regreso a la legalidad» y una compensación «a la influencia negativa del autor sobre la conciencia jurídica de la colectividad» (35). Con ello se evidencia que la teoría del perdón o del premio constituye en realidad una manifestación rudimentaria de la teoría del fin de la pena, motivo éste por el que no puede reclamar un significado autónomo junto a aquélla.

Lo mismo sucede con la teoría de *Jäger* (36), en cuya opinión «el motivo decisivo para la liberación de la pena» reside «en la inversión de la puesta en peligro que se provoca o, al

menos se persigue, a través del desistimiento». Seguramente que la inversión de la puesta en peligro, tal y como siempre se ha entendido este criterio, constituye un mérito. Pero si se pregunta por qué conduce éste a la impunidad, también *Jäger* acaba regresando a la teoría del fin de la pena puesto que acepta la falta de merecimiento de pena cuando el autor «acredita su eficacia invirtiendo la concreta puesta en peligro existente o, en la medida en que ésta no concurra, intentando una inversión».

## **6. Teoría del resarcimiento de la culpabilidad (*Schulderfüllungstheorie*):**

*Herzberg* (37) ha elaborado una nueva concepción en el año 1987 que él mismo ha presentado denominándola teoría del resarcimiento de la culpabilidad. Este autor parte de una aportación de naturaleza extrapenal, a saber, el principio que rige en el Derecho común y civil de «que la conminación coactiva decae con la compensación dada al comportamiento inicial» (38). Viendo en él un principio general del Derecho afirma lo siguiente: «La ratio de la liberación de la pena [...] consiste en la observancia del principio general del Derecho según el cual la intimidación coactiva (aquí: la amenaza penal) se liquida cuando el autor, como consecuencia de la conminación y a través de una contribución que le es imputable, cumple su deber de satisfacción y reparación del comportamiento injusto». O, en su formulación más abreviada (39): «El que desiste voluntariamente se libera de la conminación estatal coactiva porque cumple con su culpabilidad a través de una prestación a él imputable».

En contra de esta teoría habla, en primer lugar, el hecho que no es posible trasladar sin más el principio de liquidación al Derecho penal. En otros sectores jurídicos se trata de dar lugar a condiciones legítimas (el pago de una deuda, la eliminación de una perturbación, etc.); si éstas tienen lugar, de hecho el problema jurídico desaparece. Sin embargo, no existe un principio jurídico-penal en cuya virtud una “reparación” posterior amortice (liquide) una punibilidad ya fundada. Incluso el § 46a, introducido en 1994, prevé a lo sumo la posibilidad facultativa de prescindir de la pena a través de la reparación del daño sólo en delitos leves. Y si, por el contrario, el § 24 dispone la completa impunidad en caso de desistimiento voluntario, ello requiere una explicación que, sin embargo, *Herzberg* no suministra. Este autor sólo se limita a decir que «en la cuestión relativa a cómo opera el desistimiento liberatorio, el legislador se ha decidido en este punto por el principio de liquidación» (40). Pero con ello sólo se ha parafraseado el texto de la Ley (41); la cuestión decisiva de por qué el legislador renuncia a la pena queda sin contestar (42).

Una segunda objeción en contra de la teoría del resarcimiento de la culpabilidad reside en que no puede explicar el decisivo criterio de la voluntariedad en todas las formas en las que se manifiesta el desistimiento liberador de la pena. Y es que también el desistimiento que no tiene lugar voluntariamente e, incluso, la tentativa fracasada (resultante de la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución del hecho) “liquidan” el delito sin que tenga lugar la impunidad. Naturalmente que ello también es percibido por *Herzberg*, pero lo explica sobre la base de que el legislador, junto al principio de liquidación, también toma en cuenta puntos de vista preventivos. «El ladrón que es descubierto por el habitante de la casa y que por ello abandona su botín cumple con el deber de respeto hacia la propiedad ajena, pero con ello únicamente salda su responsabilidad civil. ¡En los supuestos de autodesactivación de una tentativa (fracaso) y de involuntariedad del desistimiento, el Derecho penal, al igual que en el caso de la reparación del daño tras la consumación del delito, ha mantenido su propio criterio de una pena absolutamente preventiva!» (43). Así pues, para *Herzberg* la regulación del desistimiento se explica por la “relación de tensión”

