

El desistimiento en el derecho penal (*)

Agustín M. Valotta (**)

Sumario: I. Desistimiento en el derecho penal argentino. Código Penal y dogmática.— II. Desistimiento en el derecho penal alemán.— III. Desistimiento en el derecho penal de España.— IV. Desistimiento: relación con las teorías del castigo.— V. Bibliografía consultada.

I. Desistimiento en el derecho penal argentino. Código Penal y dogmática

La fórmula del desistimiento está prevista en el art. 43 del Cód. Penal: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

La ley 11.179 del año 1922, pone en vigencia el Cód. Penal de 1921, cuyos arts. 42 y 43 regulan la tentativa y el desistimiento conforme a un texto que no volverá a ser modificado, donde se recoge la fórmula de la Cámara de Senadores, al cabo de su tarea de revisión de los proyectos de 1891 y de 1906. Esto significa, en suma, que en el Cód. Penal del año 1922 se instituye en los arts. 42 y 43 el texto hoy en vigor.

Entrando al análisis de la dogmática de nuestro país —a través del examen de tres autores— iniciamos el estudio del tema a través de postulaciones de Eugenio Zaffaroni quien sostiene que para introducirnos en la naturaleza y condiciones del desistimiento voluntario debemos comenzar por definir la tentativa, según el mencionado art. 42 que establece que incurre en tentativa el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad. Por ende, cuando no lo consuma por

su propia voluntad, queda excluido de la fórmula ampliatoria de la tipicidad y, lógicamente, su conducta será atípica. En consonancia con esto, el citado art. 43 establece que el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito. El desarrollo dialéctico del *iter criminis* —que hace que la consumación niegue la tentativa y se presente frente a ella como hecho diferente— también hace que el desistimiento voluntario, como hecho posterior al comienzo de ejecución, aparezca como negación de la tipicidad precedente.

Se objeta que el desistimiento no puede borrar una tipicidad que ya existía. Esta objeción se debe a que no se percibe que el acto de desistimiento voluntario es una modificación del hecho, pues la revocación cancela el peligro de lesión que ocurre porque el plan en una etapa posterior sufre una evolución dialéctica extrema: el autor decide anular voluntariamente una tipicidad iniciada. El pensamiento que objeta la atipicidad parte de la equiparación del dolo del delito consumado con el del delito tentado, no observando que es un dolo que se interrumpe por sí mismo. En la dialéctica del *iter criminis*, siempre la etapa posterior cancela a la anterior, y cuando lo posterior es un desistimiento, la cancelación se traduce en atipicidad de la etapa anterior e inexistencia de la posterior.

Quienes objetan la atipicidad de la tentativa desistida, se ven obligados a explicar la impunidad dentro o fuera de la teoría del delito.

(A) Los que la explican dentro, lo hacen sosteniendo que desaparece la culpabilidad. En las teorías funcionalistas del delito, en que la culpa-

(*) Este trabajo contó con la colaboración de los ayudantes Jerónimo Bide, Macarena D. Comas Sobrón, Agustín R. Lescano, Samanta H. Pedrozo, Leandro Renero, Raúl L. Rivero, Andrés Saavedra.

(**) Abogado especialista en derecho penal. Carrera Docente, Facultad de Derecho, UBA Prosecretario Letrado STJ de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

bilidad se construye deduciéndola de los fines preventivos de la pena, la punición de la tentativa desistida no tendría sentido, porque el fin preventivo habría sido alcanzado sin necesidad de ejercer el poder punitivo.

(B) Quienes la explican fuera de la teoría del delito, consideran que se trata de una causa personal de cancelación de la punibilidad. La más grave consecuencia de esta tesis es que los partícipes de un hecho desistido por el autor, es decir, de un plan que fue revocado y por ende no peligroso, no pueden beneficiarse de la decisión de este, con la consecuencia que resultarían penados por un aporte a un curso de acción cuyo peligro fue cancelado por el desistimiento. La única razón para la pena del partícipe vendría dada por una decisión de quebrantar la norma, pauta insuficiente para el derecho argentino por disposición de la reserva constitucional (principio de lesividad).

Ambas posiciones contrarias a la atipicidad de la tentativa desistida responden a teorías preventivas de la pena y, por ende, asignan al desistimiento una naturaleza premial: se ha entendido que la impunidad constituye un estímulo permanente que mantiene la ley hacia el autor para que desista, tendiéndole un puente de oro, tesis que se remonta a Feuerbach. Por esta razón se ha pensado que el fundamento se hallaría más bien en una gracia concedida al autor con carácter de premio por su desistimiento, considerando que, si la voluntad consumativa es una carga, su renuncia merece un premio.

La tentativa del delito puede desistirse mientras objetivamente no exista para el autor una imposibilidad de consumación. Cuando la consumación se ha vuelto imposible, el desistimiento no es voluntario. En consecuencia, cuando el agente se representa un fracaso inexistente no puede negarse la posibilidad de desistimiento, pues —cualquiera sea su motivación— el autor renuncia voluntariamente a continuar con el hecho. Si la ley no exige una motivación especial, nada autoriza a considerar no voluntario lo que es voluntario. Así, quien abandona la conducta de apoderamiento porque cree erróneamente que la billetera no tiene dinero, la pone nuevamente en su lugar (tentativa inacabada). Igualmente desistirá el autor que desactiva la bomba por creer falsamente que no estallara

por un desperfecto (tentativa acabada). Pretender retacear la posibilidad de desistir cuando el autor cree erróneamente fracasada la tentativa, importa condicionar la voluntad para el desistimiento a una motivación que la ley no exige y que la doctrina deduce de la pretendida naturaleza premial. Si se niega la posibilidad de desistir a quien abandona el hecho porque creyó equivocadamente que la víctima de la estafa advirtió la maniobra cuando en realidad estaba por entregar el dinero, se condiciona la voluntariedad a motivaciones morales o éticas que —en último caso— pueden calificar la conducta, pero nunca cancelar su voluntariedad.

Son revocaciones voluntarias las que no son impuestas por la voluntad de un tercero o por la autoridad o por la ineficacia (objetiva) del plan verificada *ex post*. Por ello no desiste voluntariamente quien llega hasta la bóveda del banco, pero fracasa en hallar la combinación, o porque suena una alarma o interviene un guardia. Pero si cualquiera de estas circunstancias fuese solo imaginada por el agente, motivándolo a abandonar el hecho, lo hará atípicamente, pues solo en su imaginación están los motivos de la revocación de la tipicidad. Lo contrario llevaría a exigir —en contra de la ley— una revocación del hecho donde la voluntariedad sea a la vez un síntoma de pureza en las motivaciones, es decir, que la voluntad sea expresiva de un valor de acción (ético) como calidad moral del impulso a desistir.

