

Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado

Antoni Gili Pascual

Universitat de les Illes Balears

*Abstract**

La pregunta acerca de la posibilidad de quedar impune por el delito intentado una vez que el autor ha perdido el control sobre el riesgo creado con la tentativa no es contestada por la Ley, y ha sido doctrinalmente cuestionada. Para buscar la respuesta, este artículo revisa desde la fundamentación del desistimiento la posible utilidad de las clasificaciones doctrinales ya existentes, apuntando las conclusiones hacia la necesidad de un concepto objetivo de terminación del delito intentado.

The question of the possibility of impunity for a criminal attempt once the author has lost control of the risk created by the attempt is not answered by law and is doctrinally questionable. To find the response, this article reviews, on the basis of the rationale for the discontinuance, the potential usefulness of existing doctrinal classifications, noting the findings on the need for an objective concept of the completion of an attempted offense.

Die Frage nach der Möglichkeit der Straflosigkeit einer versuchten Straftat, wenn der Täter die Kontrolle über das durch den Tatversuch geschaffene Risiko verloren hat, wird vom Gesetz nicht beantwortet und von der Lehre hinterfragt. Auf der Suche nach der Antwort überprüft dieser Artikel auf der Grundlage des Verzichts den möglichen Nutzen bereits bestehender Klassifizierungen in der Lehre. Die Schlussfolgerungen weisen auf die Notwendigkeit einer objektiven Festlegung des Begriffs der Beendigung der geplanten Straftat hin.

Title: Loss of control over the risk created and completion of a criminal attempt.

Titel: Verlust der Kontrolle über das geschaffene Risiko und Beendigung der geplanten Straftat.

Palabras clave: Tentativa, Frustración, Tentativa acabada e inacabada, Tentativa fracasada, Tentativa perfecta e imperfecta, Desistimiento, Arrepentimiento eficaz.

Keywords: attempted crime, frustrated crime, completed and incomplete attempt, unsuccessful attempt, perfect and imperfect attempt, effective repentance.

Stichwörter: Versuch, beendeter und unbeendeter Versuch, fehlgeschlagener Versuch, beendigter und unbeendigter Versuch, Rücktritt, tätige Reue.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2010-18825 del Plan Nacional I+D+i, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Sumario

1. Preliminar
2. Coordinadas generales
 - 2.1. Distinciones conceptuales en el ámbito del delito intentado
 - a. Tentativa inacabada y tentativa acabada
 - b. Tentativa fracasada
 - c. La perfección de la tentativa
 - 2.2. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la pérdida de control del peligro por parte del agente
3. Revisión
 - 3.1. Apuntes sobre el fundamento y naturaleza del desistimiento
 - 3.2. Rendimiento de las clasificaciones atentas al grado de ejecución alcanzado
 - a. Tentativa acabada e inacabada
 - b. Tentativa fracasada
 - c. Tentativa perfecta e imperfecta
4. La terminación del delito intentado
5. Tabla de jurisprudencia
6. Bibliografía

1. Preliminar

Entre las múltiples cuestiones que permanecen abiertas a la discusión en relación con la punición del delito intentado se encuentran las relativas a los momentos -inicial y final- entre los que se contiene esa fase imperfecta en la ejecución de un delito. La atención dispensada a cada uno de ellos ha sido desigual, siendo la mayor parte absorbida por el intento de determinación del momento inicial de la tentativa; por la precisión, en otros términos, del inicio de la ejecución del delito. Los instantes consecutivos y, en concreto, el grado de ejecución finalmente alcanzado, han sido también profusamente analizados a efectos penológicos², toda vez que la dicción del vigente art. 62 CP aludió expresamente a este parámetro, el del grado de ejecución alcanzado -junto al del peligro inherente al intento-, para fijar la pena por tentativa³. Pero la atención al momento final del delito intentado ha sido ciertamente menor si se piensa en otros efectos distintos del penológico señalado. Esta focalización descompensada del interés pudiera antojarse comprensible desde el momento en que de la concreción del inicio de ejecución va a depender el trascendental paso desde lo impune a lo punible. Sin embargo, lo cierto es que también el establecimiento del momento final presenta un interés nada desdeñable en esos mismos términos de punición/impunidad, pues en función de él se viene a recorrer el camino justamente inverso: de él va a depender el tránsito no de lo impune a lo punible, sino de lo punible a lo potencialmente exento de responsabilidad, en este caso por desistimiento.

Este trabajo se sitúa en esa fase final de la tentativa, ocupándose en determinar hasta qué momento se puede, en definitiva, desistir. Dentro de este marco, interesa especificar el papel que cabe atribuir al mantenimiento por parte del agente del control sobre el riesgo generado con la tentativa. Algunos ejemplos podrán ilustrar de forma preliminar el trasfondo de esta exposición:

1.- Tras una fuerte discusión, el procesado sacó del pantalón una navaja de 12 cm. de hoja, que clavó con ánimo homicida en el cuello de la víctima, para a continuación salir del domicilio en busca de auxilio, que se le proporcionó con éxito en el hospital al que trasladó a la víctima una ambulancia⁴.

2.- En el mismo supuesto anterior, tras la herida inciso-punzante ocasionada a su víctima, el procesado permaneció en la misma habitación en la que aquélla agonizaba, hasta que, tres horas después, decidió llamar a los servicios sanitarios, que consiguieron aún, y pese a las menores posibilidades de éxito, salvarle igualmente la vida.

² Puede verse, DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001; en particular, pp. 91 y ss. También, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, quien venía a concluir -p. 487- que, "...la determinación del grado de ejecución, a los efectos de la determinación de la penalidad, dependerá, en todo caso, del desvalor de acción: sólo cuando al término de la ejecución la conducta sea peligrosa ex ante podrá entenderse la acción como tentativa acabada a los efectos de la graduación de penalidad".

³ Según el art. 62 CP, «a los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado». Como es sabido, esta previsión vino a sustituir la correspondencia necesaria que el código derogado establecía entre la rebaja punitiva en un solo grado, o en uno o en dos, según se tratase de frustración (art. 3 párr. 2º ACP) o de tentativa (art. 3 párr 3º ACP), respectivamente (arts. 51 y 52 ACP).

⁴ STS, 2ª, 1.3.2002 (Ar. 3914; MP: José Jiménez Villarejo): el TS apreció el desistimiento, revocando la resolución de instancia (SAP Murcia, Penal Sec. 1ª, 20.7.1999 -[Ar. 4143; MP: José Luis García Fernández]) que había condenado por tentativa de homicidio, con atenuación por el comportamiento post-delictivo.

3.- Una vez en el interior de la vivienda de B, A conectó un artefacto explosivo al interruptor de un electrodoméstico para acabar con la vida de su morador en cuanto fuese puesto en funcionamiento. Al regresar dos días después al mismo domicilio y comprobar que el interruptor no había sido accionado, A decidió desactivar el artefacto.

4.- Los acusados, trabajadores de una empresa alimentaria con la que mantenían un conflicto laboral en tanto se negociaba el convenio, con el fin de mover la voluntad de aquélla adquirieron en un centro comercial un paquete de bollería de su producción, al que inyectaron hidrocarburos lineales y ramificados saturados de 10 a 14 átomos, procediendo a continuación a solicitar y rellenar en el establecimiento una hoja de reclamaciones denunciando el mal estado del producto recién adquirido. Horas más tarde, uno de los acusados se personó nuevamente en el centro comercial retirando la reclamación y consiguiendo la devolución del original, que aún no había sido cursado⁵.

Pese a su distinta morfología, los supuestos planteados tienen en común, por una parte, que en ellos se deja en mayor o menor medida incontrolado un riesgo dolosamente generado; por otra, que un comportamiento voluntario evita el resultado (entendiendo ahora la evitación en términos meramente causales, esto es, sin aplicar restricciones valorativas o normativas). Pues bien: la cuestión que en todos ellos emerge es, en definitiva, si están a tiempo de desistir sus protagonistas. Si, en otros términos, la exención debe abrazarles en igual medida que a quienes pueda decirse que, aun tratándose de tentativas acabadas, han mantenido el riesgo bajo su ámbito de dominio y, por tanto, el control sobre la reversión de dicho riesgo⁶.

Ciertamente, esta puntualísima cuestión discurre próxima a la de la calidad de la acción de desistimiento, por cuanto que esta última atrae también al debate la consideración que deba darse al riesgo residual que el desistente puede estar dejando sin neutralizar y al control que el agente pueda tener que reservarse sobre ese riesgo para concederle la impunidad. En determinadas posturas, estas consideraciones se solapan, y el desistimiento es negado si el proceso salvador ha quedado, aunque sea por un solo momento, en manos del azar. Por ejemplo, nos dirá JAKOBS, si el autor dispara a su víctima y considera que no es improbable ocasionarle instantáneamente la muerte, pero la víctima sólo resulta herida, el riesgo de un homicidio instantáneo por la acción ejecutada se habrá perdido de un modo irreparable; si el autor salva entonces a la víctima de morir desangrada mediante un comportamiento que opera con toda seguridad en esa dirección, ello no puede modificar ya en nada el fracasado intento del homicidio instantáneo, pues este intento reside ya en el pasado⁷.

No obstante este tipo de posicionamientos, sigue siendo conceptualmente posible distinguir dos planos en los términos ya señalados: por una parte, la fijación del momento hasta el cual cabe, en abstracto, desistir (con independencia de las exigencias que para ello se soliciten después en relación con la calidad de la acción de desistimiento). Podrá aquí afirmarse –o negarse– la posibilidad de una pérdida temporal del control sobre el riesgo (tolerar o no, en este sentido, riesgos residuales); por otra parte, las exigencias sobre la calidad del comportamiento de desistencia, una vez resuelto que dicho comportamiento no es extemporáneo.

⁵ SAP Madrid, Secc. 4ª, 3.10.2002 (Ar. 771; MP: María del Pilar de Prada Bengoa). Respecto del delito de coacciones, se absolvió por desistimiento.

⁶ Me refiero a supuestos del tipo: A envenena mortalmente a B, pero le proporciona a tiempo el antídoto del que disponía desde el primer momento.

⁷ JAKOBS, «El desistimiento como modificación del hecho», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 335.

De nuevo los posicionamientos podrán tolerar o excluir la presencia de riesgos residuales y pérdidas de control de riesgo para apreciar ahora la concurrencia de la exención.

Y del mismo modo en que la distinción señalada resulta posible –y necesaria, a los fines que nos ocupan–, se plantea también la necesidad de otras diferenciaciones en este ámbito si se quiere aislar correctamente el problema objeto de análisis. Y es que en la aparente tranquilidad de esta fase final del delito intentado en la que nos situamos se dan cita, en realidad, un conjunto de interrogantes que en determinados extremos parecen solaparse con el aquí planteado, dificultando una disección que se antoja, sin embargo, imprescindible. Así puede ocurrir con la cuestión de la unidad de tentativa, no exactamente coincidente con la que aquí nos ocupa⁸. Sería coincidente, por ejemplo, si ceñimos el desistimiento a las conductas de abandono y presuponemos ya, además, que cualquier pérdida de control del riesgo cierra la tentativa, esto es, sella el objeto sobre el que proyectar el desistimiento (*Einzelakttheorie*). Sin embargo, trabajar sin prejuicios implica no manipular, acotándola, la realidad del problema a tratar, ni dar por sentado qué teorías son las llamadas a resolver nuestra cuestión; implica asumir, llegado el caso, que cuestiones distintas no tienen por qué resolverse con un único criterio; e implica asumir, en fin, que un único concepto (ya sea frustración, tentativa acabada, tentativa fracasada, tentativa perfecta ...), puede no bastar.

Por último, y aunque tal vez sea innecesario apuntarlo en esta presentación del problema, cabe recordar que el tenor literal de la ley no resuelve la cuestión planteada. Entender lo contrario supone una simplificación inaceptable. En efecto, pese a lo poderosa que resulta esta tentación del argumento gramatical –al punto de constituir argumento nuclear en la defensa de determinadas posiciones⁹–, no puede afirmarse con rigor que el Código penal conteste a esta cuestión, como por otra parte ocurre con tantas otras relevantes en materia de desistimiento. Así, entender que al eximir el art. 16.2, sin mayores requerimientos, a quien desiste de la ejecución ya iniciada o impide la producción del resultado no cabe pensar en otras exigencias añadidas (y que, por lo tanto, ninguna limitación a la desistencia cabe oponer a quien ha perdido el control sobre el riesgo generado, al no constar ulteriores exigencias en la Ley) es una afirmación en el vacío si no apoya en el necesario complemento teleológico, guía de la interpretación¹⁰.

Intentar analizar con un cierto rigor esta cuestión exige, al menos, acudir en primera instancia a las categorías doctrinales disponibles (entre las que –se sobrentiende– permanecen atentas al momento final de la tentativa), clarificando su utilidad en el tratamiento que habría de dispensarse con ellas al problema (aptdo. 2) para, en caso necesario, proceder a su revisión

⁸ Si la antes mencionada cuestión de la calidad de la acción de desistimiento es, por así decir, posterior a la que será aquí objeto de análisis (aunque en ambas tenga su papel el control sobre el riesgo total generado), la cuestión de la unidad de tentativa representa un *prius*, no enteramente coincidente con lo aquí tratado. Una cosa es fijar qué constituye una única tentativa (aunque esté integrada por una sucesión de actos) y otra distinta resolver hasta cuándo esa tentativa es desistible.

⁹ Así, en la defensa de la *teoría de la consideración global* en Alemania (véase, PUPPE, «Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46», *NStZ*, 1984, p. 488).

¹⁰ Tampoco –obsérvese– el sentido gramatical permite orillar la cuestión de la unidad de la tentativa, antes decantada. Basta, en efecto y por expreso designio legal, desistir de lo iniciado, pero siempre que tal opción se predique de la misma ejecución ya iniciada, de la misma tentativa, en suma, con lo que la cuestión no habrá hecho sino volver al principio: ¿cuándo estamos ante la misma tentativa?; ¿lo estamos si el autor perdió en algún momento el control sobre el riesgo creado? La misma reflexión resulta aplicable al tenor del §24 StGB, que alude a la «restante ejecución del hecho», a la prosecución del (mismo) hecho.

(aptdo. 3). Esta metodología determina el orden de la exposición que sigue.

2. Coordinadas generales

2.1 Distinciones conceptuales en el ámbito del delito intentado

Dirigiendo la mirada hacia los distintos estadios de la tentativa encontramos como clasificaciones destacadas –y centrándonos en la terminología más actual- las que la adjetivan como acabada o inacabada, por una parte, y como perfecta o imperfecta, por otra. A ellas convendrá añadir el concepto –ciertamente más usual en la doctrina germana que en la nuestra- de tentativa fracasada. Este apartado segundo se destina a caracterizar tales conceptos, cuya utilidad para la cuestión que nos ocupa será revisada en el apartado tercero. Antes, no obstante, se impone una breve referencia al concepto de frustración, clásico en el derecho español. Su desaparición del derecho vigente y la absorción de su significado en otras categorías –según opinión generalizada- harán ya innecesario retomar su análisis en el anunciado capítulo de revisión.

El concepto legal de frustración, presente en el Derecho español desde el código de 1848¹¹, salió de él – como es sobradamente conocido- a la entrada en vigor del texto de 1995. Si en aquel texto primigenio de 1848, heredero en realidad del Código penal napolitano, el concepto se recogió en su formulación subjetiva, aludiendo a la realización por el agente de cuanto estuviese de su parte para consumir el hecho¹², el artículo 3 párr. 2º del código en último lugar derogado había acogido ya (y en realidad el derecho español desde el código de 1870), un concepto objetivo de frustración, concurrente “cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente”¹³.