entre el principio de liquidación y las necesidades de prevención. De ello se deriva, sin embargo, que en realidad también para él son decisivos los puntos de vista preventivos en la punibilidad de la tentativa, de modo que no es la “liquidación” sino, en su caso, la ausencia de necesidades preventivas lo que fundamenta la impunidad (44). De este modo, *Herzberg* se vuelve en contra de su punto de partida en el que tan vehementemente había combatido la teoría del fin de la pena.

Aunque sólo sea a título secundario, junto a estas debilidades nucleares de la teoría del resarcimiento de la culpabilidad se ha mencionado asimismo la circunstancia de que, también ante la existencia de voluntariedad, la idea de liquidación no casa bien con muchas de las manifestaciones del desistimiento. En la tentativa inidónea, donde desde un principio no amenaza ningún peligro, no hay nada por liquidar y a pesar de ello es posible el desistimiento voluntario. Cuando se vislumbra el efecto de la liquidación en la eliminación de la impresión jurídicamente perturbadora originada por la tentativa se alcanza de nuevo la teoría del fin de la pena. También me parece incompatible con la teoría del resarcimiento de la culpabilidad la regulación contenida en el § 24 II, según la cual una actividad «voluntaria y seria» pero infructuosa y, con ello, carente de efecto liquidatorio alguno, conduce a la impunidad.

## 7.

Con ello doy por terminada mi visión crítica acerca de las “teorías del desistimiento” más importantes que actualmente se defienden en Alemania. El espacio del que ahora dispongo no me alcanza para mostrar detalladamente cómo repercute una determinación correcta de la ratio del privilegio del desistimiento en la interpretación de muchas cuestiones. No obstante, baste con indicar por ahora que la teoría del fin de la pena aquí defendida apunta a interpretar el concepto central de la voluntariedad -como criterio determinante para conceder la impunidad- de acuerdo con criterios que asimismo se orientan hacia la teoría del fin de la pena. Desde este punto de vista un desistimiento es voluntario cuando expresa un giro interno del autor, un regreso a la legalidad (45). Y ello porque bajo este presupuesto puede decaer la punibilidad al no brindarse ésta por razones de prevención general o especial. Esta teoría “normativa” de la voluntariedad se diferencia de la concepción psicológica todavía hoy dominante en Alemania, según la cual la exclusión de la voluntariedad depende del grado de presión psíquica a la que el autor se encuentra sometido. Su desarrollo más preciso y la prueba del rendimiento práctico de una interpretación del privilegio del desistimiento orientado al fin de la pena debe quedar reservado para otra ocasión.

## NOTAS

(\*) En lo que sigue, los párrafos que se citan sin referencia legal habrá de entenderse que remiten al Código penal alemán.

(1) Una detallada visión de la discusión en los últimos tiempos la suministra *Ulsenheimer*, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, pp. 33-119. Sigue siendo actual la igualmente buena exposición hecha por *Schäfer*, *Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat*, 1992, pp. 13-95.

(2) A ello se refiere también la BGHSt (=Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen) 14, 75 (80).

(3) Vid. *Bloy*, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, p. 158, con referencias bibliográficas adicionales.

(4) *Lang-Hinrichsen*, *Engisch-Festschrift* (=FS), 1969, p. 370.

(5) *Herzberg*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (=NStZ) 1989, p. 56.