El desistimiento voluntario puede estar fundado en un puro temor a la pena, en un cálculo especulativo (porque cambio de interés aun cuando sea este también delictivo), o en un imprevisto que se adopte como una mala señal, por ejemplo; si se le rompe una ganzáa o si se le atraviesa un gato negro, desistiendo aun cuando el medio sea igualmente idóneo para abrir la puerta. En síntesis, el presupuesto del desistimiento dependerá siempre de la inexistencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación de la voluntad, ni los errores que lo pudieran condicionar mientras el desistimiento como hecho pueda ser imputado como obra perteneciente al autor.

La imputación del desistimiento como hecho voluntario del agente tiene lugar cuando no está

fundado en la operatividad de una acción especial de cualquier parte del sistema punitivo, ni esta coaccionado por un tercero. Se reputa por sistema punitivo a todo el complejo administrativo de criminalización secundaria, del que participan los agentes de seguridad y funcionarios públicos, pero también lo son el sujeto pasivo, los particulares, los aparatos de defensa o mecánicos que puedan servir para delatar la ejecución o interrumpirla. Por acción especial, se entiende una determinada relación del accionar del sistema con la conducta de tentativa, en el sentido de que no basta para descartar la voluntariedad del desistimiento la mera representación de la amenaza de pena o el temor genérico a ser descubierto.

La llamada “etización” del desistimiento ha llevado a planteos realmente preocupantes: se ha sostenido que debe ser producto de un acto de valoración, llegándose a afirmar que solo era válido cuando era autónomo, casi como una decisión de conciencia del agente. Siguiendo este camino, se postula que el desistimiento es voluntario cuando no es razonable para la lógica del delincuente, siendo involuntario cuando es aceptado por la forma propia de razonar del delincuente. Por lo tanto, se afirma que no es voluntario el desistimiento de quien deja a su víctima porque ve avanzar a otra más rica (Roxin). Otros afirman que no puede reconocerse su eficacia cuando responde a motivos contrarios al derecho (Bockelmann). De este modo concluye que quien abandona el botín por considerarlo insignificante, da pruebas de ser un ladrón peor, con lo que justifica la negación de la voluntariedad del desistimiento.

Estas tesis se acercan a los tipos de autor por vía de una exigencia ética en los motivos que la ley no reclama.

El precitado art. 43 del Cód. Penal no distingue entre tentativa inacabada y acabada, regulando todas en una única referencia a la tentativa, aunque, sin embargo, sea necesario establecer una diferencia por las consecuencias en materia de desistimiento en una y otra hipótesis. La previsión del artículo de referencia abarca para el desistimiento todos los casos donde el autor no consuma el delito, pero dentro de ellos corresponde distinguir el supuesto en que se interrumpe la acción ejecutiva (ten-

tativa inacabada) de aquel en el cual se realiza toda la acción ejecutiva sin que sea necesaria ninguna posterior intervención del autor para consumir el resultado (tentativa acabada).

La determinación de la naturaleza acabada o inacabada de la tentativa se realiza siempre apelando al plan concreto del autor (consideración objetivo-individual), toda vez que sin esa información no es posible establecer cuando debe tenerse por realizada la totalidad de la conducta necesaria para la consumación. En la tentativa inacabada es imprescindible que el desistimiento que interrumpe la acción ejecutiva impida la consumación del delito, o que solo se consume por una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor, de naturaleza tal que impida atribuirle el resultado. Debe quedar claro que no hay abandono cuando el autor ha perdido sus alternativas de conducta, pues si la víctima sale definitivamente del alcance del rifle, el autor no desiste del homicidio, sino que simplemente no puede consumarlo.

El caso varía completamente cuando se trata de una tentativa acabada, en que ya se ha realizado todo y la consumación depende de la no intervención futura de parte del autor. En tal caso se requiere que el desistimiento se manifieste en la forma de una actividad, porque solo se puede revocar mediante acciones de evitación, como si lo que resta para la consumación estuviese gobernado por una estructura típica omisiva, dado que, si el autor realizó todo lo necesario para que el resultado se produzca, su inactividad no indica un desistimiento sino todo lo contrario, es decir que expresa la existencia de su voluntad realizadora. Es claro que quien envía una bomba por correo no desiste de la tentativa con solo declararlo y abstenerse de ulterior actividad, aun cuando el mecanismo haya fallado. En lugar desiste quien da aviso a la policía después del envío, el que lleva al envenenado al hospital en tiempo oportuno para que lo salven, o quien le aplica el antídoto adecuado.

Si el resultado igualmente sobreviene habrá que considerar si el curso de acción con fin de evitación era *seguro ex ante* (evitabilidad segura), toda vez que, de no ser así, este no podrá serle el imputado al autor: el que con dolo homicida lesiona levemente al autor, desiste de

este delito, aunque la víctima muera en el hospital por un fallo médico o porque rechace el auxilio. Debe entenderse que hay desistimiento (desiste voluntariamente quien, luego de colocar un artefacto explosivo, da aviso a la policía y la acompaña al lugar para indicar la forma de desactivarlo, pero el artefacto estalla por una imprudencia grave de los mismos funcionarios o por un accidente). No importa que el autor haya evitado el resultado mediante el auxilio de un tercero, pues, no es necesario que la acción segura de salvamento deba realizarla personalmente, pudiendo valerse de un tercero, como puede ser el médico, el policía o el propio sujeto pasivo.

Debe tenerse en cuenta, además, que no siempre el descubrimiento del hecho por parte del sujeto pasivo o de la policía de seguridad impide el desistimiento de la tentativa acabada. Al igual que en la tentativa inacabada, lo decisivo es el carácter voluntario de ese desistimiento, lo cual será discutible en caso de haberse descubierto el plan, lo que impone decidir según que las circunstancias objetivas permitan un curso salvador a cargo del autor y siempre que no sea coaccionado para ello. Así, cuando se ata a una persona un artefacto explosivo que no puede quitarse sin estallar, salvo mediante un mecanismo electrónico activado solo por el autor; si bien el hecho es conocido por el sujeto pasivo y por la policía, la intervención no coaccionada del autor que desactiva el mecanismo debe ser considerada como un desistimiento relevante.

Se llama tentativa calificada a la que tiene lugar abarcando simultáneamente a la consumación de otro delito, cuya tipicidad interfiere por progresión (el que dispara sobre otro para matarlo, pero solo lo hiere; la tipicidad de lesiones queda interferida por la tipicidad de la tentativa de homicidio). En estos casos, el desistimiento voluntario elimina la tipicidad de la tentativa, pero, desaparecida esta, deja estar interferida la tipicidad del delito consumado en el curso de la tentativa y, por ende, el agente debe responder por este delito (queda atípica la tentativa de homicidio, pero el agente responde por las lesiones). Solo cuando lo que quede subsistente sea un delito de peligro como figura que anticipa una lesión, este queda impune, pues faltaría el requerimiento de lesividad impuesto por la tipicidad conglobante que habrá quedado consu-

mido por la tentativa desistida, porque entre la tipicidad de la tentativa y la del delito de peligro anticipatorio no media una relación de subsidiariedad, sino de consunción. Así, quien desista de una falsificación también dejara atípica la tenencia de instrumento claramente destinados a falsificar.