Las razones que auspiciaron esta desaparición de la frustración como concepto legal autónomo –sugerida ya por importantes voces durante su vigencia¹⁴- pueden resumirse en la idea de simplificación. Simplificación, por una parte –y como recogieron los primeros comentaristas y sentencias de la época¹⁵-, a efectos de evitar las complicaciones prácticas que se presentaban a la hora de deslindar con nitidez en

¹¹ Aunque nominalmente el término frustración, atribuido según la opinión más extendida a Romagnosi, no asomara hasta el Código penal de 1848, la idea de un delito fallido, como cosa diferenciable del meramente iniciado y no concluido, ya puede encontrarse en el Código de 1822, englobado en la categoría general de la tentativa (art. 7 CP 1822). Sobre el origen y evolución del concepto de frustración, véase FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 240 y ss.

¹² Art. 3 CP 1848: “(...) Hay delito frustrado cuando el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad”.

¹³ Señalaba la STS, 2ª, 29.1.1991 (Ar. 448; MP: Francisco Soto Nieto): “(...) Afiliándose nuestro CP, en su artículo 3, al concepto objetivo del delito frustrado, al referir los “actos de ejecución” desarrollados por el agente a todos los que deberían producir como resultados el delito, o sea, a los que, según módulos de necesidad, habrían de conducir a la originación del daño al bien jurídico protegido, conforme a reglas de experiencia común, y no simplemente aquellos que el sujeto considere idóneos y suficientes para la efectividad de su propósito. Criterio de causalidad material que era ajeno al CP de 1848, el que inspirado en cánones de subjetividad, al referirse a la frustración del delito, aludía a que el culpable ‘a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo ...’ no lo lograba”.

¹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG, II*, 1986, p. 186, en relación con las diferencias punitivas existentes; se refiere a esta cuestión, sin pronunciarse, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Art. 3, párs. 2 y 3», en CÓRDOBA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, t. I, 1976, p. 86.

¹⁵ Puede verse, por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, p. 370 ; o la STS, 2ª, 18.10.1996 (Ar. 7816; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

muchos supuestos la tentativa de la frustración, con –recuérdese– distintos efectos punitivos ex lege¹⁶.

Y simplificación también, por otra parte, en el panorama conceptual, pues la previsión del delito frustrado como algo distinto obligaba a determinadas cautelas en la teoría de la tentativa en España¹⁷.

Ciertamente podrá pensarse que, si de simplificación y distanciamiento de la dualidad conceptual se trataba, podría haberse ido más allá en ese cometido y haber obviado la referencia expresa a la realización alternativa de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y que no hace sino reproducir veladamente aquella distinción, aunque sin asignarle ahora una correspondencia punitiva obligatoriamente diversa¹⁸. Se podría, en otros términos, haber aludido simplemente al inicio de la ejecución que constituye su esencia, como hacen otros ordenamientos europeos¹⁹, pero el legislador español prefirió repetir expresamente esas referencias al grado de ejecución, aunque englobadas ahora en un único concepto legal de tentativa.

Sea como fuere, no puede negarse que la desaparición del concepto legal de frustración ha comportado efectos clarificadores en diversos frentes, mereciendo la supresión de lo que representaba cuando menos una regulación poco común en el derecho comparado la favorable acogida con la que contó desde el inicio. La modificación permitió cerrar, por una parte, las dudas en torno a una posible naturaleza especial de la frustración con respecto a otras formas de tentativa, clarificando que la diferencia por el grado de ejecución es meramente cuantitativa, y no esencial²⁰. Por otra parte, también se terminaba con el divorcio radical entre frustración e inidoneidad, allanando el camino para que nada obstase, desde el punto de vista legal, a la admisión de tentativas acabadas inidóneas²¹.

En cualquier caso, y como ha quedado ya apuntado, la esencia de la distinción continúa presente en el artículo 16 vigente, que ofrece ahora una base legal para la adjetivación de la tentativa como acabada o inacabada. Atrás han quedado las disquisiciones acerca de la coincidencia de los viejos conceptos de tentativa y frustración españoles con los de tentativa inacabada y acabada en Alemania²². Y es, en fin, opinión generalizada en la doctrina desde su promulgación que en el actual concepto de tentativa acabada se recoge lo anteriormente amparado en la frustración²³.

En conclusión, y a los efectos que aquí interesan, se antoja evidente que la recuperación del concepto de frustración no parece llamada a aportar nada relevante en el problema objeto de este estudio. Siendo además que su significado viene proyectado en el actual concepto de tentativa acabada, que a continuación se pasa a analizar, no se hará siquiera necesario volver a aludir al delito frustrado en el apartado tercero, como ya se dijo.

¹⁶ Mientras que el art. 51 ACP obligaba a la rebaja punitiva en un solo grado en los supuestos de frustración, el art. 52 permitía la rebaja en uno o dos grados en caso de tentativa.

¹⁷ SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, 1996, p. 121.

¹⁸ Sin distinguir entre tentativa inacabada o acabada, el vigente art. 62 CP establece unitariamente la pena inferior en uno o dos grados para el autor de una tentativa de delito.

¹⁹ Significadamente el §22 StGB, que define la tentativa como la conducta de quien se dispone inmediatamente (según su representación) a la realización del tipo. Evidentemente, y en cualquier caso, ello no destierra la distinción doctrinal entre una tentativa acabada y otra inacabada.

²⁰ En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER, «Art. 16», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, 1997, p. 521.

²¹ Así, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 478.

²² Si en algún momento pudieron plantearse dudas a efectos dialécticos sobre algún aspecto de esa comparación, esas posibles reticencias – en realidad ya contestadas con el trasfondo del propio derecho derogado– quedaron definitivamente arrinconadas con el código vigente. Sobre esta cuestión, en relación con la restricción de los actos ejecutivos a los realizados por el propio sujeto, SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, 1996, p. 121 y s., recogiendo el parecer de MIR.

²³ GONZÁLEZ CUSSAC en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, t. I, 1996, p. 374; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, 1996, p. 122; PÉREZ FERRER, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español*, 2008, p. 225.

a. Tentativa inacabada y tentativa acabada

La distinción entre una tentativa acabada y otra inacabada es, con mucho, la que de un modo más visible encuentra acomodo en la letra de la Ley. A ella se refiere expresamente la definición legal de la tentativa al discriminar entre la práctica de todos o solo parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado (art. 16.1 CP), en clasificación que parecen a primera vista secundar y hasta reforzar tanto la previsión legal de desistimiento (art. 16.2 CP) como la que precisa la penalidad por el delito intentado (art. 62 CP). Y justamente en ambos campos ha querido, efectivamente, ver la literatura científica y la jurisprudencia efectos necesarios derivados de esta distinción, que proyectaría así su utilidad dogmática en esos dos frentes principales: la penalidad de la forma imperfecta, por una parte, y la forma que debe revestir el desistimiento, por otra, para asociar en este último caso un comportamiento necesariamente activo a la tentativa acabada y meramente pasivo (la no continuación) a la inacabada²⁴. Junto a éstas de alcance más general -cuya validez, como expondré tangencialmente más adelante²⁵, de todos modos no comparto- cabe ciertamente encontrarle a la distinción de referencia alguna otra utilidad de efecto más localizado, como ocurre en el ámbito de la imputación al dolo del resultado²⁶.

Pero sea cual fuere la relevancia real de la distinción (a mi juicio, insisto, meramente descriptiva, sin los efectos técnicos más clásicos asociados), su concepto se ha antojado claro: literatura y jurisprudencia vienen dando por sentado que concurre una tentativa inacabada cuando el autor no ha realizado todavía todo lo necesario para la producción del resultado, mientras que concurrirá una tentativa acabada en caso contrario²⁷.

²⁴ Esta opinión es generalizada y se encuentra fuertemente asentada en nuestra doctrina: MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, 13/61; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 140; GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en Derecho penal*, 1998, p. 132; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 479; EL MISMO, «Desistimiento malogrado y reglas de imputación», *AP*, 2001, p. 1043. Con el ACP, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, t. I, 1976, p. 97 (salvo en determinados casos: p. 131, siguiendo la exposición de VANNINI); MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, pp. 282 y s. En la Jurisprudencia, por ejemplo, STS, 2ª. 16.12.2002, (Ar. 2003/478, MP): Joaquín García Delgado. La convicción acerca de la estricta correspondencia entre estas dos formas de tentativa y la modalidad (omisiva o activa) del desistimiento es tan arraigada que ha llegado a asomar, incluso, en el derecho positivo comparado. Así, la redacción hoy ya derogada del anterior Código penal suizo contempló en preceptos separados la tentativa inacabada (*unvollendeter Versuch/Rücktritt*, art. 21, anterior redacción) y la acabada (*vollendeter Versuch/tätige Reue*, art. 22 a.r.)

²⁵ 3.2.a.

²⁶ Si se sostiene con rigor la congruencia del dolo con el tipo objetivo, hará falta en el juicio de tipicidad tras la imputación objetiva del resultado a la acción, la imputación al dolo del resultado. De forma que cabrán supuestos en los que, pese a haber causado un resultado con una acción dolosamente dirigida a él, y ser el resultado objetivamente imputable, no podrá castigarse por delito consumado (véase ALCÁCER GUIRAO, *AP*, 2001, p. 1042 y ss.). En este contexto, como supuesto de incongruencia del dolo con el tipo se plantean algunos casos de desistimiento malogrado, destacándose la necesidad de un "dolo de tentativa acabada" aun en supuestos de desistimiento malogrado en fase de tentativa inacabada. Así, se dirá, si el sujeto cree erróneamente no haber realizado todos los actos que deberían producir el resultado, cuando en realidad -objetivamente, aunque sin haberlo abarcado el dolo del autor- ello no es así, de modo que el peligro relevante creado acaba de hecho materializándose efectivamente en la producción del resultado, no habrá de castigarse por consumación por más que dicho resultado sea objetivamente imputable a la acción. La incongruencia con el dolo (que debió ser de tentativa acabada) habría de llevar a castigar estos supuestos de consumación anticipada -por malograrse la forma de desistimiento elegida- como tentativas (inacabadas) en concurso ideal con el delito imprudente (y, acaso, la correspondiente atenuación analógica por la reparación). Véase, ALCÁCER GUIRAO, *AP*, 2001, p. 1044 y ss.

²⁷ Sean estos tan simples u otros más complejos los términos usados en la definición. DOVAL, por ejemplo, se ha referido a una secuencia suficiente de actos ejecutados para alcanzar la consumación a la hora de conceptuar la tentativa acabada, hablando de actos no suficientes pero sí necesarios "como parte de una cadena suficiente" para definir la tentativa inacabada (DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001, p. 105).

Como es bien sabido, esta caracterización, a primera vista lineal y aproblemática, reclama sin embargo inmediatas aclaraciones adicionales. La principal exige concretar el punto de vista desde el que dirimir qué actos han de reputarse necesarios: ¿la respuesta debe darse conforme al criterio de un espectador objetivo, o debe por el contrario atenderse a la representación del propio agente? Lo primero nos sitúa ante las tesis objetivas; lo segundo, ante las denominadas subjetivas. Como suele ser lo habitual, caben también aquí -y por tanto hay- posicionamientos mixtos.

a) Al respecto, se ha criticado que un planteamiento estrictamente objetivo, que prescindiera completamente del plan del autor para atender sólo a la estructura típica del delito en cuestión, resultaría un criterio de distinción inviable, en la medida en que con ello se desembocaría bien en una comparación imposible con un inexistente plan ideal de ejecución de cada delito o bien, sencillamente, en la caracterización como inacabados de todos los intentos, por cuanto se vendría a exigir la idoneidad *ex post* para poder hablar de tentativas acabadas²⁸. Tomar en consideración la representación del autor resultaría, pues, una parada obligada para afrontar con éxito la distinción, lo que reduciría el dilema a la elección entre los planteamientos denominados subjetivos y los de carácter mixto.

A mi entender, no obstante, no necesariamente un criterio objetivo debe pretenderse formulado en términos tales que hagan buenas las críticas referidas. Desde el punto de vista de un espectador objetivo *ex ante* puede valorarse, como se hace en otras tantas cuestiones, si habría que considerar realizado o no todo lo que parece necesario para alcanzar el resultado (conforme, lógicamente, a una determinada forma de ejecución- o, si se prefiere, a un plan, en esa concreta acepción objetiva-). De hecho, no otra cosa que planteamientos objetivos resultan ser a la postre -a mi juicio- los que en la literatura científica española se han dado en llamar mixtos. Sobre ello volveré más adelante.

b) Los planteamientos subjetivos son absolutamente dominantes en Alemania, si bien convendrá advertir a renglón seguido que es hoy el propio concepto legal de tentativa el que ayuda a situar la cuestión en ese terreno al indicar el §22 StGB que intenta el hecho delictivo quien, *según su representación*, se propone de forma inmediata la realización del tipo²⁹. Clarificado así el terreno de juego, el debate se ha podido concentrar en la determinación del momento en el que debe valorarse esa representación -sentado, repito, que es esto, la representación del agente, lo determinante-. Y en ese debate los planteamientos existentes han evolucionado desde una primitiva atención al inicio de la acción (Planhorizont) hasta su actual ubicación en el momento en que concluye el agente su último acto (Rücktrittshorizont)³⁰: si tras éste considera no haber hecho lo suficiente para ocasionar el resultado, su tentativa habrá de reputarse inacabada.

²⁸ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 488.

²⁹ Aunque tal enfoque subjetivo (singularmente, la teoría del plan del autor) ya primaba con la anterior redacción (§43 StGB a. r.).

³⁰ Sin perjuicio de la existencia de otros posicionamientos más o menos diferenciados. Así, en una posición intermedia entre el criterio del plan del autor y el del horizonte del desistimiento podría situarse la posición de HERZBERG, «Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH», *NJW*, 1986, p. 2469; EL MISMO, «Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese», *NJW*, 1988, p. 1565 y s., proponiendo estar al primer acto ejecutivo con dolo de consumación; en los extremos se ubicaría la postura de S. OTPARLIK, *Nicht mehr rücktrittsfähiger Versuch, Passiv Rücktrittsfähiger Versuch, Aktiv rücktrittsfähiger Versuch*, 1996, que sostiene -según indica KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters und deren "Korrektur" beim Rücktritt vom Versuch nach §Abs. 1 StGB*, 2008, p. 287- un planteamiento aun más restrictivo que el del criterio del plan del autor: para apreciar una tentativa inacabada el autor no debe haber ejecutado el programa mínimo tenido por necesario *ex ante*, no debiendo existir, además, riesgo de producción del resultado en el momento de la última actuación.

Será acabada, en cambio, si asume, siquiera eventualmente, que el resultado puede verificarse con lo realizado.

La teoría del plan del autor (Tatplantheorie), que considera determinante la representación de éste en el momento de iniciar el hecho (la precisión de lo necesario se efectúa, en otras palabras, conforme a su planificación inicial), es de cuño jurisprudencial³¹. En efecto, la jurisprudencia alemana se inclinó inicialmente, ya bajo la vigencia del anterior §46 StGB, por atender a lo inicialmente planeado (p.e., BGHSt 14, 75), convirtiendo así el plan del autor -su representación al inicio de la ejecución- en criterio determinante de la unidad de la tentativa a efectos del desistimiento³²: cumplimentado lo planeado, la tentativa será acabada -y por tanto el desistimiento por cese de actividad inaccesible- aunque permanezca abierta la posibilidad de seguir actuando³³, bien sea repitiendo el intento con los mismos medios, o bien con otros nuevos inmediatamente accesibles³⁴. Las críticas a este planteamiento, hoy apenas sostenido³⁵, son conocidas y prácticamente generalizadas. Se le achaca, por ejemplo, que aboca a unas dificultades probatorias insalvables en cuanto a la demostración de lo que el sujeto se representó efectivamente al inicio de la ejecución, dejando la condena o absolución poco menos que en manos de lo que el autor, en función de su mejor o peor asesoramiento, declare. Aunque la crítica adolece de una cierta inconsistencia³⁶, sí es cierto que el criterio de solución aportado empeora lógicamente su rendimiento en los casos, por lo demás frecuentes, en los que el agente ni siquiera se ha trazado plan alguno, no pudiéndose determinar qué se representó como necesario al iniciar su ejecución³⁷. Pero la crítica fundamental pone de manifiesto el hecho de que con este modo de proceder se favorece en realidad al delincuente más calculador (y por tanto más peligroso), que ha previsto desde el inicio la posibilidad de tener que adaptar su ejecución, perjudicando al más irreflexivo (y por ende -se

³¹ Si bien existen, evidentemente, referencias al plan del autor como criterio dirimente en doctrina (por ejemplo, WELZEL, *Strafrecht*, 6ª, 1958, §24 I, 1, p. 171).