- (6) *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, 1973 (2ª ed.), p. 37; *el mismo*, Heinitz-FS, 1972, p. 256. Expresamente de acuerdo *Bloy* (como en la nota a pie nº 3), 1976, p. 159. Asimismo, en confrontación con *Herzberg Rudolphi*, NStZ 1989, p. 511.
- (7) Así denomina *Bloy*, (como en la nota a pie nº 3), 1976, p. 158, la concepción aquí desarrollada.
- (8) *Bloy*, (como en nota a pie nº 3), 1976, p. 160; *Bottke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979, pp. 350, 565 ss.; *Gores*, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, p. 149; *Günther*, Arm. Kaufmann-FS, 1989, p. 546; *Gutmann*, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, pp. 64 ss.; *Jerouschek*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (= ZStW) 102 (1990), p. 812; *Krauß*, Juristische Schulung (= JuS) 1981, p. 888; *Lampe*, JuS 1989, 610; *Maurach/Gössel*, Allgemeiner Teil (=AT) 2 (7ª ed.), 41/14; *Muñoz Conde*, ZStW 84 (1972), 76 p. 1; *Ranft*, Juristische Ausbildung (= Jura) 1987, p. 532; *el mismo*, Juristenzeitung (= JZ) 1989, p. 1129; Systematischer Kommentar (= SK) (6ª ed.)- *Rudolphi*, § 24, nº 4; *Schall*, JuS 1990, p. 626; *Schönke/Schröder/Eser* (25ª ed.), § 24 núms. 1 ss.
- (9) Así, por ejemplo, *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 334; *Hassemer*, Generalprävention und Strafzumessung, en: Hassemer, Lüderssen/Naucke, Hauptprobleme der Generalprävention, 1979, pp. 35 ss.; *Schäfer*, (como en nota a pie nº 1), 1992, p. 55.
- (10) *Bergmann*, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, 1988, pp. 450 ss.; ZStW 100 (1988), pp. 335 ss.; *Gores*, (como en nota a pie nº 8), 1982, pp. 155 ss.; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, pp. 711 ss.; v. *Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, pp. 26 ss.; *Schmidhäuser*, Lehrbuch (= LB) AT (2ª ed.), 15/69; *Schünemann*, Goldammer's Archiv (= GA) 1986, pp. 323 ss. *Streng*, JZ 1984, p. 654.
- (11) *Walter*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, p. 5; *el mismo*, GA 1981, p. 403; acerca de la postura de *Walter* vid. *Schäfer*, (como en nota a pie nº 1), 1992, pp. 52 ss.
- (12) *Zachariä*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1839, p. 239.
- (13) *Binding*, Das bedingte Verbrechen, en: Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Tomo I, 1915, pp. 125 ss.
- (14) *R. v. Hippel*, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, p. 66; siguiéndole ampliamente v. *Scheurl*, (como en nota a pie nº 10), 1972, pp. 25 ss.
- (15) Esta denominación es aquí evitada porque también la teoría del fin de la pena descansa sobre consideraciones político-criminales acerca de la falta de necesidad de pena.
- (16) Aparece ya en la 1ª ed. (1881) de su Manual (p. 143), pero fue formulada con anterioridad por otros autores (vid. *Ulsenheimer*, [como en nota a pie nº 1], 1976, p. 42, nota a pie nº 60). Los otros autores partidarios de esta teoría en la doctrina clásica pueden verse en *Ulsenheimer*, ibidem.
- (17) v. *Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, (21ª, 22ª ed.) 1919, p. 201.
- (18) RGSt (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen) 6, 341 (342); 10, 324 (325); RG Rechtsprechung Bd. VIII, 12 (13); RGSt 14, 19 (23); 17, 243 (244); RG Juristische Wochenschrift (= JW) 1892, 5 (6), RGSt 38, 402 (403); 39, 37 (39); 47, 358 (360); 62, 303 (305); 63, 158 (159); 72, 349 (350); 73, 52 (60).
- (19) *Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten, Parte Primera, 1804, p. 102.
- (20) *Puppe*, NStZ 1984, p. 490.
- (21) *Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, pp. 31 ss.
- (22) *Blei*, AT (18ª ed.) núms. 235 ss.; *Grünwald*, Welzel-FS, 1974, p. 709; *Jescheck/Weigend*, AT (5ª ed.), § 51 I 2; *Krauß*, JuS 1981, p. 807; *Puppe*, NStZ 1984, p. 490; *Wessels*, AT (26ª ed.) nº 626.
- (23) *Bockelmann*, NJW 1955, p. 1420, nota a pie nº 41.
- (24) *Ulsenheimer*, (como en nota a pie nº 1), 1976, p. 70.
- (25) Vid. *Bockelmann*, NJW 1955, p. 1420, nota a pie nº 41.
- (26) *Weinhold*, (como en nota a pie nº 21), 1990, p. 33.
- (27) Discrepa en este punto *Ulsenheimer*, (como en nota a pie nº 1), 1976, p. 72, quien sin embargo sólo tiene en cuenta el caso en el que el autor ya no puede consumir el hecho. No obstante, ahí existiría ya una tentativa fracasada.
- (28) Acerca de la cuestión (anteriormente contestada de forma negativa) de si existen desviaciones dignas de valorar entre la teoría del premio, de la recompensa, del beneficio y del perdón, vid. *Ulsenheimer*, (como en nota a pie nº 1), 1976, pp. 74 ss.
- (29) *Bockelmann*, NJW 1955, p. 1421.
- (30) Coincidiendo casi literalmente, *Jescheck/Weigend*, AT (5. Auflage), § 51 I 3.