Para entender el desistimiento y la concurrencia de personas, debemos considerar que el desistimiento es una causa de atipicidad de la tentativa, el desistimiento voluntario del autor, en razón del Principio de Accesoriedad limitada de la participación, deja atípicas las conductas de los partícipes.

Es atípica la tentativa de participación porque se requieren algunas precisiones cuando el que desiste es el partícipe. En principio, en el código argentino es atípica la tentativa de participación, de modo que no tiene a su respecto sentido alguno plantear el problema del desistimiento. Para que haya participación, de esta debe haberse hecho efectiva, es decir, debe haberse consumado. La única participación que puede desistirse es la contribución a la tentativa de autor. No cabe considerar que la participación no puede desistirse en razón de que esta no tiene consumación propia por ser accesoria del hecho principal, porque lo que interesa es que se retire oportunamente el aporte al hecho antes de la consumación. Por consiguiente, el partícipe puede desistir de su aporte accesorio al injusto del autor, siempre que no se haya consumado. No obstante, de esto surgirá que el desistimiento de la participación deberá tener generalmente gran analogía con el desistimiento de la tentativa acabada, puesto que se trata de desistir de un aporte del cual ya se ha realizado la totalidad de la conducta.

Esto será inevitable tratándose del desistimiento de la instigación. El instigador solo puede desistir mientras el autor no haya consumado el delito, y siempre que su desistimiento tome la forma de una intervención activa para impedir el resultado, sea que logre o no la interrupción de la actividad ejecutiva del autor mientras se trate de un curso salvador seguro, o que logre o no evitar el resultado cuando la tentativa del autor sea acabada, siendo también indispensable —por parte del instigador— un curso de acción con la misma seguridad.

Algo diferente puede suceder con la complicidad e incluso en el caso del llamado cómplice primario, que es el cómplice que, por efecto de una limitación al principio del dominio del hecho, no puede ser considerado coautor. Frecuentemente la intervención del cómplice primario puede seguir en el tiempo y llegar a ser una intervención activa en el momento mismo de la consumación. En este caso, basta con que aquel retire su aporte, puesto que con ello desbarata el plan concreto del autor. Así, quien ejerce la violencia sobre la víctima para que otro la viole, puede desistir con solo retirar la fuerza antes de que el otro haya consumado el delito. Ello obedece a que en este caso la participación no está acabada. En los restantes casos en que se limita el dominio del hecho, pero la participación está acabada, rige los principios generales conforme a los cuales el desistimiento solo puede tener lugar mediante la evitación del resultado. En cualquier caso, si el autor consumase el delito conforme a un plan distinto de aquel donde hubiese tomado parte el partícipe que desiste, no debe considerarse que evito la consumación, porque esta no se habrá producido conforme al plan original, que es el determinante.

En el caso del cómplice común o no necesario, para desistir le basta con retirar su aporte, sin necesidad de impedir el resultado o desbaratar el plan. La situación no se altera cuando se trata de un aporte psíquico al hecho, pero tratándose de la promesa de una ayuda posterior a este, al cómplice que omite el cumplimiento de su promesa no desiste, sino que queda impune por expresa disposición legal.

En el caso del desistimiento de los coautores, valen las mismas reglas que para los autores, debiendo aclararse también a su respecto que es necesario de su parte un curso de acción seguro tendiente a la evitación del resultado, aunque si el delito se consumase en forma distinta de la planeada, debe entenderse que el desistimiento es igualmente relevante porque habrá hecho fracasar el emprendimiento conforme a cuyo plan concreto tenía el dominio del hecho.

Corresponde, seguidamente, analizar la postura del segundo autor. En tal sentido, Esteban Righi, al momento de exponer los fundamentos de la impunidad, asegura que los distintos puntos de vista que han procurado fundamentar la

impunidad del desistimiento, como la atenuación de la culpabilidad que pone de manifiesto el retroceso del autor, o la disminución de la necesidad de reafirmar la vigencia de la norma, no resultan suficientes para explicar que el Estado renuncie por completo a la pena.

Debe entenderse por ello, que es la conveniencia político-criminal de ofrecer al autor un estímulo adicional en interés de que el resultado no se produzca (teoría del premio), lo que otorga sentido a la previsión de esta excusa absoluta sobreviniente.

Asegura, en relación con la tentativa inacabada y acabada que, la distinción, está relacionada con la cercanía de la consumación, son diferentes las exigencias que se requieren para que opere la exclusión de la pena en los casos de desistimiento.

Cuando la tentativa está inacabada el autor aún no ha realizado todo lo necesario para la ejecución, por lo que hace falta que siga obrando para lograr el resultado, con lo que para el desistimiento basta con que no siga actuando. Ello no es suficiente estando la tentativa acabada, pues en ese caso el autor apreció, el menos con dolo eventual, que la consumación no depende de una actuación ulterior.

Sobre el desistimiento en la tentativa inacabada, agrega que aún no ha creado todas las condiciones necesarias para la producción del resultado, en la tentativa inacabada es suficiente que el autor interrumpa el comportamiento delictivo, en virtud de una renuncia voluntaria y definitiva a seguir realizando el hecho que había comenzado a ejecutar.

Consiguientemente, la impunidad requiere que A) el autor omita seguir realizando el hecho que comenzó a ejecutar; B) su desistimiento sea voluntario; y C) la decisión sea definitiva, es decir, que no se trate de una mera postergación en el tiempo.

Debe entenderse que el desistimiento ha sido voluntario cuando el autor decide no seguir adelante, pese a que tiene todavía oportunidad de consumar. Voluntariedad no equivale a exigir que el desistimiento este basado en motivos éticos, pero debe ser anterior a que el autor sea

descubierto, por lo que no procede la impunidad de quien renuncio a seguir ejecutando el hecho por temor a ser capturado en forma inminente.

Cuando la tentativa está acabada resulta insuficiente la omisión voluntaria de seguir adelante, pues solo falta que el resultado se produzca. En consecuencia, para que opere la regla de impunidad por desistimiento, el criterio tradicional ha sido exigir que el autor con los medios de que dispone impida la consumación.

Ese punto de vista ha sido flexibilizado en el derecho comparado, mediante la consagración de reglas que, por razones vinculadas a la neutralización del disvalor de acción, prevén que, si el resultado no se produce por razones distintas al comportamiento del autor para impedirlo, su desistimiento lo beneficia si realizó un esfuerzo serio y voluntario para impedir la consumación.