³² ROXIN, «Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung», *JuS*, 1981, p. 6. Una detenida exposición de la evolución de la jurisprudencia en esta materia puede verse en KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, p. 293 y ss.

³³ WÖRNER, *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont*, 2009, p. 92; KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, p. 286.

³⁴ La fundamentación de este criterio no es excesivamente elaborada, más allá del propio entendimiento de que deteniéndose el autor más allá de lo planeado por él mismo no se podría estar ya ante el abandono de la ejecución del mismo hecho, KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, pp. 287, 294. Respecto de las motivaciones del planteamiento, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*. Tesis Doctoral, 1998, pp. 130 y ss., aduce la existencia de razones pragmáticas -o, por mejor decir, de justicia material- tendentes a evitar la impunidad a la que hubiese conducido la aplicación de los presupuestos dogmáticos imperantes a determinados supuestos, en los que se renuncia a la continuación con los mismos u otros medios al alcance del autor. Ejemplo paradigmático en este ámbito es del conocido como caso del botellín, o *Flachmann- Entscheidung*, BGHSt 10, 129: hallándose en el interior de un vehículo y con intención homicida, A golpeó a su víctima en la cabeza con un botellín de 3/8 de litro, pero la falta de espacio impidió que el golpe fuera lo bastante fuerte para ocasionarle la muerte, por lo que pasó a estrangularla hasta que perdió el sentido; aunque hubiese podido culminar su acción, finalmente A desistió de su propósito. En efecto, la fundamentación político criminal de la impunidad por desistimiento imperante (puente de plata), por una parte, y la valoración de su voluntariedad con la estricta fórmula de Frank (es voluntario el desistimiento si pudiendo el autor continuar no lo hace), por otra, dejaban sin argumentos la pretensión de castigar en supuestos de este tipo, conduciendo inexorablemente a la exención. La teoría del plan del autor habría servido para evitar la impunidad de estos supuestos (así, BGHSt 10, p. 131, en el caso citado).

³⁵ KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, p. 286; GROPP, «Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont. Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch», en *FS-Gössel*, 2002, p. 185.

³⁶ Inquietante, sin embargo, la conclusión que ROXIN «Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada», en EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, p. 265, atribuya al trabajo de OTTO: "OTTO ha demostrado -señala- 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 no".

³⁷ Véase OTTO, «Rücktritt und Rücktrittshorizont», *Jura*, 2001, p. 341 y ss.

sobreentendiendo- menos peligroso), con lo que ello tiene de político-criminalmente inconsecuente³⁸. Y ciertamente hay que convenir que un planteamiento así descuida el peligro objetivo, con lo que paradójicamente supuestos que hayan desplegado un escaso peligro pueden devenir indesistibles, y viceversa. Pero ello no debe sorprender, cuando es precisamente consecuencia del acogimiento, con sus correspondientes consecuencias, de un enfoque subjetivo.

En cualquier caso, estas deficiencias, unidas a la mayor consideración hacia el carácter dinámico del hecho delictivo, propiciaron la concreción de la anterior perspectiva subjetiva en el conocido como criterio del horizonte del desistimiento, atento ahora a la representación del autor tras el último acto concreto ejecutado (o, lo que es lo mismo, a su representación en el momento en el que inicia su conducta de desistimiento)³⁹. Si la pregunta clave desde la Tatplantheorie resultaba ser si el plan se había cumplimentado o no, con la doctrina del horizonte del desistimiento tal pregunta pasa a ser la de si el resultado sigue siendo o no posible⁴⁰. Oficialmente, se coincide en señalar que este planteamiento desembarcó en la jurisprudencia alemana, cambiando el punto de vista hasta entonces mantenido⁴¹, con una resolución de 3 de diciembre de 1982, en el conocido como caso del estrangulamiento (o del compañero de vivienda: *Würgungs-* o también *Mitbewohner- Fall*⁴²)

El carácter flexible, capaz de tomar en consideración el dinamismo inherente a la ejecución de un hecho criminal, es la principal ventaja ofrecida por este planteamiento, que, no obstante, tampoco ha estado exento de críticas precisamente por convertir la frontera en algo inseguro y manipulable, al no permitir identificar un momento temporal suficientemente preciso⁴³.

c) En España la doctrina se ha inclinado especialmente -al menos nominalmente⁴⁴- por un planteamiento mixto para efectuar la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas, entendiendo que la cuestión debe dirimirse utilizando el criterio de un espectador objetivo ex ante, pero que tome en cuenta el plan del autor⁴⁵.

Pero el eclecticismo no es en sí mismo virtud, y la combinación de perspectivas no aporta necesariamente un criterio superior o menos atacable. Por ello, si la posición referida estuviese incorporando la perspectiva subjetiva en el mismo sentido antes analizado (cosa que en mi opinión -anticipo- no hace), no se dejarían de lado los interrogantes que plantean las tesis subjetivas sino que, en cambio, la tesis mixta los arrastraría consigo. Pero el sentido en el que se formula este criterio es, entiendo, diverso. Y si bien se pudo presentar como solución de síntesis,

³⁸ ROXIN, *JuS*, 1981, p. 7; EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal*, p. 264; PUPPE, «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 22.8.1985-4 StR 326/85», *NSfZ*, 1986, p. 14; GROPP, *FS-Gössel*, 2002, p. 185.

³⁹ Véase KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, p. 290, recogiendo también algunas variantes en la formulación.

⁴⁰ WÖRNER, *Fehlgeschlagene Versuch*, 2009, p. 94 y 95.

⁴¹ Con matices: KNÖRZER, *Fehlvorstellungen des Täters*, 2008, p. 301.

⁴² BGH 2 StR 550/82, de 3 dic. 1982 (BGHSt 31, 170): el acusado acuchilló a su compañera, a la que había sorprendido robando, y pasó también a estrangularla, retirándose después. El LG había desestimado el desistimiento de una tentativa inacabada.

⁴³ HERZBERG, «Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung», en *FS-Blau*, 1985, p. 120 y s.

⁴⁴ Confróntese, por ejemplo, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 260 con p. 269.

⁴⁵ Acogen este criterio, enunciado en los años ochenta (Mir, Gómez Benítez), FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 260 y 273; 2ª ed., 2011, p. 314 y 330; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 488.

Un planteamiento subjetivo es, en cambio, el acogido por BACIGALUPO, siguiendo los dictados de la doctrina alemana del plan del autor (*Principios de Derecho penal*. PG, 4ª, 1997, p. 348). No obstante, es de notar que al enunciar lo que debe definir la tentativa como inacabada no sólo alude en realidad al plan del autor, sino también al requisito de que desde un punto de vista objetivo no exista peligro de que el resultado tenga lugar (DEL MISMO, «Art. 16», en *Código penal*, p. 540).

llamada a superar las dificultades que afectarían a las tesis objetivas o subjetivas aisladamente consideradas, con ello se pensaba, en realidad, en sortear la inconveniencia de que fuese exclusivamente la representación del autor, con independencia de su racionalidad, la que acabase dirimiendo la cuestión⁴⁶. Sin embargo, los auténticos términos del problema no son los de la idoneidad del intento. Lo que se pretende contestar distinguiendo entre tentativas inacabadas y acabadas -con un criterio subjetivo en Alemania- es, en esencia, si se puede o no quedar impune con una simple no continuación de lo que se está haciendo⁴⁷. Por eso, una vez garantizado un determinado nivel objetivo de idoneidad de la tentativa (requisito que, por cierto, no tiene porqué residenciarse justamente en un criterio de distinción entre dos especies singulares de la institución), si se da entrada al criterio del agente en los términos ya dichos las preguntas volverán a ser la mismas: ¿daremos por acabada la tentativa porque se ha cumplimentado lo que el autor se había propuesto al inicio (Planhorizont) -y por tanto no otorgaremos la impunidad por la paralización voluntaria de una continuación perfectamente posible- o la consideraremos inacabada porque el resultado todavía era viable a juicio del autor -Rücktrittshorizont-? Si se opta por el plan del autor -al que parecen referirse las tesis mixtas españolas⁴⁸- se arrastran las críticas oponibles a ese planteamiento (favorecimiento del delincuente calculador, inconveniencia político-criminal, etc.), a las que se sigue igualmente expuesto⁴⁹.

⁴⁶ Amén de añadir, por otra parte, a la desnuda consideración objetiva del tipo en abstracto una guía de interpretación de los hechos en función de su concreto modo de ejecución (en este sentido, plan).

⁴⁷ Mi disconformidad con las pretendidas utilidades de la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas (y en particular sobre la contingencia de una asociación entre tentativa inacabada y comportamiento pasivo), se recoge en 3.2.a.

⁴⁸ Parecen, insisto, porque en realidad el uso de la referencia al plan del autor se hace en mi opinión en un sentido distinto al de la teoría del mismo nombre en Alemania. (Si, en cambio, no fuese correcta mi lectura, ciertamente cabría tener en cuenta un factor cronológico para explicar la referencia al Planhorizont: cuando se suscita la tesis mixta en España, aún no ha tenido repercusión la referencia al horizonte del desistimiento en Alemania -que oficialmente irrumpe en la jurisprudencia con una resolución del BGH de 3 de diciembre de 1982- siendo por tanto la tesis subjetiva de referencia a integrar la del plan del autor).

⁴⁹ El temor a entregarse a los dictados de un criterio subjetivo para efectuar la distinción no ha de ser, pues, el de que sin el oportuno contrapeso de lo objetivo podamos acabar castigando como tentativa acabada algo que sólo lo es en la irracional representación del autor, o viceversa (como inacabado lo que objetivamente se valoraría como acabado). Los ejemplos a los que debe enfrentarse la distinción según su -a mi juicio en realidad solo pretendida (ver 3.2.a)- utilidad en relación con la forma (omisiva o activa) del desistimiento son los del tipo representado por el caso del botellín (*Flachmann-Fall*, BGHSt 10, 129: véase nota 33), que plantean dudas como la indicada en el cuerpo del texto: si el autor planeó acabar con la vida de su víctima a golpes con un determinado objeto contundente, y en el curso de la ejecución pasa a estrangularla, ¿desiste al interrumpir a tiempo el estrangulamiento o en cambio ha culminado -presa de lo que fue su plan inicial- una tentativa acabada, indesistible por mero abandono? En este sentido, supuestos como el recogido por ALCÁCER (*La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 488) para ejemplificar el funcionamiento del criterio mixto (usado ya por MIR en éste y en otros cometidos: PG, 2008, 13/56, 59, 70) parecen alejados del objetivo de la clasificación. Si el autor -se plantea- prepara una trampa teniendo planeado acabar con la vida de su víctima de un disparo una vez que aquélla haya caído en ella, se tratará de una tentativa inacabada -se nos dice- si no llega a disparar, y acabada si tenía previsto dejarle morir de inanición. O bien en el primer estadio la ejecución no se ha iniciado (MIR PUIG, 2008, PG, 13/70) o bien está implícito que ambas vías -también la primera- son aptas para ocasionar la muerte (de otro modo no cabría hablar de tentativa): la trampa es, pues, objetivamente idónea para retener indefinidamente a su presa (que puede por ello morir de inanición). Calificar como inacabada la primera situación supondría considerar que el mero abandono (respecto de un plan que contemplaba seguir actuando) conllevaría la impunidad (sin perjuicio de la correspondiente responsabilidad como tentativa cualificada), absurdo que evidentemente no parece que se pretenda señalar. El ejemplo, en conclusión, no responde al objetivo citado.

Claro que, en realidad, más bien resulta que los planteamientos citados no contestan a esa cuestión, y terminan siendo soluciones objetivas, en las que la referencia a la representación del autor se relega a mero criterio de interpretación del sentido (objetivo) de la conducta en el caso concreto⁵⁰.

b. Tentativa fracasada

Tentativa acabada no es tentativa fracasada. En la primera, señalaría la doctrina subjetiva dominante en Alemania -cuna también del segundo concepto⁵¹- la representación del autor tras el último acto es favorable a la producción del resultado. En la segunda, en cambio, el autor sabe -o al menos supone- que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto⁵². La primera es desistible; la segunda, por definición, no lo es⁵³, según el sentir general de la principal doctrina usuaria de esta categoría.

Las genéricas pinceladas anteriores no deben ocultar, en cualquier caso, que con el uso de este concepto -señálese también, controvertido para muchos- se abarca en realidad un heterogéneo grupo de supuestos, con lo que no existe una única acepción de fracaso de la tentativa⁵⁴. Así -en un sentido calificado a veces como propio- se hablaría de tentativa fracasada efectivamente cuando el autor supone (independientemente de que su representación se corresponda o no con la realidad) que, sin cesura temporal o material relevante, le es imposible alcanzar el resultado con el desarrollo inmediato del suceso⁵⁵. Pero también se habla de fracaso -en un sentido también propio, pero asimilado (no estricto)- en aquellos casos en los que el agente considera que el plan previsto ha perdido su sentido. En ambos el autor cree, en definitiva, que su proyecto ha fallado.

En todos estos casos, la afirmación de la tentativa fracasada implica la exclusión de la impunidad por desistimiento ya en un estadio previo al del análisis de sus requisitos, de modo que ya no cabría siquiera plantearse, en otros términos, que el agente pudiera ni abandonar la ejecución ni, para algunos, impedir el resultado, puesto que no dispondría de la posibilidad de optar que

⁵⁰ En realidad, enfrentados a supuestos problemáticos del tipo indicado, los defensores del criterio mixto parecen dejar la solución en manos de un criterio objetivo, con lo que en este planteamiento la referencia a la representación del autor se relega a mero factor de interpretación de la conducta concretamente desplegada. Esta es a la postre la posición de FARRÉ, quien matiza expresamente que su planteamiento es fundamentalmente objetivo, sin que en última instancia sea el plan del autor el que decida, en realidad, si se han realizado o no todos los actos necesarios (FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 269). Si el plan del autor -señala- es vaciar el cargador de su pistola sobre su víctima, "el hecho será considerado como frustración en el momento en que se lleve a cabo aquel disparo que tenía peligrosidad suficiente para producir el resultado". Criterio netamente objetivo, pues, que excluiría la impunidad por mero abandono antes de que se hubiese cumplimentado el plan del autor. El problema es, justamente, si, siendo que cada disparo tiene en principio la peligrosidad suficiente, debe entenderse o no que tras la realización del primero el mero abandono ya no sirve a la impunidad o, en cambio -y a eso sirve un auténtico criterio subjetivo- cabe concederla porque su plan era el de continuar hasta vaciar el cargador. Pero para esto último, como se ha visto, no se emplea el complemento subjetivo de la -por ello a mi juicio mal llamada- tesis mixta.

⁵¹ SCHMIDHÄUSER, *AT (Studienbuch)*, 2ª, 1984, p. 366 y 367 y ss. (11/71 y 76 y ss.); EL MISMO, *AT*, 1970, p. 501 y ss.

⁵² ROXIN, *JuS*, 1981, p. 1.

⁵³ ROXIN, *JuS*, 1981, p. 8. Tentativa fracasada es la que no puede continuar y, por tanto, tampoco se puede cesar de ella: ROXIN, *JuS*, 1981, p. 1.

⁵⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, «Error sobre el objeto, tentativa fracasada y desistimiento», *CPC*, 2006, 103 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, p. 104 y ss.