- (31) *Wessels*, AT (26ª ed.) n° 626.
- (32) Acerca de este contraargumento, hoy aceptado en gran medida, *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, p. 271.
- (33) *Bockelmann*, NJW 1955, p. 1420.
- (34) *Jescheck/Weigend*, AT (5ª ed.), § 51 I 3.
- (35) *Wessels*, AT (26ª ed.), n° 626.
- (36) *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, p. 126.
- (37) *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 325 (pp. 349 ss.); vid., además, *el mismo*, NStZ 1990, p. 172 (en debate con *Rudolphi*, NStZ 1989, p. 508).
- (38) Aquí y en adelante, *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 349.
- (39) *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 350.
- (40) *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 349.
- (41) *Schäfer*, (como en nota a pie n° 1), 1992, p. 68.
- (42) SK (6ª ed.) *Rudolphi*, § 24 n° 3a; *el mismo*, NStZ 1989, p. 508 (por el contrario, nuevamente, *Herzberg*, NStZ 1990, p. 170).
- (43) *Herzberg*, Lackner-FS, 1987, p. 351.
- (44) De modo similar ya, *Bergmann*, ZStW 100 (1988), p. 337.
- (45) Cercano al respecto, *Roxin*, Heinitz-FS, 1972, pp. 251 ss.; con anterioridad ya *Roxin*, ZStW 77 (1965), pp. 96 ss.

## ACERCA DE LA RATIO DEL PRIVILEGIO DEL DESISTIMIENTO EN DERECHO PENAL

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

**RESUMEN:** *El objeto del presente artículo es hacer una revisión crítica de las teorías que, desde diferentes perspectivas, han venido explicando el fundamento de la impunidad del desistimiento en la tentativa (teorías jurídicas, teoría del puente de oro, teoría del perdón o del premio y la teoría del resarcimiento de la culpabilidad). Con este trasfondo el autor desarrolla una versión modificada de la teoría de la pena que busca la ratio de la impunidad del desistimiento en la ausencia de razones de prevención general y especial que justifiquen la necesidad de la pena.*

**PALABRAS CLAVES:** *Formas de aparición del delito, iter criminis, desistimiento, tentativa.*

**FECHA DE PUBLICACIÓN EN *RECPC*:** 26 de junio de 2001