Según este punto de vista, la impunidad de la tentativa requiere que el autor se haya esforzado con seriedad para impedir la consumación, y, en consecuencia: A) si las acciones destinadas a impedirlo no eran adecuadas al efecto, el sujeto resulta punible como autor de la tentativa; y B) si el resultado se produce porque el autor no pudo impedirlo, debe imputarse delito consumado.

En relación con los efectos del desistimiento y la participación criminal, sostiene Righi que, como consecuencia de que el desistimiento es una causa personal de anulación de la pena, en los casos de participación criminal rige el principio general según el cual la impunidad solo alcanza a quien desiste por sí mismo. Pero si el resultado no se produce, también debe beneficiarse quien haya realizado un esfuerzo serio y voluntario para evitar la consumación, aunque lo haya impedido otro de los intervinientes.

Si el sujeto advierte que no puede evitar la producción del resultado eliminando su aporte, debe actuar positivamente para procurar evitarlo. En ese caso, no resulta suficiente que retire su contribución al hecho, pero no debe exigirse que impida la consumación, sino que realice un esfuerzo serio y voluntario para procurar que el resultado no se produzca.

Si la tentativa contiene un delito ya consumado, como cuando el autor desiste de apoderarse de las joyas después de haber entrado en la vivienda de la víctima, el delito consumado sigue siendo punible. Consiguientemente, el desistimiento es eficaz respecto de la tentativa de hurto, pero resulta punible la violación de domicilio (art. 150 del Cód. Penal).

Concluye Righi, sosteniendo sobre la tentativa fracasada, que no es eficaz el desistimiento en los casos de tentativa fracasada, es decir cuando el autor piensa que el objetivo de su acción ya no se puede alcanzar con los medios que tiene a su disposición. Ello es así porque la voluntariedad del desistimiento presupone que el autor crea que la consumación es todavía posible.

Finalmente, Maximiliano Rusconi, analiza el desistimiento de la tentativa haciendo referencia a Binder manifestando que otro caso de interés preponderante se da cuando el propio sujeto responsable ha vuelto sobre sus pasos y ha evitado que el daño se produzca, ya sea desistiendo de lo que era una tentativa (obviamente cuando u punición sea posible) y todavía no había sido ejecutada toda la acción (tentativa inacabada, simple desistimiento), o actuando en sentido inverso cuando ya había acabado de ejecutar su plan y con la acción inversa se logra evitar que el resultado se produzca (arrepentimiento activo).

La cuestión, sostiene el autor, por lo menos en lo que respecta a sus grandes trazos, no es compleja. Se trata de una excusa absolutoria posterior al hecho que despliega sus efectos como si se tratara de un puente de oro que establece el legislador pensando en la intangibilidad final de bien jurídico. En los casos de tentativa inacabada, cuando según el plan del autor no se han dado todos los pasos necesarios que requería ese plan para la producción del resultado, alcanza con que el sujeto desista voluntariamente de continuar en la tentativa y lo haga de modo permanente.

Por otro lado, no es posible negar que, en los casos de desistimiento, adicionalmente, se verifique un déficit del tipo subjetivo de la fundamentación del ilícito. Como hoy opina Cury Urzúa: “La voluntad de realización subsiste como tal solo hasta el instante que precede a la suspensión de la conducta típica o a la ejecu-

ción de la acción destinada a evitar el resultado. Luego los dos componentes dinámicos de la acción típica se detienen simultáneamente. En esta hipótesis, por consiguiente, falta la perfección del dolo y, con eso, la base para castigar el principio de ejecución de la acción descripta por el tipo”.

En el supuesto de una tentativa acabada, a esos requisitos se le suma la necesidad del llamado arrepentimiento activo, es decir, que el sujeto evite que el resultado se produzca.

Agrega Rusconi, no cabe duda de que el hecho de que el efecto eximente del desistimiento depende de que el resultado efectivamente se evite debe generar fuertes cuestionamientos.

Se podría pensar que el autor, justamente, se le reprocha haber llevado las cosas hasta una instancia en la cual el dominio del curso lesivo y también del retroceso salvador aparece como disminuido o poco seguro. Según esta visión del problema es, justamente, el autor el único responsable de que el azar le juegue una mala pasada.

El autor, remata su postura, asegurando que, la alternativa de que en los casos de tentativa acabada ya no se pueda desistir con efecto eximente, implica, de todos modos, una interpretación *contra legem* de una cláusula sustantiva a favor del autor.

A manera de conclusión, sin perjuicio de que, al final del presente trabajo de investigación, se acompaña una sentencia que resuelve la cuestión penal a través de la aplicación de principios dogmáticos relacionados con el tema en estudio (se citan muchos autores), queremos remarcar que muchos tribunales, de la República Argentina, acuden a la fórmula clásica, acuñada por Frank, que señala: “[P]uedo, pero no quiero consumir el hecho”. De tal forma, si se cumple el axioma, se configurará el desistimiento previsto por el art. 43.

II. Desistimiento en el derecho penal alemán

II.1. El desistimiento en la normativa alemana

En la legislación alemana, el desistimiento de la tentativa está legislado en el § 24 del Código Penal, que reza lo siguiente:

“§ 24. Desistimiento

“No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consuma sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación.

“Si son varios los partícipes en el hecho entonces no se castigará por tentativa a quien evitó voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su no punibilidad su esfuerzo voluntario y serio, para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su anterior aporte al hecho”.

Esta norma, bastante concisa, marca los aspectos fundamentales del desistimiento: por un lado, establece su impunidad. Pero determina también los presupuestos básicos para que este sea impune; a saber: la voluntad del sujeto, y la no producción del resultado, otorgándole gran importancia al primero de ellos desde que permite la impunidad aun cuando el resultado no se produce sin intervención de quien desiste, siempre y cuando haya existido un esfuerzo voluntario y serio para evitar el resultado dañoso (y extendiendo este supuesto también a los casos en que los partícipes son más de una persona). Por otro lado, legisla el supuesto en que, habiendo varios intervinientes, existirá la impunidad para aquel que haya logrado la evitación del resultado dañoso de manera voluntaria, como así también para el que no lo haya logrado siempre que haya intermediado un esfuerzo serio y voluntario.