⁵⁵ En los casos en los que la imposibilidad es objetiva, parece más oportuno hablar sencillamente de imposibilidad de realizar el tipo. El término tentativa fracasada, no obstante, también se utiliza en este sentido: POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, p. 145, 161.

opera como presupuesto de la desistencia⁵⁶. En esto, en el papel de filtro previo para analizar si concurren los requisitos del desistimiento (voluntariedad, evitación del resultado), radicaría precisamente la utilidad de esta categoría, según sus defensores⁵⁷.

Pero el uso del concepto de tentativa fracasada se extiende también, en sentido impropio, a aquellos supuestos en los que la producción del resultado delictivo falla en los precisos términos planeados por el agente, aunque considerando éste que el objetivo delictivo sigue siendo factible de forma inmediata con los mismos u otros medios disponibles. Como puede observarse, la cuestión tiene aquí puntos de contacto con la ya tratada distinción entre tentativas acabadas e inacabadas, lo que explica la confusión de algunos autores en la identificación de las teorías llamadas a dirimir cada problema. Aquí, los supuestos en los que el agente llega a realizar varias acciones naturalísticamente diferenciables presentan una problemática específica, siendo discutida la ubicación del fracaso de la tentativa y con ello su tratamiento a efectos de desistimiento. Frente a la consideración del acto individual (*Einzelakttheorie*) para ubicar el fracaso (cada acto que, tenido por idóneo por el autor, no consigue el resultado, es ya un intento punible –no desistible⁵⁸–) la doctrina se ha ido decantando progresivamente a favor de una consideración global de esa sucesión de actos (*Gesamtbetrachtungslehre*), prescindiendo de la consideración aislada de su peligrosidad⁵⁹, con lo que seguiría abierta la posibilidad de desistimiento.

c. La perfección de la tentativa

Una última distinción relevante en la fase final del delito intentado es la que, en los últimos tiempos, ha separado entre tentativas perfectas e imperfectas. Esta distinción, propuesta por BENLLOCH⁶⁰, sitúa el criterio dirimente en la pérdida de la seguridad por parte del agente acerca de la evitación del resultado: este punto de inflexión, en el que el autor pasa a no estar ya seguro del éxito de su acción evitadora (esto es, a no ostentar ya el control sobre el riesgo generado), se identifica como momento de perfección de la tentativa. Antes de llegar al mismo se estará ante las por él denominadas tentativas imperfectas; una vez rebasado, se ingresará en la fase de tentativa perfecta⁶¹.

Como el propio proponente de la distinción se encarga de puntualizar, la separación aludida no es conceptualmente coincidente con la ya existente y asentada diferenciación entre tentativas acabadas e inacabadas⁶², lo que justificaría el neologismo dogmático.

⁵⁶ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC*, 2006, p. 109, 111.

⁵⁷ Véase SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC*, 2006, p. 107 y ss., para quien el uso del concepto resuelve con mayor limpieza y simplicidad, con mayor elegancia (p. 114), la exclusión del desistimiento que si se prescinde del mismo.

⁵⁸ De modo que si, considerando posible alcanzar el resultado con la repetición de actuaciones inmediatas, el autor se detiene, no desiste ya de la tentativa realizada, sino que renuncia simplemente a su actualización con otra nueva.

⁵⁹ Posición que debe compartirse, si se quiere atender realmente al *significado* de la actuación, y no a su apariencia fáctica.

⁶⁰ La distinción, con esta terminología, fue acuñada por BENLLOCH en un trabajo publicado en el año 2003: «De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentación de la impunidad por desistimiento», *Rev. Peruana de Jurisprudencia*, año 4, núm. 24. Ya con anterioridad, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, Tesis Doctoral, UPF, 1998.

⁶¹ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 143.

⁶² BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 144.

En efecto, por más que en multitud de casos concretos ambas clasificaciones puedan coincidir, superponiéndose⁶³, desde el punto de vista conceptual la distinción resulta clara: se pueden haber realizado todos los actos necesarios para producir el resultado y, sin embargo, conservar el agente una opción segura de salvación, con lo que la tentativa será acabada, pero imperfecta⁶⁴.

Aunque el autor extrae consecuencias en el ámbito de la admisibilidad del desistimiento en cada caso (que serán valoradas en el apartado destinado a revisión -3.2.d-), la distinción, a la que se llega prestando atención a las fases omisivas posteriores a la creación del riesgo, es formulada en el trabajo de referencia con el objetivo prioritario de determinar, partiendo del fundamento de la pena por tentativa, la fundamentación de su exclusión por desistencia. En este sentido, y a diferencia del parecer generalizado -que procede a un tratamiento unitario en ambos casos- BENLLOCH sostiene una justificación dual de la tentativa en función de las fases señaladas, lo que tendrá su correlato en la naturaleza de la exención por desistimiento en cada caso. Así, mientras que la tentativa imperfecta fundamenta su castigo -en su opinión- en un mero juicio hipotético de peligro (y no en un peligro actual, por cuanto el autor está a tiempo de variar el curso de los acontecimientos)⁶⁵, la tentativa perfecta sí se fundamentará, en cambio, en la existencia de un peligro real⁶⁶. Ello se traduce -siempre según el parecer comentado- en una diferente naturaleza del desistimiento: mientras que en el primer caso ostenta un papel anulador del injusto⁶⁷, en la tentativa perfecta constituiría, ahora sí, una causa de exclusión de la punibilidad⁶⁸.

2.2. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la pérdida de control del peligro por parte del agente

1.- Desde determinados posicionamientos doctrinales el control constante del riesgo generado es un factor omnipresente en la explicación del desistimiento, condicionando el entendimiento de esta institución en un doble nivel: no solo en la forma que debe revestir en el caso concreto (los medios de desistencia) sino, y ya antes, en su propia admisibilidad. En el primer sentido, como es sabido, se reputará inadmisibile cualquier margen concedido al azar en la forma de evitación del resultado seleccionada. Pero también en el segundo, para decidir -en una fase, repito, previa a la anterior- si cabía o no desistir, se requerirá igualmente el mantenimiento ininterrumpido del control sobre el riesgo por parte del agente, de modo que si la secuencia que lleva hasta la evitación presenta, por así decir, lagunas o huecos en su discurrir, el desistimiento como camino hacia la impunidad ya no será practicable por más que se recupere con posterioridad aquel control. A este planteamiento responde, a grandes trazos, la posición de JAKOBS, para quien sólo en la medida en que el autor haya dominado todos los riesgos generados por encima del nivel permitido podrá aceptarse su exención, a la que se accede, según su criterio, modificando la

⁶³ Tentativa inacabada-tentativa imperfecta/tentativa acabada-tentativa perfecta.

⁶⁴ Se trataría de supuestos del tipo: A suministra la completa dosis letal de veneno a B, pero disponiendo en todo momento de un antídoto eficaz. El ejemplo propuesto por BENLLOCH es el siguiente: para dar muerte a su víctima, el autor la ata a la vía del tren, que pasará al cabo de tres horas, sentándose a esperar a su lado. (*Debe advertirse que en relación con este último tipo de ejemplos, en el que el resultado aparece diferido a un momento posterior pero determinado, algunos posicionamientos introducen correctivos para ubicar el inicio de ejecución, y, por tanto, para reconocer la existencia misma de tentativa, que difieren al momento de la inminencia del resultado).

⁶⁵ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 150.

⁶⁶ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 158 y ss.

⁶⁷ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 162 y ss.

⁶⁸ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 167 y ss.

orientación del hecho. Cualquier intromisión del azar, cualquier pérdida de control en ese iter, distancia el curso de los acontecimientos respecto de su protagonista, impidiéndole entonces que les dé una nueva interpretación y, por consiguiente, impidiéndole el desistimiento. “Si el azar – señala textualmente- quiere que el autor recupere más tarde la posibilidad, que entre tanto había perdido, de evitar con seguridad la realización del tipo y él hace uso de esta posibilidad, se trata de un comportamiento post-delictivo, pero no de un desistimiento”⁶⁹.

En la doctrina española tradicionalmente el papel del control sobre el riesgo en el marco del desistimiento no ha sido especialmente sopesado, ni en el primer sentido indicado (optimidad de la forma de desistencia seleccionada⁷⁰), ni en el segundo, que aquí interesa (admisibilidad de pérdidas de control transitorias a efectos del mantenimiento de la opción genérica de impunidad por desistencia). No obstante, y aunque no sea en el marco de concepciones globales del desistimiento como la anterior -que lo identifica como modificación del hecho (JAKOBS)-, sí pueden encontrarse voces reacias a la admisión de la eximente una vez que el desarrollo de los hechos ha escapado al control del agente. En este sentido, GIMBERNAT recordaba recientemente la incoherencia que, a su juicio, se contiene en la apreciación jurisprudencial del desistimiento en determinadas formas de tentativa acabada⁷¹. Según su parecer, el Código penal (en el art. 16.1) establece un *point of no return* a partir del cual ya no es posible el desistimiento, que “para que pueda entrar en juego exige previamente que no haya sido el azar el que haya decidido la no producción del resultado, sino únicamente una causa reconducible al autor, esto es: una causa exclusivamente dependiente de la voluntad de éste”. Desde este punto de vista, GIMBERNAT tacha de equivocada la tesis del Tribunal Supremo, que habría mantenido una lectura aislada del artículo 16.2, en lugar de una interpretación integradora -correcta-, cual sería la de tratar dicho apartado conjuntamente con el anterior (16.1) para considerar que éste es presupuesto del segundo, de modo que sólo si se da el requisito en él establecido (la aludida necesidad de que la no producción del resultado sea sólo reconducible a la voluntad del autor) podría pasar a pensarse en la impunidad por desistencia, y no en otro caso⁷². A estas razones -de estricta exégesis jurídica, según su patrocinador- se añadirían otras de corte político criminal que secundarían la misma interpretación, en la medida en que lo contrario -entiende GIMBERNAT- podría favorecer incomprensiblemente al delincuente que hubiese sometido a la víctima a un peligro mayor⁷³.

⁶⁹ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1997, p. 335. Refiriéndose expresamente a la tentativa acabada, se descarta la operatividad del desistimiento (arrepentimiento activo) si lo que se impide no es la consumación pretendida, sino el resultado que sigue aún pendiente, lo que es tanto como afirmar que la pérdida de control sobre lo venidero ya no es desistible (EL MISMO, *PG*, 2ª, 1997, p. 909).

⁷⁰ Particularmente hasta una fundamental aportación: ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación del la evitación del resultado en el desistimiento*, 2002. El adormecimiento en la atención a este extremo debe atribuirse, fundamentalmente, a la hipertrofia del concepto de voluntariedad, en manos del cual la doctrina española ha delegado la solución de otras cuestiones objetivas afectantes al desistimiento.

⁷¹ GIMBERNAT ORDEIG, «El desistimiento en la tentativa acabada», *ADPCP*, 2006, p. 25 y ss.

⁷² GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2006, p. 30.

⁷³ Contrariando, a su juicio, el sentido de la norma contenida en el art. 62 CP, que vincula el marco punitivo de la tentativa al “peligro inherente al intento”: mientras que lesiones gravísimas derivadas del intento de homicidio podrían encontrar expedita la vía del desistimiento, leves rasguños podrían verla cerrada por mucho que se arrepintiese su autor. GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2006, p. 31, 32.

Como se expone brevemente en el siguiente epígrafe, tales disparidades, censurables en opinión de GIMBERNAT, no entrañan en cambio contradicción alguna desde la concepción de la desistencia aquí mantenida, por cuanto de ella no deriva su consideración como derecho (igualitario), sino como mera oportunidad excepcional de obtener

Estas consideraciones llevan al autor a rechazar el desistimiento apreciado en casación por la Sala Segunda del TS en su Sentencia núm. 446/2002, de 1 de marzo⁷⁴, que trae a colación como ejemplo de este proceder a su juicio censurable: en el curso de una discusión con su esposa, el procesado sacó del bolsillo del pantalón una navaja de 12 cm. de hoja, que clavó en el cuello de la víctima, para pasar a continuación a pedir auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil, que hicieron acto de presencia inmediatamente llevándose a la víctima al hospital⁷⁵.

También BENLLOCH –como se acaba de ver (2.1.c)- alude a un punto de no retorno; a un decisivo Rubicón⁷⁶ a partir del cual el agente deja de estar seguro del éxito de su acción evitadora, entrando en la que denomina fase de perfección de la tentativa. En esta fase, aunque el autor no llega a negar con rotundidad de lege lata la posibilidad de desistencia (se limita a atribuirle fundamento y naturaleza distintos, como causa de no punibilidad), sí aconseja dicha negación en determinados supuestos “en los que –señala- el grado de fuerza comunicativa en sentido pacificador del desistimiento es mínimo”⁷⁷. A éstos -y pese a haber entendido con anterioridad que la ubicación de la tentativa perfecta en la punibilidad resuelve las disfuncionalidades sistemáticas⁷⁸-, se les viene a negar incluso el carácter de causa de exclusión de la punibilidad. Con mayor concreción, estas reticencias al reconocimiento de la impunidad en supuestos de pérdida de control sobre el riesgo creado llevan a proponer, de lege ferenda, su rechazo en los delitos “contra bienes jurídicos personales de lesión irreversible (como la vida) o potencialmente irreversible (como la integridad corporal)”, así como en otros de naturaleza supraindividual, a condición de esa irreversibilidad o potencial irreversibilidad de su lesión⁷⁹.

La falta de una clara separación en estos planteamientos entre los planos relativos al merecimiento y a la necesidad de pena intentará ser puesta de relieve en el epígrafe que sigue (3.1), destinado a fijar la posición de este trabajo en torno al fundamento de la desistencia.

2. Antes de ello, no obstante, se hace necesaria una breve mirada en paralelo hacia la atención jurisprudencial que haya podido merecer esta cuestión. Al respecto, sentencias como la antes traída a colación por GIMBERNAT -botón de muestra de otras muchas cortadas con el mismo patrón⁸⁰- evidencian que en la apreciación de la impunidad por desistimiento en nuestros

la impunidad por razones distintas a las de justicia. Que A pueda, así, quedar impune por desistimiento mientras que B ve cerrada dicha posibilidad, aun habiendo realizado éste un injusto menor, no implica quebranto alguno.

⁷⁴ STS, 2ª, 1.3.2002 (Ar. 3914; MP: José Jiménez Villarejo), citada (Preliminar, ejemplo 1).

⁷⁵ El TS casó la sentencia de instancia (AP Murcia, 1ª), que había condenado al recurrente como autor de un delito de homicidio en grado de tentativa (con la atenuante de arrepentimiento espontáneo) y, estimando el recurso interpuesto, pasó condenar por un delito de lesiones (con la atenuante de confesión).

En la justificación de la admisibilidad de desistimiento (arrepentimiento eficaz) en tentativas acabadas cuando el riesgo de producción del resultado ha estado ya en manos del azar (de la que efectivamente es ejemplo la sentencia traída a colación), nada tiene que ver, en cambio, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del TS de fecha 15 de febrero de 2002 (no obstante, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2006, p. 29). El contenido del mismo se refiere a la posibilidad de apreciación de la excusa absolutoria no sólo cuando el agente lleva a cabo la actuación impeditiva de propia mano sino también “cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen”.

⁷⁶ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 143.

⁷⁷ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, 1998, p. 183.

⁷⁸ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, 1998, p. 180.

⁷⁹ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 170 y n. 56.

⁸⁰ STS, 2ª, 13.11.2006, (Ar. 2007/504, MP: José Antonio Martín Pallín); STS, 2ª, 16.12.2002, (Ar. 478, MP: Joaquín Delgado García); SAP Madrid, 4ª, 3.10.2002, (Ar. 771, MP: M. del Pilar de Prada Bengoa). La STS, 2ª, 17.05.2002 (Ar. 7408, MP: José Aparicio Calvo-Rubio), apreció sin embargo el delito intentado, confirmando la calificación de

Tribunales no ha sido obstáculo la pérdida del control del riesgo por parte de su causante. Siendo más explícito: no cabe afirmar con rigor que la jurisprudencia recaída con el Código vigente se haya ocupado siquiera en efectuar ninguna suerte de discriminación o valoración separada en función de la conservación o no del control del riesgo por parte del agente. Acaso, y teniendo presente el distinto modo en que venía legalmente descrita la frustración con el Código derogado (haciendo que el desistimiento activo respecto de ella debiera deducirse de forma –si se quiere– más trabajosa⁸¹), cupiera pensar que la apreciación de la exención habría de ser más escasa bajo la vigencia de ese anterior código penal, suponiendo –como hipótesis– que las frustraciones en las que el control hubiese salido del ámbito de dominio del agente habrían de ser absorbidas por la apreciación de la atenuante 9ª del art. 9, post-delictiva⁸². Y ciertamente, la convivencia entre la modalidad frustrada y la atenuante de arrepentimiento espontáneo debe juzgarse una situación frecuente a la vista de los repertorios de jurisprudencia⁸³. Pero una mirada mínimamente atenta revelará de inmediato que tal circunstancia en absoluto confirma aquella hipótesis: la situación no es debida a la frecuencia de los cursos salvadores emprendidos por el autor del delito frustrado una vez que se ha perdido por parte de éste el control seguro del riesgo, sino, más bien, a la propia amplitud de la circunstancia 9ª, y, singularmente, a los casos en los que el agente procede a la confesión de la infracción⁸⁴. En rigor, pues, lo procedente es indicar que nuestros tribunales vivieron, igualmente, ajenos a la distinción entre delito frustrado con y sin conservación del control sobre el riesgo generado⁸⁵.

la Audiencia de Pontevedra, si bien por entender que el sujeto no llevó a cabo en realidad ninguna “actuación obstativa” del resultado (se limitó a dirigirse al cuartel de la Guardia Civil para confesar lo sucedido y entregar la navaja, siendo los funcionarios quienes propiciaron la salvación).

⁸¹ Su reconocimiento se extraía en interpretación a contrario sensu de la definición de delito frustrado (art. 3 ACP): RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/ Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1976, p. 97; STS, 2ª, 16.12.2002, (Ar. 478, MP: Joaquín Delgado García).

⁸² La jurisprudencia recaída bajo la vigencia del ACP desvinculó ciertamente la frustración del desistimiento, pero refiriéndose al desistimiento pasivo, no al arrepentimiento eficaz. Véase, por ejemplo, STS, 2ª, 23.02.1983 (Ar. 1713, MP: Juan Latour Brotóns).

⁸³ STS, 2ª, 29.10.1986, (Ar. 5757, MP: Antonio Huerta y Álvarez de Lara); STS, 2ª, 10.07.1989, (Ar. 6168, MP: Francisco Soto Nieto); STS, 2ª, 14.04.1992, (Ar. 3044, MP: Gregorio García Ancos); STS, 2ª, 17.09.1993, (Ar. 6703, MP: José Hermenegildo Moyna Ménguez); SAP Zaragoza, 1ª, 15.03.1996, (Ar. 903, MP: Fernando Zubiri de Salinas); SAP Tarragona, 3ª, 9.04.1996, (Ar. 217, MP: Concepción Aldama Baquedano).

⁸⁴ Recuérdese que la antigua circunstancia de arrepentimiento espontáneo, anterior a su actual desdoblamiento, contemplaba diversos supuestos diferenciados: “*La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción*”.

⁸⁵ Entre las sentencias que reflejan esa convivencia entre el delito frustrado y la atenuante 9ª, las hay en las que ciertamente el peligro permanece objetivamente activo –y no controlado por el agente–, por haberse ocasionado, por ejemplo, una herida mortal (STS, 2ª, 29.10.1986, [Ar. 5757, MP: Antonio Huerta y Álvarez de Lara]; STS, 2ª, 10.07.1989, [Ar. 6168, MP: Francisco Soto Nieto]) y otras en las que falta ese presupuesto (STS, 2ª, 14.04.1992, [Ar. 3044, MP: Gregorio García Ancos]; SAP Zaragoza, 1ª, 15.03.1996, [Ar. 903, MP: Fernando Zubiri de Salinas]), lo que dificulta la concreción de un criterio claro.

En la transición al nuevo código, se aprecian ya supuestos en los que la frustración convive con el arrepentimiento eficaz, incluso en casos en los que puede considerarse que el control del riesgo ha escapado ya de las manos del agente: STS, 2ª, 5.10.1996 (Ar. 7145; MP: José Antonio Martín Pallín), en la que el autor roció con alcohol a su esposa prendiéndole fuego a continuación, para utilizar después una manta para evitar el resultado. Análoga, la posterior SAP Madrid, 15ª, 16.09.2002, (Ar. 272619; MP: Adrián Varillas Gómez).

3. Revisión

3.1. Apuntes sobre el fundamento y naturaleza del desistimiento

El ángulo condiciona la visión del objeto, de modo que lo primero que parece requerir una revisión del estado de la cuestión expuesto es la manifestación de la perspectiva genérica desde la que se aborda: sólo explicando el cristal utilizado se entenderá la apariencia que adoptan los resultados y se facilitará, asimismo, su crítica. Pues bien: más allá de formulaciones concretas, existen dos grandes enfoques genéricos para fundamentar la impunidad por desistimiento. O bien se fundamenta desde la ratio de protección del bien jurídico puesto en peligro por la tentativa, o bien se hace desde el principio de protección de la vigencia del ordenamiento⁸⁶. Este trabajo se inclina por lo segundo⁸⁷, en opción que –dicho sea de paso– en nada “implica abandonar el fin de protección de bienes jurídicos como cometido esencial del Derecho penal, ni renunciar a una configuración del injusto de la tentativa basada en el peligro para el bien jurídico”⁸⁸. En esto, de crucial importancia resulta asumir la distinción entre los ámbitos relativos al merecimiento y a la necesidad de pena⁸⁹, o, si se prefiere en otros términos, entre presupuestos para la sanción y fundamento de la misma⁹⁰. Y ello para pasar a ubicar nítidamente el desistimiento en el segundo terreno, a tenor de la racionalidad instrumental en la que se fundamenta.

Si se parte del hecho de que la impunidad por desistimiento debe explicarse a partir de la razón de la punición por tentativa -lo que parece correcto-, la distinción entre una categoría de carácter valorativo y otra de carácter esencialmente instrumental, orientada a fines, permite clarificar de qué aspecto de la tentativa debe el desistimiento ser el reverso. En el primer ámbito, puede admitirse aquí de un modo general y a efectos instrumentales que la tentativa constituye un comportamiento desvalorado, generador de responsabilidad (merecedor de pena, en suma), en tanto que adopción de una resolución criminal manifestada en la creación de un peligro para el bien jurídico, valorado desde una perspectiva objetiva (“intersubjetiva”) ex ante⁹¹. Sin embargo, esa peligrosidad (y la atribución de la culpabilidad por el hecho) constituye el presupuesto para poder imponer la sanción (sin ello no podría legítimamente imponerse) pero no el fundamento de la misma⁹². La razón de su imposición discurre, en cambio, atenta a los fines que cumple.

El desistimiento no elimina el peligro que existió, presupuesto de la pena, sino que hace desaparecer la necesidad (fundamento) de su imposición. Es pues del segundo aspecto, del fundamento de la pena por tentativa, y no de su merecimiento, del que el desistimiento está llamado a constituir el reverso. De este modo, y aunque existen planteamientos tanto históricos como recientes que conciben esta institución como una anulación necesaria de los presupuestos de la pena (en particular, desvanecimiento del injusto)-, a mi entender el fundamento de la

⁸⁶ ALCÁ CER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 48.

⁸⁷ Como ya he hecho en otro lugar: GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 42 y ss.

⁸⁸ ALCÁ CER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 54; también, p. 62, n. 120.

⁸⁹ Mientras en el merecimiento de pena se integrarán los presupuestos que se consideren necesarios para desvalorar el comportamiento (aspecto valorativo), la necesidad de pena refleja un juicio de conveniencia, de oportunidad de la sanción, recogiendo el aspecto teleológico. BLOY, *Die Dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, p. 243.

⁹⁰ En estos términos, ALCÁ CER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 55.

⁹¹ ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 220, 322.

⁹² ALCÁ CER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 57, 59.

exención no estriba en que la pena se torne inmerecida, sino innecesaria, haciéndose descansar la razón de la impunidad en los fines de la pena, y, en particular, en una especial valoración en ello de la prevención general positiva y de la idea a ella asociada en virtud de la cual el recurso a la sanción resulta innecesario en los casos de desistimiento para estabilizar la vigencia de la norma que prohíbe la tentativa, revirtiendo la demanda de respuesta que aconsejó su inicial defraudación⁹³.

Este planteamiento, que lleva a considerar el desistimiento (sin distingos⁹⁴) como causa de no punibilidad, conlleva también otras consecuencias reseñables en su comprensión. De entrada, y por ejemplo, que su propia presencia en el ordenamiento no sea una circunstancia obligada en términos de justicia: sin que el merecimiento de pena se resentiera podría, pues, desaparecer la previsión del desistimiento como causa de impunidad (lo que no puede afirmarse, por ejemplo, de las eximentes que afectan a lo injusto)⁹⁵. Pero también casan con este enfoque consecuencias como la consideración de la eficacia (evitación efectiva del resultado) como elemento consustancial a la exención con independencia del grado de intervención en el hecho⁹⁶, la exigencia de una determinada calidad en la acción evitadora del resultado (puesto que en la medida en que ésta debe ser expresión del reconocimiento personal del Derecho no podrá bastar la mera comprobación de la ausencia de resultado) o la consideración del desistimiento no como un derecho, sino como una mera oportunidad excepcional que se ofrece al agente (autor o partícipe⁹⁷) para quedar exento de pena por razones político criminales, y no de justicia, por el injusto cometido⁹⁸.

Centrémonos, para concluir esta genérica contextualización del desistimiento en orden a la revisión anunciada, en las dos últimas derivaciones mencionadas. La primera conduce a sostener, para la acción concreta de desistimiento, el principio de la máxima seguridad en la salvación⁹⁹ (exigencia de la acción óptima), pues ciertamente mal podría entenderse como restablecimiento de la vigencia de la norma una acción subóptima, que dejase margen al azar. Pero la segunda indica entre otras realidades que no hay quebranto en términos de justicia en el hecho de que, ante situaciones iguales, la posibilidad de quedar impune por desistimiento no se ofrezca a todos por igual¹⁰⁰: ello es así porque no se está, en realidad, ante un derecho (igualitario)¹⁰¹. Y es aquí,

⁹³ Si en lugar de primar la perspectiva colectiva, de vigencia de la norma, en la comprensión del desistimiento se pone el acento en el bien jurídico (perspectiva, en cualquier caso, que no significa que el planteamiento aquí seguido desatienda), la razón de ser de este instituto tenderá a encontrarse en lo que de estímulo para la protección de aquél pueda tener. Desde el punto de vista aquí acogido, en cambio, ese intento de insuflar desde el sistema nuevas energías motivadoras para el respeto de la norma que prohíbe la consumación se torna más bien en efecto reflejo de la inclusión de una previsión de impunidad por desistimiento, pero no en fundamento del mismo

⁹⁴ En cambio, recuérdese, por ejemplo, BENLLOCH (para tentativas imperfectas).

⁹⁵ Del mismo modo en que podría contemplarse como atenuante (o, acercándonos a la cuestión objeto de análisis, podría preverse legalmente un distinto trato en función de que se hubiese conservado o no en todo momento el control sobre el peligro generado).

⁹⁶ Véase GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 45 y ss.

⁹⁷ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 52.

⁹⁸ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 87, 74.

⁹⁹ Véase ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, p. 60 y ss.

¹⁰⁰ En cambio, recuérdese, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2006, p. 32.

¹⁰¹ Como no se está tampoco, y por más que evitar el resultado sea un acto debido (que dimana de la misma norma que prohíbe causar) ante un deber en sentido estricto, en la medida en que la imposibilidad de cumplirlo no afecta a su exigibilidad (GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 52): sí, por

obsérvese, justamente el azar el que sirve la posibilidad de desistir a unos mientras que a otros la niega¹⁰². Ello ha de permitir sostener, llegado el caso, que los mismos fundamentos teóricos que aconsejan exigir la exclusión de cualquier margen al azar (acción óptima de salvación) en el desarrollo del concreto episodio de desistimiento, no se opongan sin embargo a que sea el azar quien, en su caso, vuelva a poner en manos del agente una opción de controlar con seguridad un riesgo cuyo dominio había perdido transitoriamente¹⁰³.

3.2. Rendimiento de las clasificaciones atentas al grado de ejecución alcanzado

Tras haber recordado de forma prevalentemente descriptiva el sentido de las clasificaciones más usuales entre las que permanecen atentas a la fase final de la tentativa, así como los presupuestos dogmáticos de partida, procede en este epígrafe plantearse si alguna de aquellas categorías está recortada de tal modo que tenga utilidad real en la determinación del momento hasta el cuál se puede desistir y del papel que en ello deba jugar la conservación del control sobre el riesgo creado por parte del agente. Se trata, en suma, de comprobar su rendimiento –si es que lo tienen– en el problema inicialmente presentado: ¿sirven las categorías antes expuestas para responder a la cuestión aquí planteada?

a. Tentativa acabada e inacabada

A tal efecto, y en primer lugar, debe reputarse estéril la distinción entre una tentativa inacabada y otra acabada.

En esto no debe inducir a confusión el hecho de que las teorías manejadas en otras latitudes para distinguir entre ambas (singularmente, Tatplantheorie y Lehre vom Rücktrittshorizont) sean precisamente utilizadas en un determinado sentido para decidir cuándo se puede aún desistir¹⁰⁴. En este caso, el criterio del plan del autor (superado) y el del así llamado horizonte del desistimiento se orientan a fijar la unidad de la tentativa, a los efectos de valorar si el abandono ha de resultar suficiente para la impunidad. Es decir, a resolver –acaso– si se está a tiempo de desistir no continuando la intervención por estar ante la misma tentativa (inacabada). Pero una vez resuelto que la tentativa sea acabada, las teorías de referencia nada nos aclaran sobre si se puede seguir alcanzando la impunidad una vez perdido el control sobre el riesgo, en caso de desplegar un comportamiento adecuado (p. ej., portando a la víctima al hospital).

En realidad –y contrariamente a lo que tal vez a primera vista pudiera pensarse–, resulta incluso una simplificación falaz y carente de fundamento suponer que el dilema entre desistibilidad/indesistibilidad se plantea sólo en las segundas (acabadas), por ser siempre desistibles las primeras –tentativas inacabadas– al poderse en todo caso interrumpir en ellas la ejecución en curso.

ejemplo, el sujeto no puede evitar el resultado por ser coaccionado o engañado, ello no impedirá apreciar la ausencia de desistimiento, dado que su responsabilidad se originó en la infracción de la norma que prohibía la consumación.

¹⁰² Efectuando idéntico disparo, por ejemplo, la opción de desistir estará cerrada para aquel a quien se le desvió unos centímetros la bala, no acertando en el objetivo, mientras que permanecerá abierta para aquel que hirió mortalmente a su víctima, y ello sin que quepa apreciar quebranto en términos de merecimiento de pena.

¹⁰³ Véase el apartado cuarto de este trabajo.

¹⁰⁴ Precisamente debido a esta utilidad (parcial) de estas teorías puede apreciarse una cierta confusión en la doctrina a la hora de separarlas de las que intentan precisar el concepto de tentativa fracasada (teorías del acto individual y de la consideración global).

Aunque los supuestos puedan resultar ciertamente más difíciles de localizar, sigue siendo a mi entender posible encontrar casos de tentativa inacabada en los que la exención por desistimiento pasivo resultará inapropiada, precisamente porque la fundamentación de la exención no es sensible, sino ajena, a los criterios usualmente empleados para discriminar entre esas dos especies de tentativa.