II.2. El fundamento de la impunidad por el desistimiento

A la hora de fundamentar esta figura penal, es necesario saber, en primer lugar, que, en términos generales, el desistimiento está constituido por un comportamiento del agente al cual resulta atribuible la evitación de la consumación de una tentativa ya emprendida. Ahora bien, la modalidad de este comportamiento depende de la clase de tentativa de que se trate. Una tentativa inacabada puede ser desistida (eficazmente) ya con una omisión de proseguir la ejecución. Una tentativa acabada, en cambio, solo

puede ser desistida (eficazmente) mediante un comportamiento activo dirigido a la evitación. La pregunta que no puede ser dejada de lado es la que se refiere al fundamento de la exclusión de la imputación por tentativa cuando tiene lugar un desistimiento. A continuación, se examinarán las respuestas más importantes, teniendo en cuenta la teoría político-criminal, y la Teoría de la Insignificancia de la Culpabilidad o del Resarcimiento de la Culpabilidad, ya que la Teoría Jurídica y la Teoría del Fin de la Pena serán analizadas en el apartado del presente trabajo que trata en profundidad al desistimiento en relación con las Teorías del Castigo.

A) *Teoría político-criminal*: Esta teoría, explica la impunidad por desistimiento como un incentivo o estímulo dirigido al autor de la tentativa para que evite la consumación. En otros términos, se trataría de una oferta de impunidad a cambio del desistimiento; de un “puente de oro” que le es tendido al autor que ya emprendió la ejecución para que se desista de consumir el delito. Contemporáneamente, esta teoría es defendida, en el sentido de que la oferta de impunidad a cambio del desistimiento podría resultar favorable a la optimización de los intereses de la víctima en tanto titular del interés que resultaría afectado en caso de producirse la consumación.

Ahora bien, a esta teoría se le objeta, en primer término, un déficit de rendimiento explicativo, ya que parecería no haber casos en que se constatará que un desistimiento ha tenido lugar por una motivación del autor de obtener la impunidad. En segundo término, se le objeta también el hecho de resultar contraria a la exigencia de voluntariedad del desistimiento, pues como lo expresa Claus Roxin, “también debería surtir efecto despenalizador el desistimiento involuntario para poder tenderle al autor un puente de oro que favoreciera a la víctima”. Sin embargo, esto no sucede, dada la exigencia legal de voluntariedad del desistimiento.

B) *Teorías de la Insignificancia de la Culpabilidad o del Resarcimiento de la Culpabilidad*: Bajo este conjunto de propuestas resultan comprendidas construcciones que apuntan a la incidencia que el desistimiento tendría en la culpabilidad por la tentativa emprendida. De acuerdo con algunas de estas propuestas, si bien

esa culpabilidad no resultaría del todo eliminada por el desistimiento, sí se volvería insignificante, lo que justificaría la impunidad. También cabría considerar dentro de esta clase de construcciones a algunas variantes de la denominada “teoría del perdón o del premio”. En este sentido, destaca la tesis de Bockelmann, según la cual el premio o perdón con que se recompensa al autor que desiste de su tentativa se explicaría precisamente por una disminución de la intensidad del reproche de culpabilidad.

Por su parte, la teoría del resarcimiento de la culpabilidad, defendida fundamentalmente por Herzberg, postula que la impunidad de la tentativa por desistimiento se explicaría en virtud de la aplicación de un principio general del derecho, conforme el cual el poder punitivo quedaría sin efecto cuando el sujeto, a través de una contribución que le resulta atribuible, cumple el deber de reparación que la realización del comportamiento injusto le impone.

Ahora bien, lo que surge en relación con estas propuestas, corresponde a la pregunta de si efectivamente de lo que se trata en los casos de exclusión de la imputación por desistimiento es una disminución o compensación de la culpabilidad (en el sentido de culpabilidad por el hecho), en circunstancias de que lo que parecería controvertirse en tales casos, más bien, es la necesidad de pena del comportamiento. Esto conduce a la formulación de la última teoría, denominada “La Teoría del Fin de la Pena”.

II.3. La posición sistemática del desistimiento

En el contexto del análisis de las principales teorías relativas a la fundamentación de la impunidad por desistimiento se hizo referencia, respecto de algunas de ellas, a las consecuencias que de dichas teorías se seguían para la determinación del contexto sistemático en el cual ha de operar la exclusión de la imputación. Así, las variantes tradicionales de las teorías jurídicas tienden a comprender el desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa. Bajo la teoría del puente de oro, en cambio, el desistimiento es entendido, mayoritariamente, como una causa personal de exclusión (o anulación) de la pena, o sea, como una excusa legal absoluta. Las teorías de la insignificancia o del resarcimiento de la culpabilidad, por su parte, han

de entender que el desistimiento opera en el ámbito de la culpabilidad como categoría sistemática. Y, por último, la teoría del fin de la pena, al menos en la formulación de Roxin, conduce a concebir el desistimiento como una causa de exclusión de la responsabilidad.

Es importante destacar, sin embargo, que el esquema anterior carece de una pretensión de validez general. En efecto, es posible encontrar posiciones bajo las cuales el fundamento de la exclusión de la imputación por desistimiento no prejuzga la posición sistemática de este.

Acto seguido, pasaremos a detallar los requisitos básicos de esta figura:

II.4. Requisito de voluntariedad

Como mencionamos, uno de los requisitos básicos para que el desistimiento quede impune (y quizá el más importante) es que este sea voluntario. En lo relativo a esta exigencia, hay dos posturas principales. La primera, las teorías psicológicas, se construyen a partir de la fórmula propuesta por Frank: “[E]l desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación, aunque puede, y es involuntario si no quiere porque no puede”. Es decir, para esta postura doctrinaria el desistimiento es voluntario si este tiene lugar cuando es posible aun la consumación, y si esta no es una posibilidad el desistimiento será involuntario, es decir, ineficaz para excluir la imputación.

Sin embargo, según Roxin esta solución es incorrecta en la medida en que identifica los supuestos de desistimiento involuntario con los supuestos que él califica como de tentativa fracasada o fallida. Según el reconocido autor alemán, si se dan estos casos en que el sujeto constata la imposibilidad de alcanzar la consumación del delito en cuestión, no se trata de que el desistimiento es efectivamente involuntario, sino más bien de que el desistimiento es imposible porque la tentativa ha fracasado.

Por otro lado, agrega que esta solución elaborada por Frank no es satisfactoria desde el punto de vista político-criminal, ya que “no hay por qué tenderle un “puente de plata” a costa de la impunidad para que se vuelva atrás a quien ve

fracasar su plan de realizar impunemente el delito y lo abandona ya por esa razón”, así como “tampoco podrán ver aquí un caso de aplicación de su principio quienes quieren otorgar la “gracia” de la impunidad a causa de una menor energía criminal que se manifiesta en el desistimiento (teoría de la gracia). Ni tampoco se puede hablar de una desaparición de los fines que se han de perseguir con la pena (teoría del fin de la pena)”. Es decir, Roxin identifica la posibilidad de que el desistimiento se configure por motivos interesados, y descarta la posibilidad de considerar este tipo de desistimientos como “voluntarios”.