En ello se filtran e inmiscuyen necesariamente, además, consideraciones sobre la punibilidad de lo relativamente inidóneo en las que aquí no resulta posible entrar. Pero a los efectos en este momento pretendidos, bastará traer a colación el siguiente ejemplo, variación del propuesto por ALCÁCER en su tesis doctoral con otros objetivos¹⁰⁵, al hilo de su minuciosa disección de los diversos grados cualitativos penalmente relevantes que pueden adquirir las acciones de tentativa¹⁰⁶: imagínese el caso en el que A, decidido a matar a B con veinte pequeñas dosis sucesivas de veneno, espaciadas en el tiempo, le suministra las diez primeras usando una sustancia adecuada -matarratas- (o, a los efectos que interesan, lo que un espectador objetivo tomaría por tal). Pero a la décima dosis, la sustancia se le termina y, para proveerse de más, el autor acude a una tienda donde el tendero, comprendiendo lo ya sucedido, consigue convencerle de que con la cantidad ingerida resultará suficiente culminar el tratamiento letal suministrándole sal a la víctima, sustancia que en realidad, ya fuera aislada o bien combinada con la anteriormente ya suministrada, resulta a todas luces inocua. Este supuesto, que en la terminología de ALCÁCER constituiría una "tentativa idónea acabada fracasada", por concurrir en ella únicamente un desvalor primario de acción (esto es, la peligrosidad ex ante en el momento en que comienza la acción)¹⁰⁷ habría de reputarse -no se puede, repito, entrar aquí en mayores consideraciones sobre idoneidad-punible. Pues bien: imaginemos, variando ahora la versión original, que en la decimoquinta dosis (quinta de sal), el autor abandona el resto de la ejecución. Cualquiera que sea el criterio -objetivo, subjetivo o mixto- por el que se haya optado para su definición, deberá concluirse que se está ante una tentativa inacabada, pues resulta claro que no se han realizado todos los actos que deberían producir el resultado ni desde el punto de vista objetivo, ni desde la perspectiva del agente -ya sea considerando su entero plan (Tatplantheorie) o su percepción al realizar el último acto (Rücktrittshorizontstheorie)- ni, por descontado, aunando ambos puntos de vista. Combinando sin más esta conclusión con los demás presupuestos usuales de la dogmática en este campo, habría de resultar que, al tratarse de una tentativa inacabada -por definición desistible conforme a tales presupuestos-, el abandono de la ejecución conduciría a la impunidad.

Tal conclusión, sin embargo, parece altamente cuestionable. Según el fundamento del desistimiento que aquí se comparte, la acción de desistencia debe significar una asunción de la norma que permita

¹⁰⁵ A saber: el de obtener una mayor precisión en la gradación de lo injusto de la tentativa y, con ello, en la concreción de su penalidad.

¹⁰⁶ Véase ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 485 y 449 y ss.

¹⁰⁷ Para desglosar de forma más precisa los grados de injusto relevantes, ALCÁCER distingue, en estructuración semejante a la desarrollada por WOLTER, entre: desvalor primario de acción (peligrosidad ex ante al comienzo de la acción), desvalor completo de acción (peligrosidad ex ante al término de la acción), desvalor primario de resultado (peligro ex post al comienzo de la acción), desvalor secundario de resultado (peligro ex post al término de la acción -consumación de los delitos de actividad-), desvalor terciario de resultado (peligro ex post al término de la acción o en un momento posterior -consumación de los delitos de peligro concreto-) y desvalor completo de resultado (lesión del bien jurídico -consumación en los delitos de resultado lesivo-).

Partiendo de esos presupuestos, el autor gradúa el ilícito de las tentativas de delito en orden a facilitar una concreción más segura y argumentada de su penalidad. En virtud de ello distingue entre: tentativa inacabada inidónea (desvalor primario de acción y de resultado); tentativa acabada idónea (desvalor completo de acción y desvalor secundario o terciario de resultado); tentativa acabada idónea fracasada (desvalor completo de acción y desvalor primario de resultado); tentativa inacabada inidónea (desvalor primario de acción); tentativa acabada inidónea (desvalor completo de acción); tentativa acabada inidónea fracasada, en la que concurriría un peligro ex ante al comienzo de la ejecución pero no al término de la acción (desvalor primario de acción).

considerar no necesaria la pena¹⁰⁸, y aunque ello resulte hasta cierto punto posible con el despliegue de una acción simbólica del máximo nivel¹⁰⁹, existen límites objetivos derivados del parámetro colectivo implicado en la interpretación del sentido de la conducta que impiden a mi juicio entender que el reconocimiento personal del Derecho que el desistimiento implica pueda advertirse socialmente como impedimento del resultado en una tentativa irreal, al menos en el ámbito del desistimiento del autor¹¹⁰. Como se verá, entiendo que en el caso planteado la tentativa, por más que inacabada – por respetar una terminología asentada-, *termina* con la disipación objetiva del peligro (décimo primera dosis), de modo que el pretendido resto de ejecución, irrealmente realizado, resulta irrelevante para el Derecho penal y con ello indesistible. Pero se ha querido poner de manifiesto cómo los criterios al uso conducen a soluciones insostenibles, precisamente para empezar a llamar la atención sobre la necesidad de un concepto diverso: el de *terminación* de la tentativa, al que más adelante me referiré.

Con lo dicho es suficiente para que se perfile con claridad –entiendo– que la distinción de referencia (tentativa acabada/tentativa inacabada) no resulta, pues, de utilidad no ya para contestar a la cuestión que aquí nos planteamos sobre el momento hasta el cual se puede desistir, sino ni siquiera para reducir el ámbito del problema aquí tratado, puesto que en rigor no es cierto que lo potencialmente no desistible se restrinja al ámbito de las tentativas acabadas. Más exacto es advertir, sencillamente, que –como se vio (2.1.a)- la distinción no se realiza atribuyendo papel alguno al control sobre el riesgo creado (que puede conservarse en una tentativa acabada y –por más que en casos menos frecuentes- haberse perdido en una tentativa inacabada que ya se considere idónea para constituir la forma imperfecta de ejecución).

De hecho, esa función negativa de la distinción¹¹¹ puede no cumplirse no ya en el campo señalado del desistimiento, sino siquiera en niveles inferiores de modificación de la responsabilidad, como es el de la aplicación de la atenuante de reparación del daño. En ese sentido, puede ser también cuestionable, en mi opinión, la convicción de que para poder estar ante un acto de reparación la tentativa tendrá que ser acabada¹¹². Cuestión distinta será si la inactividad puede interpretarse efectivamente como reparación, pero, constituyendo la atenuante en relación con la exención por desistencia el nivel inferior en los actos positivos de revocación expresión de la disminución de la necesidad de pena, no resulta al menos claro que, existiendo daño en lo ya realizado con la secuencia de ejecución inacabada, haya que negar necesariamente la significación atenuatoria (siquiera por el 21.7^a) a una intervención revocadora (sea mera paralización o actuación positiva) realizada, como la propuesta en nuestro ejemplo, en el desconocimiento por parte del agente de la evitación (inviabilidad) previa del resultado.

La distinción entre tentativa acabada y tentativa inacabada, en suma, no se forja pensando en el fundamento del desistimiento y, en consecuencia, no resulta razonable vincular a ella ningún tipo de efecto necesario en ese campo. De hecho, si no se piensa en el telos de la institución, parece en definitiva aventurado confiar la determinación de cualquier efecto a una previa categorización de los estratos fácticos espacio temporales¹¹³ que se van sucediendo en el hecho. Y es que en realidad

¹⁰⁸ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 42 y ss.

¹⁰⁹ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 230.

¹¹⁰ La cuestión presenta matices importantes en relación con el desistimiento del partícipe, al equiparse a la evitación el serio esfuerzo en esa dirección. Véase GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 228, en relación con el desconocimiento por parte del agente de la evitación previa del resultado.

¹¹¹ Negativa en el sentido de que si bien la distinción no es capaz de indicar positivamente dónde cabe el desistimiento, sí sería capaz de discriminar, al menos, un ámbito en el que no cabe negarlo (tentativas inacabadas).

¹¹² Distinto, ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *RPJ*, (63), 2001, p. 113.

¹¹³ La expresión es de ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 483.

–y aunque no haya de ser éste ahora el objeto preferente de nuestra atención– tampoco parece siquiera que la distinción tenga auténtica utilidad dogmática más allá de la descripción de los fenómenos que por convención se quiera otorgar a cada término, pues los efectos principales que habitualmente se le atribuyen no resultan depender, en realidad, de ella.

En efecto, a esta clasificación se le atribuyen usualmente consecuencias en dos terrenos fundamentales - al margen de algún otro de menos generalizada invocación¹¹⁴: por una parte, la distinción se asocia a la forma que debe revestir el desistimiento, para indicar que corresponde un comportamiento omisivo a la desistencia de la tentativa inacabada, mientras que el comportamiento habrá de ser activo para desistir de una tentativa acabada¹¹⁵. Por otra, esta distinción atenta al grado de ejecución alcanzado se relaciona, por expresa advertencia legal, con la penalidad de la tentativa.

Pues bien, en realidad en ninguno de estos dos ámbitos existen, como decía, correspondencias necesarias con la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas, lo que las vacía de contenido como categorías dogmáticamente trascendentes, para reducirlas a categorías puramente descriptivas. Preciso es notar también que para resolver cada una de estas cuestiones, además, podrán ser requeridos criterios distintos entre sí, y que en absoluto convergen como denominador común en una preconcebida distinción entre tentativas acabadas e inacabadas.

Empecemos por el efecto aludido en último lugar: la penalidad. Es verdad que la horquilla legal entre la rebaja en uno o en dos grados se establece ahora indistintamente, esto es, sin correspondencias obligadas en función del grado de ejecución (art. 62 CP). Pero no lo es menos que con la referencia a ese grado de ejecución como parámetro de determinación de la pena el legislador vino a presumir¹¹⁶ que la realización de un estadio más avanzado en el iter comisivo habría de entrañar un mayor peligro y, por consiguiente, requerir mayor respuesta punitiva. Sin embargo, y como ya acreditó tempranamente la doctrina¹¹⁷, es justamente el peligro inherente al intento –y no el grado de ejecución– el que habrá de influir en la penalidad. Por más que estadísticamente pueda advertirse una magnitud mayor del peligro en tentativas acabadas, no es ese patrón fáctico (el estadio temporal de la ejecución), sino el patrón valorativo (peligro) el llamado a dirimir la cuestión¹¹⁸.

Otro tanto ocurre con la otra consecuencia supuestamente vinculada a esta clasificación: el carácter activo o pasivo que deberá adoptar el desistimiento. La afirmación extendida en virtud de la cual el desistimiento requiere de un comportamiento activo en relación con la tentativa acabada, mientras que resulta suficiente un comportamiento omisivo (inactividad, no continuación) cuando de una tentativa inacabada se trata, es profundamente inexacta. Para empezar, no está de más puntualizar (y la puntualización no es cuestión menor) que quienes eso afirman están pensando, únicamente, en el desistimiento del autor, siendo que la aseveración no resultaría válida, ni siquiera en el limitado sentido en el que se patrocina, para el desistimiento del partícipe ni, en general, para el desistimiento en el

¹¹⁴ Igual que nota 25.

¹¹⁵ Igual que nota 23.

¹¹⁶ Habla también de presunción establecida por el legislador ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 485.

¹¹⁷ ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 477 y ss.

¹¹⁸ Si retomamos el ejemplo antes barajado, habrá de reputarse irrelevante que el sujeto haya completado las veinte dosis que se propuso. Si las últimas diez han sido inocuas, por más que la ejecución se encuentre en el último estadio la tentativa seguirá siendo, a esos efectos, inacabada, al constituir la segunda parte de los hechos una tentativa irreal, irrelevante para el Derecho. Así, que desde el punto de vista fáctico se haya llegado a un estadio más avanzado no habrá de ser determinante en la penalidad. Ello es así porque, como recuerda ALCÁCER (*La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 486), el artículo 62 no puede ser interpretado como un título independiente de imputación, sino que debe interpretarse en relación con el art. 16, que define el injusto de la tentativa, requiriendo peligrosidad ex ante (lo que falta en la segunda parte del caso manejado como ejemplo).

ámbito de la plurintervención en el delito¹¹⁹. El matiz se antojará obvio, por otra parte, a poco que se piense que la propia distinción entre acabada e inacabada se predica exclusivamente de la tentativa del autor. No es éste, de todos modos, el flanco en el que quisiera incidir para la crítica a esa supuesta correspondencia, sino en otro tipo de consideración que en mi opinión la inhabilita en términos absolutos, esto es, incluso para el desistimiento del autor único, en el que está pensando aquella afirmación doctrinalmente tan asentada. En resumidas cuentas: se trata de advertir, de nuevo, que no es esta clasificación previa, atenta a los estadios fácticos que atraviesa el devenir del hecho intentado, la que debe regir la forma que debe adoptar el acto de desistencia. Es, otra vez, un criterio valorativo, dependiente del fundamento de la exención, el que deberá erigirse en árbitro de la cuestión. El acto de desistimiento deberá constituir, en función de lo que requiera cada caso concreto, expresión del reconocimiento personal del Derecho, lo que a mi juicio sólo se conseguirá respetando el principio de la máxima seguridad en la salvación del bien jurídico. Si ello se traduce en un comportamiento activo en unos casos, bastando una inactividad en otros, es algo secundario¹²⁰. Pues lo importante no es la forma del desistimiento (y menos si impuesta por una clasificación previa que no tiene en cuenta la razón de ser de esta causa de no punibilidad), sino el sentido, el significado del acto de desistencia.

Hasta ahora, la afirmación de aquella correspondencia entre el grado de ejecución y la forma del desistimiento apenas había sido cuestionada, considerándose incluso el efecto dogmático por excelencia de la distinción de constante referencia¹²¹. Recientemente, sin embargo, se ha alzado ya alguna voz crítica con esta pretendida utilidad, coincidiendo con el sentido antes apuntado. En lengua española, DAVID¹²² ha criticado duramente -haciéndose eco de determinadas voces en la doctrina comparada- esa correspondencia en virtud de la cual la clasificación de la tentativa como acabada o inacabada ha de preceder (y determinar) la forma de desistir. El camino, señala, resulta ser justamente el inverso: “primero, hay que evaluar si la pretendida conducta de desistimiento responde al principio de la “acción más segura”, y a partir de allí, se podrá definir si alcanza con el “abandono” o si es necesaria una “evitación” positiva. Por ello, no es el tipo de tentativa, como concepto predeterminado, lo que establece la forma de desistir”¹²³. Como ha puesto de relieve el mismo autor, los inconvenientes de operar de este modo, dejando la posibilidad y forma del desistimiento en manos de una previa catalogación del hecho como tentativa acabada o inacabada, se agravan además si, como ocurre en Alemania, tal clasificación se hace descansar en un criterio subjetivo¹²⁴. En este caso, en función de la representación del agente podrá convertirse una tentativa acabada en inacabada y, por tanto, en desistible.

¹¹⁹ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 61 y ss.

¹²⁰ Si el autor enciende la mecha queriendo provocar un incendio, de forma que tanto para un espectador objetivo como según su propia representación ello habría de resultar suficiente (en el sentido usual, pues, tentativa acabada), importa poco el aspecto externo de la actividad (acción/omisión) que lo impide en el sentido legal (no naturalístico). Si hecho lo anterior el agente permanece en el lugar pendiente de una situación que continúa aún enteramente bajo su control, tanto podrá entenderse desistido el intento si apaga “activamente” la mecha con un pisotón como si permite (teniendo el riesgo, repito, bajo su entero control) que un animal espontáneamente desbarate el proceso, o lo haga el levantamiento de una racha inopinada de viento. El *significado* de su actividad o de su pasividad puede ser, lógicamente, equivalente.

¹²¹ Como en nota 23.

¹²² DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, 2009, p. 163 y ss.

¹²³ DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, p. 165.

Por ese camino el autor concluye que “es la relevancia práctica del fundamento de impunidad del desistimiento, con su influencia sobre el requisito objetivo de eficacia, la que aporta el criterio material para definir el contenido concreto de una acción de desistimiento eficaz. En cualquier caso, el criterio de la prestación óptima será el que decida; sólo a partir de este juicio de valor, cabrá denominar, si se quiere, a una tentativa como inacabada o acabada”. Y la afirmación contenida en el último inciso constituye, incluso, una concesión excesivamente generosa a favor de la pervivencia de la distinción clásica (tentativa acabada/inacabada) que acaso resulte inapropiada: si el binomio entre “abandono” e “impedimento” debe interpretarse -como parece- desde el fundamento del desistimiento, la distinción de referencia se ve privada de la que se ha venido presumiendo su utilidad fundamental, perdiendo entonces ella misma su sentido. Lo tiene únicamente, como he dicho en otra ocasión, como descripción de una realidad fáctica que no tiene efectos dogmáticos necesarios asociados.

¹²⁴ DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, p. 164.

Y es que con estos mimbres, estando en definitiva a expensas del conocimiento y determinación de la propia representación del agente, aparecen nuevos e innecesarios problemas añadidos¹²⁵ -especialmente en el ámbito de la tentativa con dolo eventual-, como el tratamiento a dispensar en los supuestos en los que el agente cuando cesa en su conducta o bien no sabe si el resultado se producirá o no, o bien, peor aún, ni siquiera reflexiona sobre la posibilidad de la lesión¹²⁶.

Concluyendo: distinguir entre una tentativa acabada y otra inacabada es una operación a la que invita -hoy, se diría, de forma aun más persuasiva- la Ley. Si tal distinción había venido siendo ya una deducción, fundamentalmente, de la doctrina alemana a partir de la regulación del desistimiento -cuyo actual §24 StGB la lleva implícita al mencionar el abandono voluntario de la continuación junto con el impedimento de la consumación-, esa invitación legal de la que hablaba es si cabe más sugestiva y contundente hoy en el Derecho español, que no sólo recoge esta separación en el precepto dedicado al desistimiento -que refiere, en claro paralelismo con la legislación mencionada, la paralización de la ejecución iniciada y el impedimento de la producción del resultado (art. 16 aptdo. 2º)- sino que contiene ya su invocación en la propia definición de la tentativa (art. 16 aptdo. 1º), al aludir a la práctica de todos o sólo parte de los actos que deberían producir el resultado. Sin embargo, habrá que ser consciente de que se trata de una clasificación puramente descriptiva (sea cual sea el criterio -objetivo o subjetivo- con el que se la dote de sentido). Con ella podrá narrarse, a posteriori, cómo frecuentemente las tentativas inacabadas pueden ser desistidas con un mero no hacer, o cómo ese grado de ejecución reclama habitualmente una menor penalidad (y a la inversa hablando de tentativas acabadas). Pero no es la clasificación previa en una de esas categorías antagónicas la que determina esos efectos. Al contrario, la distinción carece de efecto dirimente alguno al no realizarse en función del fundamento de la punición de la tentativa ni del de la impunidad por desistimiento. Y serán, así, el peligro inherente al intento lo que determine la penalidad de la tentativa y la capacidad de expresar el reconocimiento personal del Derecho lo que determine la calidad (activa, omisiva) de la acción de desistimiento. Del mismo modo, y por estar construida de espaldas al fundamento de la desistencia, la clasificación se revela inservible también en la búsqueda planteada por este trabajo. Existen tentativas acabadas desistibles e inacabadas en las que se habrá desvanecido esa posibilidad, por lo que tampoco es procedente, en definitiva, establecer ningún tipo de correspondencia necesaria en este ámbito.

b. Tentativa fracasada

La valoración acerca de la que a mi juicio es también inadecuación del concepto de tentativa fracasada para responder al problema propuesto¹²⁷ debe efectuarse desde tres órdenes de consideraciones.

En primer lugar, la diversidad de acepciones que, como se vio, se asocian a un mismo término - por lo demás ya acuñado- desaconsejan de partida su utilización en un nuevo y matizado sentido. Podría explorarse -tal vez cabría pensar- el aprovechamiento del sentido propio del concepto (imposibilidad de alcanzar la consumación) en una función negativa, esto es, para

¹²⁵ DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, p. 167 y s.

¹²⁶ Sobre ello, OTTO, «Rücktritt und Rücktrittshorizont», *Jura*, 2001, p. 341 y ss.

¹²⁷ Aunque el concepto se relaciona, como se ha visto, con la exclusión de la desistencia, lo haría en un sentido distinto.

descartar de entrada el planteamiento de cualquier cuestión relativa a la admisibilidad de la desistencia (incluida la de la pérdida del control del riesgo) en determinados casos. Pero esta opción – y he aquí la segunda consideración- choca con un decisivo obstáculo conceptual, al pivotar la categoría de referencia en la representación del autor; en una perspectiva subjetiva¹²⁸, en suma, en lugar de hacerlo en la pervivencia o disolución objetiva del peligro¹²⁹ que, según se dirá, entiendo que se compadece mejor con la fundamentación del desistimiento.

Si A efectuó el único disparo del que disponía con su arma provista de mira telescópica y creyó en primera instancia, a la distancia desde la que actuó, que no había alcanzado a la víctima, el razonamiento de referencia afirmará que su tentativa ha fracasado por cuanto su protagonista considera inalcanzable el resultado sin cesura temporal y/o material relevante y que, por consiguiente, no hay lugar a plantearse la posibilidad de desistimiento voluntario ni, en algunos planteamientos¹³⁰, de arrepentimiento eficaz, ya que su creencia (aunque fuese errónea) habría sellado el suceso a efectos de conseguir por esas vías la impunidad. Sin embargo entiendo, como más adelante explicaré, que si –siguiendo el ejemplo propuesto- al acercarse el francotirador al lugar en el que se encontraba su objetivo le encuentra tendido, mortalmente herido, procurarle la asistencia necesaria podrá aún –si se dan los correspondientes requisitos del desistimiento- excluir la punición de la tentativa.

Y un tercer orden de consideraciones: aunque se matizase limando las aristas en los sentidos indicados, el concepto de tentativa fracasada no se destina a contestar a la pregunta planteada. Su pretensión esencial, antes que excluir el arrepentimiento eficaz –aunque también se haga valer a veces en este sentido- es la de determinar cuándo la simple paralización de la actuación no puede valorarse como desistimiento voluntario. Singularmente, con el concepto de tentativa fracasada impropia se atiende a la idea de identificar la unidad de la tentativa, es decir, aquello que conforma un único objeto de valoración a efectos jurídicos, aunque venga físicamente expresado en distintos actos (teoría de la consideración global). Con ello queda establecido, pues, el momento en el que se consuma la tentativa; el momento en el que se completa el suceso que constituye la forma imperfecta de ejecución. Pero la duda permanece abierta en cuanto a la fase que, eventualmente, pueda abrirse tras esa consumación: ¿puede, a partir de ahí -estando activo

¹²⁸ Fracasa la tentativa si, para su autor, el resultado ya no es hacedero. Este enfoque subjetivo es precisamente el que acompañó la acuñación del término en su origen, distanciándolo del *delit manqué* (SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC*, 2006, p. 108). No obstante, de nuevo se debe dejar constancia de la multivocidad del término, que es también utilizado en sentido objetivo: POZUELO PÉREZ (*El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, p. 145, 161) incluye en la tentativa fracasada 'tanto la tentativa inidónea como aquella tentativa en la que los acontecimientos se han sucedido de tal modo que es imposible la consumación'. Una puntualización: en esta postura, inserta su autora también la necesidad de que el autor conozca la inidoneidad o la imposibilidad de la consumación (citando a otros autores), sosteniendo que, en caso contrario, su desistimiento sería voluntario y daría lugar a la impunidad. Mi opinión es otra: el desconocimiento no puede sortear la inidoneidad objetiva. A mi juicio, el desistimiento (arrepentimiento eficaz) podrá estar abierto en tanto subsista activo el riesgo, pero no en cuanto el resultado no sea objetivamente posible. Si no lo es desde el inicio -y esa inidoneidad no determina ya la impunidad-, tampoco la posibilidad de desistir habrá existido. Ello es así por la atención debida al parámetro colectivo en la interpretación del sentido de la conducta de desistimiento, que impone límites objetivos, impidiendo que la representación del autor se erija en criterio exclusivo de interpretación de lo que expresa un reconocimiento personal del Derecho válido a efectos de desistencia.

¹²⁹ Al hablar de pérdida de control del riesgo me refiero a su no conservación en sentido objetivo: objetivamente el peligro permanece activo, no juzgando un espectador ex ante que el agente pudiese revertirlo con seguridad (el resultado es incierto para todos).

¹³⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *CPC*, 2006, p. 119.

el riesgo- evitarse aún el resultado en forma tal que conduzca a la impunidad¹³¹?

c. Tentativa perfecta e imperfecta

El criterio usado para discriminar entre tentativas perfectas e imperfectas puede parecer a primera vista prometedor a los efectos aquí tratados, por cuanto focaliza su atención, justamente, en la conservación o no del control sobre el riesgo por parte del agente. Sin embargo –y más allá del hecho de que la distinción se formulara para explicar el distinto funcionamiento del desistimiento, antes que para excluirlo en algún caso¹³²- pronto podrá advertirse que esta conceptualización no aparece recortada a la medida del problema propuesto. O, por mejor decir, no lo hace en consonancia con los presupuestos aquí seguidos.

En efecto, y sin que sea propósito de estas líneas el de revisar los enteros cimientos en los que se sustenta el planteamiento de BENLLOCH, sí deben ponerse de manifiesto, al menos, dos consideraciones relevantes para la comprensión de su postura en lo tocante a la cuestión aquí planteada: por una parte, debe notarse que en el posicionamiento de referencia el desistimiento se aborda como cuestión relativa al merecimiento de pena, antes que a su necesidad. Desde ese punto de vista, el desistimiento es sentido en realidad como un acto de justicia¹³³, explicación desde la que aparecen desubicadas, y hasta perturbadoras¹³⁴, determinadas opciones de impunidad, como es el caso de las denominadas tentativas perfectas, cuya exclusión como supuestos de exención se llega de hecho a proponer¹³⁵. Como se vio, el punto de partida aquí seguido es distinto, y, entre otras consecuencias, no lleva a entender la exención como acto de justicia; desde el mismo, efectivamente, se acepta de igual modo que, sin trastorno alguno en el ámbito del merecimiento de pena, el desistimiento pueda dejar de preverse como eximente, o pasar a contemplarse –como de hecho ocurre en otros ordenamientos- con efectos meramente atenuantes. Pero de ser ésta la opción legal, no hay en mi opinión razones obligadas para restringirla, como propone BENLLOCH, a la tentativa perfecta, sino que la solución habría de resultar extensiva a ambas clases de tentativa. Pues en ambas el merecimiento de pena resulta certificado por la existencia de un peligro real, en contenido de injusto que, como hecho histórico, permanece a mi juicio inmodificable. No se comparte, pues –y esta es la segunda consideración de la que se quería dejar constancia- el punto de partida en virtud del cual en la tentativa imperfecta se estaría fundamentando el castigo en una presunción de peligro, en un juicio hipotético o pronóstico “sobre lo que hubiera sido la conducta del autor de no haber intervenido

¹³¹ Si A utiliza con intención homicida las seis balas del cargador, la teoría de la consideración global nos dirá que se trata de una única tentativa, y no de seis independientes. Nos dirá también que, si tras el tercer disparo no ha acertado a su víctima y decide no disparar más, habrá desistido de la única tentativa en curso. La duda es, ahora, si herida en cambio mortalmente la víctima con esos disparos, siendo incierto si salvará la vida, puede el autor emprender aún una acción salvadora que conduzca a la impunidad por el delito intentado.

¹³² No obstante, en su tesis doctoral BENLLOCH asocia lo formulado por las teorías del acto individual y de la consideración global alemanas a la decisión acerca de la posibilidad de desistencia en la tentativa perfecta (BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito*, 1998, p. 123 y ss.), con lo que se viene a producir una cierta identificación entre esta categoría y la de la tentativa fracasada, que no resultan a mi entender coincidentes (entre otras, y salvando ahora la cuestión de la amplitud semántica de aquella última, por la carga subjetiva que acompaña al concepto alemán de tentativa fracasada).

¹³³ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 169.

¹³⁴ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 170.

¹³⁵ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 170.

un elemento interruptor de la tentativa iniciada”¹³⁶. En la tentativa imperfecta –como en cualquier otra- el merecimiento de pena descansa en un desvalor de resultado real. El juicio de pronóstico en el que BENLLOCH identifica lo injusto de esta fase de tentativa imperfecta¹³⁷ parece más bien orientado al que, desde el punto de vista naturalístico, terceros no intervinientes en el hecho pudieran efectuar sobre el rumbo que puedan tomar finalmente los acontecimientos. Pero eso no afecta al significado y desvalor del hecho: observando externamente la conducta ignoraremos, ciertamente, si quien dirige dolosamente el vehículo contra el peatón dará un volantazo en el último momento que evitará el desenlace fatal, pero eso en nada afecta al significado del hecho como intersubjetivamente peligroso, que es lo que interesa a la tentativa.

En definitiva, y siendo otros los presupuestos de partida, no puede convenirse en que la perfección del delito intentado cierre sin más la posibilidad del desistimiento.

4. La terminación del delito intentado

Como adelantaba en la presentación de este trabajo, y al igual que ocurre con otras tantas cuestiones relevantes en materia de desistimiento, el Código penal no contesta a la que es objeto de este estudio. Sólo planteamientos voluntaristas pueden pretenderla, pues, resuelta en uno u otro sentido ciñendo simplemente su argumentación a lo dispuesto en el tenor literal¹³⁸.

En efecto, no es realista –sino a mi entender una inaceptable simplificación- pretender resuelto el debate haciendo descansar la opción por la impunidad en el simple hecho de que el art. 16.2 CP no recoge exigencias añadidas en cuanto a la conservación del control sobre el riesgo generado con la tentativa (como puede observarse, dicho precepto se limita a otorgar la impunidad, sin más, a quien desiste de lo iniciado o bien impide la producción del resultado, sin identificar momentos o circunstancias preclusivas)¹³⁹. En sentido opuesto, tampoco se advierte una interpretación obligada en la que, por ejemplo, considera el apartado primero del art. 16 CP como presupuesto para la aplicación del segundo, entendiendo de este modo que sólo cabe plantear el desistimiento impune si se verifica el hecho de que no haya sido el azar el que haya decidido la no producción del resultado –en otros términos, se restringe la opción del desistimiento a los casos en que el control haya permanecido en manos del agente-¹⁴⁰.

Desde la fundamentación del desistimiento aquí seguida, ligada a la prevención general positiva, puede observarse que no cualquier acción que tenga reflejo causal en la evitación resulta apta para restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida, sino sólo la que ponga de manifiesto un pleno posicionamiento del lado del Derecho, sin dejar margen al azar en la

¹³⁶ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 151, 167.

¹³⁷ BENLLOCH PETIT, *RPJ*, 2003, p. 159.

¹³⁸ Con lo que no se quiere afirmar que el tenor literal sea enteramente neutro: no estableciéndose restricciones literales habrá que ser especialmente cuidadosos en la pretensión de introducirlas –contra reo, obsérvese- desde otra suerte de interpretación. En ese sentido, el tenor literal sí constituye un argumento favorable al desistimiento en supuestos de pérdida temporal del control del riesgo. Una rápida comparación con el texto derogado podría reforzar esta convicción.

¹³⁹ Como ya indiqué, de inmediato surgen interrogantes que demuestran que no se ha hecho sino trasladar (y no resolver) la cuestión: la referencia a la ejecución iniciada bien puede significar que la impunidad se reconoce a la tentativa inicial, pero nada dice la Ley acerca de dónde termina tal ejecución y se pasa a otra cosa distinta (no desistible), ni en virtud de qué criterio ocurre, en su caso, esto último.