Con base en esta crítica, Roxin elabora su teoría jurídico-valorativa, que se aparta de las valoraciones éticas que tantos problemas acarrearían (valoraciones que contemplan la voluntariedad del desistimiento observando la calidad de los motivos por los que este se hace desde un punto de vista ético), y conforma la otra gran postura doctrinaria. Para formularla, se apoya en la necesidad de articular la exigencia de este requisito a partir de una valoración político-criminal. Roxin, al rechazar las teorías éticas que parten desde un punto de vista moral, postula la corrección de un punto de partida normativo que sea consistente con la ratio de la exención de pena que fundamenta el desistimiento.

Esto va a verse concretado, según su teoría, en la postulación de la “racionalidad del delincuente” como criterio principal de determinación de la voluntariedad del desistimiento. Así, explica el jurista: “[E]l desistimiento es voluntario porque el orden jurídico recompensa la desviación de las normas de la lógica (la razón) del delincuente”, de lo cual se sigue que “el criterio de valoración decisivo radica en que el desistimiento sea expresión de una voluntad — sea cual fuere su origen— de retorno a la legalidad o en que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal”. De esta manera, el desistimiento será voluntario cuando el abandono de la prosecución pueda ser interpretado como un distanciamiento respecto de la racionalidad interna de la actividad criminal, en tanto que será involuntario cuando el mismo abandono solo represente una confirmación de dicha racionalidad.

Esta solución, por otra parte, resulta adecuada para los supuestos de desistimiento de tentativa inacabada, esto es, para los supuestos de desistimiento por omisión de proseguir la ejecución de la conducta típica. Su aplicación en el ámbito del desistimiento activo con relación a la tentativa acabada, en cambio, resulta más problemática. En lo concerniente a ella, habrá que analizar si más allá de la configuración de la voluntariedad, en la exclusión de la punición de la tentativa acabada por desistimiento activo se requiere o no la satisfacción de un juicio de imputación (en sentido estricto) de la evitación de la consumación a la conducta del agente.

II.5. Requisito de la posible consumación del delito

Como mencionamos al comienzo, el segundo requisito esencial para que el desistimiento se configure como impune es que cuando este se realice, sea aún posible la consumación del delito en cuestión. De lo contrario, no estaríamos hablando de un desistimiento sino de tentativa fracasada.

Antes de analizar este presupuesto, deberíamos comenzar indicando que Roxin entiende que existe tentativa fracasada cuando “el autor reconoce o por lo menos supone que su objetivo se ha vuelto inalcanzable en el marco del hecho concreto”. Hay que tener en cuenta, aquí, que el fracaso de la tentativa se evalúa a partir de la propia representación del autor (es decir, en el plano subjetivo), por lo cual dicho fracaso es independiente de la idoneidad o inidoneidad de la tentativa en sentido objetivo. El efecto principal que va a tener el carácter de “fracasada”, es la exclusión de la posibilidad de que respecto de esta pueda tener lugar un desistimiento que excluya la imputación, precisamente porque el desistimiento presupone que desde la perspectiva del autor la consumación sigue siendo posible, es decir que la tentativa aún no ha fracasado (independientemente de su idoneidad). Además, agrega que tanto una tentativa acabada como una tentativa inacabada pueden devenir fracasadas.

Con base en esta distinción, Roxin enumera cuatro grandes grupos de casos en los que se pregunta por el fracaso en la tentativa, ósea por la imposibilidad de impunidad por desistimien-

to: “[E]n primer término, los casos en que el autor advierte que la realización del tipo es imposible (por ejemplo, si el sujeto a quien se pretende dar muerte se escapa o si la mujer a quien se pretende violar se entrega voluntariamente). En segundo término, los casos en que la identidad del objeto de la acción no se corresponde con el plan del autor (por ejemplo, si un sujeto no consuma un asesinato al advertir, justo antes de disparar, que se trata de un sujeto distinto de aquel cuya muerte se persigue). En tercer lugar, los casos en que el objeto del hecho no responde a las expectativas del autor (por ejemplo, si el sujeto que intenta cometer un hurto encuentra un botín menor al pretendido, no sustrayendo este). Y, por último, los casos en que las circunstancias del hecho difieren de las previstas en el plan del autor (por ejemplo, si un sujeto renuncia a la consumación al sentirse observado, pese a ser todavía ejecutable el hecho)”.

El autor sostiene entonces: “[E]n los dos primeros grupos de casos la solución de la tentativa fracasada es correcta. Lo mismo respecto del tercer grupo, aunque reconociendo la necesidad de realizar precisiones ulteriores, sobre todo atendiendo al grado de concreción de la expectativa del sujeto respecto de las cualidades del objeto de la acción. En el cuarto grupo de casos, sin embargo, Roxin entiende que no cabe la afirmación del fracaso de la tentativa, dado que no puede negarse que en esos casos la consumación (aun desde la representación del autor) es de todas formas posibles, pues se trata de alteraciones que se mantienen en el ámbito de las circunstancias concomitantes, de modo que si el autor no prosigue la ejecución en tales supuestos la punibilidad del hecho deberá afirmarse o negarse en función de la posibilidad de afirmar o no un desistimiento voluntario”.

Por otro lado, hay una controversia respecto de la consideración de la posibilidad de la consumación como presupuesto del desistimiento eficaz. Esto ocurre en casos en los que el autor no alcanza la consumación en su primera ejecución, podría todavía alcanzarla mediante una reiteración de la acción ejecutiva y, sin embargo, no lo hace.

Al respecto de esto, una primera postura doctrinaria, encabezada por Jakobs y denominada teoría de la consideración individual, sostiene:

“[E]n tales casos ha de afirmarse la imputación por la primera ejecución fracasada, sin que la no-reiteración de la ejecución pueda dar lugar a un desistimiento. Esto es fundamentado en que en tales casos la decisión de no reiterar el intento solo puede ser interpretada como un comportamiento posterior al hecho y no como una modificación del hecho, que es lo en su propuesta constituye el desistimiento. Lo que es lo mismo a considerar la primera ejecución como una tentativa acabada, de la cual ya no se podría desistir (eficazmente) omitiendo”.

La otra postura, sostenida por Roxin y llamada teoría de la consideración global del hecho, entiende: “[N]o debería admitirse nunca una tentativa frustrada en tanto el autor, según su representación, todavía pueda alcanzar el objetivo [...] mediante una modificación o una continuación de las acciones ejecutadas hasta entonces de manera temporal o espacialmente inmediata en relación con los hechos ya ocurridos”.

El fundamento de esta solución radica “en el hecho de que, si hipotéticamente la reiteración de la ejecución produjera la consumación, todo el hecho sería constitutivo, desde el punto de vista de la dogmática de los concursos, de una unidad natural de acción, por lo cual sería correcto considerar la no-reiteración como un desistimiento eficaz (siempre que se afirme su voluntariedad)”.

En la controversia entre ambas teorías, subyace “la cuestión de si la exclusión de la imputación por desistimiento se vincula a consideraciones relativas a la configuración del injusto culpable o a consideraciones relativas a la necesidad preventiva de pena”. En términos más generales, “a la misma controversia subyace una discrepancia radical en torno al fundamento de la punibilidad de la tentativa y de la imputación jurídico-penal en general: confirmación de la vigencia de la norma versus protección de bienes jurídicos”.

II.6. Imputación de desistimiento activo

Es vital remarcar: “[L]a diferencia fundamental entre el desistimiento de la tentativa acabada y el desistimiento de la tentativa inacabada radica en que el primero, a diferencia del segundo, presupone la realización de una acción (tras el

acabamiento de la tentativa) de la cual resulte la evitación de la consumación”. De aquí surge el interrogante acerca de si para que se configure el desistimiento, “es necesaria una relación causal entre la acción del sujeto y el resultado no producido, o si en realidad se necesita de un vínculo de imputación más estricto”.

Según la teoría que abala Jakobs, se “exige no solo que el resultado de evitación sea imputable al comportamiento de desistimiento activo del autor, sino que este comportamiento pueda ser considerado ya como la realización de una acción óptima de evitación”. Es decir, para esta postura, “partiendo de una justificación de la exención de pena a partir del discurso de la prevención general positiva, entiende: “[S]olo cuando el agente hace todo lo posible para evitar la materialización de un peligro por él generado, y no cuando deja protagonismo al azar, se reestabiliza la confianza en la vigencia de las normas”.

Esta exigencia es razonable, desde la equiparación de un tipo injusto con el desistimiento. Sin embargo, opera como una restricción de la punibilidad, mientras que en el ámbito del desistimiento la misma exigencia opera como una restricción a la exclusión de la punibilidad.

II.7. El supuesto del desistimiento fracasado

La impunidad por desistimiento en la tentativa supone que este efectivamente se ha logrado, “que este ha sido exitoso, esto es, que la tentativa no ha devenido en consumación”. Cuando el desistimiento no logra evitar que el delito se consume, hay que determinar “si en tales casos sería correcto imputar responsabilidad a título de delito doloso consumado o si, en cambio, solo podría afirmarse una tentativa en eventual concurso ideal con un delito imprudente”, siempre que este se encuentre tipificado.

Si se trata de una tentativa inacabada, el principal problema sin los casos de consumación anticipada, donde “la segunda solución parecería imponerse en función de la consideración del dolo de la tentativa inacabada como un dolo que, a diferencia del de la tentativa acabada (y el de del delito consumado), no importa la asunción de un riesgo (todavía) adecuado para la producción del resultado”.

Si por el contrario se trata de una tentativa acabada, “la solución del delito doloso consumado parecería no encontrar inconvenientes, más allá de algunas posiciones minoritarias, precisamente porque en tales casos, pese al desistimiento activo fracasado, el riesgo que se realiza en el resultado sí es plenamente imputable al dolo”, lo cual “sería compatible con la afirmación de la morigeración de la imputación en función de la verificación de un comportamiento (posterior) susceptible de ser considerado como una reparación o un intento de reparación del mal causado”.

II.8. El desistimiento según Stratenwerth

Günter Stratenwerth, catedrático emérito de derecho penal en la Universidad de Basilea (Suiza), considera que el desistimiento sería eximente de pena cuando el autor abandona en cualquier momento la realización ulterior de las intenciones delictivas, o se esfuerza por reparar el ilícito ya cometido. Normalmente no queda exento de una pena ya merecida, sino que solo puede lograr una reducción de la pena, y en casos extremos, también su remisión. Sin embargo, para la tentativa valen reglas especiales: en caso de desistimiento voluntario, el sujeto quedaría impune.

Partiendo de la base que las opiniones discrepan acerca de porque se le concede al autor esta causa especial de eliminación de la pena, hoy en día se distinguen tres posiciones básicas.

La doctrina más antigua aceptaba preponderantemente la idea de que el desistimiento no modificaba nada del contenido de ilícito y de culpabilidad del hecho; la remisión de la pena se fundamentaba, antes bien, exclusivamente en el cálculo de que el autor se decidiría más fácilmente al desistimiento si se le tendía un puente de oro.

En contra de ello se objeta hoy que tal cálculo sería ajeno a la realidad: El privilegio del art. 24 del Cód. Penal alemán raramente le sería conocida al autor y más raramente aun sería motivo de su desistimiento. Pero en ello se basa también la idea, expuesta en este contexto recientemente con más fuerza, de la protección de la víctima. Poco más aporta, frente a ello, una teoría del premio (teoría de la gracia), que se limita

a la comprobación de que el autor es recompensado por el desistimiento voluntario, pues de ese modo sigue abierta la cuestión de porque la ley garantiza una recompensa tan amplia precisamente en caso de tentativa (y solo en él).

Finalmente, la teoría de los fines de la persona busca la respuesta recurriendo al catálogo tradicional de los fines de la pena, conforme a lo cual la reducción (retroactiva), si no la cancelación de la culpabilidad, la revocación de la impresión causada por el hecho que conmueve la vigencia de la norma, la falta de energía criminal exteriorizada en el desistimiento (por ello también: teoría del indicio) o también una reunión de tales razones harían que la punición pareciera superflua desde puntos de vista retributivos y/o preventivos: Ciertamente, con ello tampoco se expresa más, por lo pronto, que la trivialidad de que la imposición de la pena, en los casos en que la ley renuncia a ella, evidentemente deja de ser una necesidad forzosa.

En síntesis, podrían ser que concurren diversos puntos de vista en el art. 24 del Cód. Penal alemán. El desistimiento voluntario atenúa sin duda el merecimiento de pena de la conducta: la culpabilidad que hay en la tentativa es anulada al menos parcialmente por el giro del autor, y es menor también la necesidad de fortalecer la vigencia de la norma mediante una sanción, cuando el autor mismo la ha reconocido nuevamente. Pero eso solo no puede explicar que la pena sea remitida totalmente (y no solo atenuada), si es que uno no quiere contentarse con la aseveración formal de que para el hecho que es digno de pena en menor medida ya no habría ninguna necesidad de pena. Antes bien, en esa medida también podría entrar en juego el cálculo político —criminal de que el autor pueda sentirse motivado más fácilmente a ese giro en vistas a la total remisión de la pena— cualquiera que sea el grado de realismo que pueda tener una reflexión semejante.