¹⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP*, 2006, p. 30. En esta interpretación, la atribución al apartado 1º de la exclusión del azar como causante de la ausencia de resultado se obtiene a contrario, al aludir éste a la no producción “por causas independientes de la voluntad del autor”. Tampoco ésta parece una conclusión obligada.

evitación del resultado. Coherentemente, se deduce de ello sin dificultad que no puede reputarse suficiente una mera comprensión causal del concepto de desistencia, sino que se impone reforzar la calidad de la acción exigible. En concreto, una interpretación teleológica que tome como presupuesto el mencionado no podrá conformarse con medidas subóptimas aunque eficaces, sino que deberá requerir, en cambio, la "optimidad" en la medida de impedimento para poderle imputar la evitación del resultado. Sólo si el agente ha evitado el resultado a través de la realización de la acción óptima de salvación, en otros términos, su comportamiento podrá interpretarse como expresión personal del reconocimiento del Derecho, haciendo innecesaria la pena.

Sin embargo, una vez respetado lo anterior en cuanto a la forma de desistir (principio de máxima seguridad en la salvación), no parece que quepa deducir también del fundamento de la exención, con la misma facilidad, otro tipo de exigencias. En particular, no se desprende de dicho fundamento la existencia, además, de un momento preclusivo que con carácter general y en abstracto condicione la actuación por parte del agente de esa oportunidad excepcional en la que el desistimiento consiste: el único límite acorde -en esos términos generales- con dicho fundamento vendrá representado, únicamente insisto, por la subsistencia objetiva de la potencialidad de la lesión. Y, así, se podrá desistir en tanto el curso causal hacia el resultado permanezca objetivamente (y no ya según la representación del autor) abierto¹⁴¹; sólo cuando el peligro se concreta efectivamente en la lesión (resultado) o cuando, en sentido distinto, dicho peligro agota objetivamente su potencialidad lesiva¹⁴² (imposibilidad de alcanzar el resultado) resulta efectivamente descartable la desistencia.

Eso sólo significa que no caben apriorismos como el de considerar que la pérdida transitoria del control sobre el riesgo generado excluye per se y en todo caso la posibilidad de desistimiento. Cuestión distinta es que esa pérdida de control incida de forma decisiva e irreversible (pero ya en el caso concreto) en la posibilidad de cumplimentar el que sí es requisito ineludible en cuanto a la forma del desistimiento impune: el empleo, entre las idóneas ex ante, de la opción más segura de salvación conforme a la representación del agente. En este sentido, no hay que descuidar el hecho de que si el autor deja pasar la opción más segura de salvación en un momento 1, deberá encontrar una opción equivalente en un momento 2 para acceder a la impunidad¹⁴³:

Esta situación deberá considerarse en supuestos como el propuesto en el caso 2 (vuélvase a Preliminar): en la medida en que el riesgo se haya mantenido en términos constantes, de forma que el traslado seguro de dicho riesgo a los profesionales de la salvación siga constituyendo la opción óptima de evitación en el

¹⁴¹ A lo sumo -pero siempre con anterioridad a la evitación objetiva del resultado (en escenarios, por tanto, de subsistencia objetiva del peligro)- parece posible plantearse la concesión del privilegio del desistimiento en supuestos en los que el agente desconocía que el resultado estaba ya en vías de ser evitado por otros medios. En concreto, dicha posibilidad es planteable en el marco de la opción legal de desistimiento mediante esfuerzo serio en pro de la evitación del resultado, en contextos de plurintervención. GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, p. 233 y s.

¹⁴² Ello sin perjuicio, se entiende, de que el parámetro colectivo en la interpretación del desistimiento permita excluir sus elementos en un momento previo a la disolución objetiva del riesgo. Así, si el hecho es descubierto estando pendiente aún el resultado: éste podrá ser ciertamente impedido aún por el agente, pero faltará la voluntariedad, requisito de la exención. Esta limitación temporal fue, curiosamente, prevista expresamente por el derecho positivo alemán en su redacción anterior, que exigió que la acción de impedimento tuviese lugar en un momento anterior al descubrimiento del hecho (§46 StGB, a. r.).

¹⁴³ En este sentido, el retraso en la adopción de la medida óptima sólo puede jugar en contra del desistente.

momento 2, cabrá desistimiento. Si el tiempo transcurrido incrementa el margen de azar en la salvación, en cambio, la verificación final de ésta no conllevará la impunidad por el delito intentado.

La apreciación del desistimiento se torna aún más insegura en supuestos como el propuesto en el caso 3, en el que lo dilatado del lapso de tiempo transcurrido podrá hacer peligrar la valoración del riesgo como uno y el mismo¹⁴⁴. Sin embargo, el criterio sigue siendo en abstracto el mismo: no hay razón para vetar la desistencia si, recuperado el control del riesgo, esa oportunidad excepcional permanece a disposición del agente¹⁴⁵.

En el caso concreto, por lo tanto, podrán identificarse momentos en los que, de facto, la vía del desistimiento quede vetada con anterioridad a la disipación objetiva del peligro creado. Pero, como se decía, tal limitación provendrá de la imposibilidad de dar cumplimiento al requisito de la optimidad de la medida elegida, y no del previo establecimiento de un momento general inhabilitante. No hay razón para entender que quien ha herido mortalmente a su víctima, dando pie a un desenlace incierto (pérdida de control sobre el riesgo creado), no pueda acceder a la impunidad por desistimiento siempre que la acción de salvación que emprenda sea efectivamente la más segura y no deje, ahora sí, riesgos residuales¹⁴⁶. Y la misma valoración de partida han de merecer todos los supuestos propuestos al inicio como ejemplo.

Así pues, y sin perjuicio de lo que haya de resultar en cada caso concreto en función de la posibilidad de dar cumplimiento a sus auténticos requisitos, el desistimiento resulta en abstracto posible tanto si el autor considera no haber llevado a cabo todo lo necesario para ocasionar el resultado como en caso contrario; tanto si ha conservado el control del riesgo, percibiendo como segura en todo momento una eventual acción salvadora propia, como si ha perdido esa condición, pasando a ser incierto el desenlace para todos. Cabe desistimiento, por consiguiente y según lo dicho, tanto en tentativas inacabadas como acabadas; tanto en tentativas imperfectas como perfectas. E incluso, resulta abstractamente imaginable en supuestos en los que el autor ha llegado transitoriamente a la convicción errónea de que su meta se ha alcanzado ya o, en sentido totalmente opuesto, no puede ya alcanzarse, comprobando con posterioridad que o bien el resultado no se había producido todavía o bien que el riesgo permanecía objetivamente activo. En determinadas acepciones, por tanto, cabe también el desistimiento respecto de la denominada tentativa fracasada.

¹⁴⁴ Sin descartar tampoco la eventual aparición de otros nuevos, como ocurriría por ejemplo en caso de que, en el ínterin, terceras personas distintas de la víctima hubieran estado también a punto de accionar el interruptor del explosivo.

¹⁴⁵ Nótese que la consideración del supuesto de referencia como tentativa (efectivo inicio de ejecución) no se ve afectada por el lapso de tiempo transcurrido entre la acción y el eventual resultado (evitado): los correctivos que la doctrina ha empleado para retrasar el inicio de ejecución en supuestos de resultados diferidos, consistentes en ubicar dicho inicio en la inminencia de la materialización del riesgo, no afectan al supuesto planteado, por cuanto en él el peligro e inminencia del resultado se verifican desde el instante inmediatamente posterior a la acción. (Distinto es el caso, por ejemplo, de quien deja a la víctima inmovilizada a la espera de ser arrollada por el convoy que pasará horas después: desatándola con anterioridad, podrá juzgarse no producido aún el inicio de ejecución - tentativa de asesinato-, sin perjuicio de la responsabilidad en la que se haya incurrido por los actos ejecutados).

¹⁴⁶ En este sentido, por ejemplo, en supuestos clásicos como los ya comentados del botellín (*Flachmann-Fall*, BGHSt 10, 129) o del estrangulamiento (*Würgungs-Fall*, BGHSt 31, 170) lo realmente importante para decidir sobre la apreciación de la eximente, desde la posición aquí mantenida, no resulta ser si cuando el autor cesa en la asfixia de su víctima se está aún ante la misma tentativa inacabada o por el contrario ésta es ya acabada, sino si con el simple abandono de su acción se está desplegando la acción óptima de salvación respecto de un riesgo activo, lo que no ocurrirá si no pasa a ostentar el dominio del curso de salvación y se limita a alejarse del lugar dejando a su víctima inconsciente, por más que acabe salvando la vida.

Por ello, la identificación del momento aludido responde mejor, entiendo, al concepto de terminación del delito intentado. De forma análoga a la separación que en el delito completo se realiza entre el momento inicial en el que se cumplimenta el total desvalor del hecho, consumándolo (Vollendung), y aquél –no siempre coincidente– en el que termina la agresión al bien jurídico hasta donde es contemplada por el tipo, terminando la infracción (Beendigung)¹⁴⁷, parece deseable manejar también en el delito intentado un concepto objetivo de terminación, hasta el cual poder valorar en abstracto la posibilidad de desistimiento que se abrió con el inicio de ejecución, y a partir del cual ubicar los comportamientos postdelictivos atenuatorios. La cuestión terminológica resulta evidentemente secundaria¹⁴⁸. Pero urge la clarificación de la aplicación jurisprudencial.

¹⁴⁷ La fase que discurre entre ambos instantes (post-consumativa) presenta como es sabido consecuencias trascendentes, entre otras, en materia de participación, de prescripción o en la conformación de lo que haya de considerarse agresión ilegítima actual a efectos de la apreciación de la eximente de legítima defensa.

¹⁴⁸ En bien otro sentido –por ejemplo– de la “terminación de la tentativa”, con esa denominación, se ocupó FARRÉ en el Capítulo V de la que fuera su tesis doctoral (posteriormente, *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*, 1986, 2ª ed., 2011). Con ello se refería, no obstante, a la problemática que hoy correspondería a la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas: “la problemática relativa a la terminación del delito intentado se centra –señala la autora– en la determinación del momento en que deberán considerarse practicados todos los actos de ejecución que deberían producir el delito, momento a partir del cual –subraya– ya no puede hablarse de tentativa” (1ª, p. 234 y s.). Así pues, con la terminación se está pensando en el primer momento en el que se dan todos los requisitos de la figura intentada (consumación de la tentativa); en la acabada, el momento en el que se completa el delito frustrado, dejando de ser, en la terminología legal hoy ya superada, tentativa. La connotación que aquí se quiere abarcar con el concepto de terminación es otra. Precisamente la que correspondería a la fase posterior, esto es, abarcando bien hasta el umbral de la consumación del delito, bien hasta el definitivo agotamiento objetivo del peligro que entraña el intento, permanezca éste o no en el ámbito de control del agente.

5. Tabla de jurisprudencia citada

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 2ª, 17.05.2002	RJ 7408	José Aparicio Calvo-Rubio
STS, 2ª, 1.03.2002	RJ 3914	José Jiménez Villarejo
STS, 2ª, 18.10.1996	RJ 7816	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS, 2ª, 5.10.1996	RJ 7145	José Antonio Martín Pallín
STS, 2ª, 17.09.1993	RJ 6703	José Hermenegildo Moyna Ménguez
STS, 2ª, 14.04.1992	RJ 3044	Gregorio García Ancos
STS, 2ª, 29.01.1991	RJ 448	Francisco Soto Nieto
STS, 2ª, 10.07.1989	RJ 6168	Francisco Soto Nieto
STS, 2ª, 29.10.1986	RJ 5757	Antonio Huerta y Álvarez de Lara
STS, 2ª, 23.02.1983	RJ 1713	Juan Latour Brotóns
SAP Madrid, Secc. 4ª, 3.10.2002	RJ 771	María del Pilar de Prada Bengoa
SAP Madrid, Secc. 15ª, 16.09. 2002	RJ 272619	Adrián Varillas Gómez
SAP Murcia, Secc. 1ª, 20.07.1999	RJ 4143	José Luis García Fernández
SAP Tarragona, Secc. 3ª, 9.04.1996	RJ 217	Concepción Aldama Baquedano
SAP Zaragoza, Secc. 1ª, 15.03. 1996	RJ 903	Fernando Zubiri de Salinas

6. Bibliografía

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2002), *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada.

- (2001), "Desistimiento malogrado y reglas de imputación", *Actualidad Penal*, (43), 2001, págs. 1041 a 1057.
- (2001), "La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación" *Revista del Poder Judicial*, (63), III, págs. 71 a 119.
- (2000), *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada.

Enrique BACIGALUPO ZAPATER (1997), *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª, Akal, Madrid.

- (1997), "Comentario al artículo 16 CP", en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium, Madrid, págs. 529 a 558.

Guillermo BENLLOCH PETIT (2003), "De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentación de la impunidad por desistimiento", *Rev. Peruana de Jurisprudencia*, año 4, núm. 24, págs. 141 a 170.

- (1998), *El desistimiento voluntario del delito*, Tesis Doctoral, UPF, Barcelona.

René BLOY (1976), *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humblot, Berlín.

Héctor Alejandro DAVID (2009), *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Madrid.

Antonio DOVAL PAIS (2001), *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Elena FARRÉ TREPAT (2011), *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

- (1986), *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona.

Antonio GILI PASCUAL (2009), *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (2006), "El desistimiento en la tentativa acabada", *ADPCP*, LIX, págs. 25 a 34.

Walter GROPP (2002), "Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont. Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch", en Dieter DÖLLING/Volker ERB (coord.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober. 2002*, Heidelberg, págs. 175 a 189.

Rolf Dietrich HERZBERG (1988), "Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese", *NJW*, págs. 1559 a 1567.

- (1986), "Beendeter oder unbeendeter Versuch: Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH", *NJW*, págs. 2466 y ss.

- (1985), "Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung", en Hans Dieter SCHWIND/Ulrich BERZ/Gerd GEILEN/Rolf-Dietrich HERZBERG/Günter WARDA (coords.), *Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag*, Berlin, págs. 97 a 121.

Günther JAKOBS (1997), "El desistimiento como modificación del hecho", en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, trad. por Enrique PEÑARANDA RAMOS/Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ/Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, págs. 325 a 345.

- (1997), *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de la 2ª ed.
- (1991) por Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Sybille KNÖRZER (2008), *Fehlvorstellungen des Täters und deren "Korrektur" beim Rücktritt vom Versuch nach §24 Abs. 1 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín.

Francisco MUÑOZ CONDE (1972), *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona.

Emilio OCTAVIO DE TOLEDO/ Susana HUERTA TOCILDO (1986), *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (II)*, Rafael Castellanos, Madrid.

Harro OTTO (2001), "Rücktritt und Rücktrittshorizont", *Jura*, (5), págs. 341 a 346.

Laura POZUELO PÉREZ (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Ingeborg PUPPE (1986), «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 22.8.1985-4 StR 326/85», *NStZ*, 1986, págs. 14 a 17.

- (1984), "Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31,46", *NStZ*, págs. 488-491.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), "Comentario al art. 3 ACP", en Juan CÓRDOBA RODA/ Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, 1ª, Ariel, Barcelona, págs. 60 a 149.

Claus ROXIN (1981), "Der fehlgeschlagene Versuch. Zugleich ein Beitrag zum Problem der wiederholten Ausführungshandlung", *JuS*, (1), págs. 1 a 9.

- (1976), "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada", en Claus ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA), Reus, Madrid, págs. 248 a 272.

Eberhard SCHMIDHÄUSER (1984), con la colaboración de Heiner ALWART, *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (2006), "Error sobre el objeto, tentativa fracasada y desistimiento", *CPC*, nº 90, III, págs. 99 a 120.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (1997), *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.

Esteban SOLA RECHE (1996), *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada.

Hans WELZEL (1958), *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6^a ed., Walter de Gruyter & Co., Berlín.

Liane WÖRNER (2009), *Der fehlgeschlagene Versuch zwischen Tatplan und Rücktrittshorizont*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.