Las diferencias sobre la ubicación del desistimiento en el sistema del hecho punible se relacionan en forma relativamente estrecha con los distintos intentos de explicación de su efecto absolutorio. Tratarlo como elemento negativo del tipo, por el hecho de que anula la “impresión” perturbadora de la paz jurídica, le adosa a este aspecto una importancia demasiado gran-

de y conduce a fricciones dogmáticas en materia de participación, que tiene que seguir siendo punible. Algo análogo vale para el reconocimiento de una causa de exclusión de la culpabilidad. En el estadio valorativo de la culpabilidad está en juego la responsabilidad del autor en el momento del hecho. El desistimiento no puede eliminarla retroactivamente y producir así, por ejemplo; que una instigación se transformara post *festum* en autoría mediata. Si se parte de que, para el art. 24 del Cód. Penal alemán, no hay ningún denominador común, entonces, solo queda calificarlo más bien, con la doctrina dominante, como una causa (personal) de eliminación de la pena, aunque de este modo se exprese poco de su sustancia.

Consiguientemente a lo expuesto, en el art. 24 del Cód. Penal alemán se presupone que en todos los casos que falta efectivamente el resultado que integra la consumación del delito, en principio, se debe al autor mismo.

II.9. Tentativa inacabada y tentativa acabada en el Código Penal alemán

La cuestión de que tiene que suceder para que la consumación de un delito deba ser impedida depende de cuan próxima haya llegado la tentativa a la consumación. En tanto el autor no haya creado aun todas las condiciones que él debe realizar para la producción del resultado típico, bastan con que interrumpa sus esfuerzos delictivos omitiendo, por ejemplo, efectuar el disparo que habría de matar a la víctima. Si en cambio, ya ha producido todas aquellas condiciones, hace falta una intervención activa para bloquear el acontecer que conduciría a la producción del resultado, es decir, por ejemplo, ir en busca de un médico para que salve a la víctima gravemente herida. Correspondientemente, se distingue entre la tentativa inacabada y la acabada.

A ese respecto, es natural pensar que solamente el estado objetivo de las cosas puede decidir acerca de si una tentativa ya ha llegado tan lejos como para que la producción del resultado se pueda impedir tan solo por medio de medidas activas de dirección contraria. Frente a ello, lo que importa, según la jurisprudencia y la doctrina casi unánime, son las representaciones del autor acerca del estado de realización de su he-

cho: si ya ha hecho todo lo que quería hacer para producir el resultado típico y considera a partir de aquí que es posible su producción. Efectivamente, es ineludible tener en cuenta factores subjetivos, cuando ellos ya entran en juego respecto de la cuestión de si el hecho ha alcanzado en si el estadio de la tentativa. Tampoco se le puede exigir al autor ninguna otra cosa que el que él se comporte tal como sea necesario para evitar el resultado desde su punto de vista. El parámetro subjetivo, sin embargo, conduce a espinosas cuestiones en materia de error.

La delimitación entre tentativa inacabada y acabada produce especiales dificultades en los casos en que el autor, en caso de que fuera necesario, estaba decidido —o si no, tenía la posibilidad sin más de hacerlo— a causar el resultado delictivo por varios actos individuales o con diversos medios, es decir, por ejemplo, a disparar tanto tiempo como para herir mortalmente a la víctima, o recurrir al cuchillo si fracasa al usar solo el puño, y no realiza todos estos pasos. Si uno se basara, tal como antiguamente se lo ha hecho en gran parte, estrictamente en el plan del autor, sería perjudicado el autor que no ha incluido en sus cálculos todas las posibilidades, sino que ha supuesto que su primer intento sería exitoso, y lo abandona después, mientras que al autor más peligroso, que ha incluido el fracaso en sus cálculos, le sería posible desistir, en la misma situación, hasta el agotamiento de todas las posibilidades que se hubiera reservado, y esto, en tanto no pase nada, mediante la mera renuncia a otros intentos. En general, hoy se reconoce que una solución de esa índole ni sería justa ni tendría sentido desde el punto de vista político-criminal. Frente a ello, la discusión de la cuestión, dada en el tiempo más reciente en forma muy profunda, y aun no concluida, ha conducido a dos posiciones básicas diferentes, que, en lo particular, por cierto, tienen múltiples matices. Una parte de la doctrina explica la tentativa ya como acabada, cuando el autor ha ejecutado incluso solo una acción dirigida a la producción del resultado y ha fracasado con ella, sin considerar si él estaba decidido a una repetición o a la continuación, ni si estaba siquiera en condiciones de hacerlo (“teoría del acto individual”). De ese modo se evitan las contradicciones valorativas como la arriba descrita, ciertamente al precio de una restricción extrema de las posibilidades de desistimiento: si el primer tiro acierta,

el delito esta consumado, si se desvía, la tentativa es acabada y es imposible un desistimiento; y entre estas alternativas solo queda un ámbito de aplicación del art. 24 del Cód. Penal alemán, a lo sumo, cuando el tiro lesiona, por cierto, a la víctima, pero su muerte aún puede ser evitada. Por el contrario, la jurisprudencia y la doctrina preponderante favorecen una solución según la cual importa el “horizonte del desistimiento”, ósea, si el autor “tras los fracasos iniciales del curso del hecho que se había representado, llega inmediatamente a la suposición de que, sin solución de continuidad, aún podría consumir el hecho con los medios ya empleados o con otros que están a su disposición” (“consideración total”). Si tales actos de continuación o de repetición se han tomado en cuenta aún, la tentativa estaría acabada recién cuando el autor considera posible al menos que el resultado pudiera producirse a partir de aquí. En principio, esta solución “proclive al desistimiento” podría merecer la preferencia, aun cuando se debe conceder que la total impunidad a la que conduce el privilegio del desistimiento merced a su regida regulación de lege lata puede ser una consecuencia insatisfactoria.

Es imposible un desistimiento absolutorio cuando el autor abandona la ulterior ejecución del hecho porque cree que ya no podrá alcanzar el resultado. Eso puede ser el caso tanto en la tentativa inacabada, cuando, por ejemplo; no se puede abrir la caja fuerte de la que se iba a robar, como también en la tentativa acabada, cuando, esta se muestra como idónea. La doctrina más reciente aplica aquí muchas veces el concepto de tentativa fracasada. Pero el fracaso como tal no interesa: el autor puede desistir de la tentativa de defraudación mientras no se cuenta de que el otro lo ha descubierto desde hace rato, y ya no puede desistir cuando considera frustrada una tentativa que no lo sería en absoluto. Por lo demás, aquí se plantean casos-limite desde el punto de vista de la voluntariedad del desistimiento. Por ello, como figura jurídica autónoma la tentativa fracasada es, en sustancia, totalmente superflua.

II.10. El desistimiento de la tentativa acabada conforme del derecho alemán

En su primera variante, la ley exige que el autor abandone la ulterior ejecución del hecho y

que ocurra voluntariamente (art. 24, inc. 1º del Código alemán).

A) Aquí ya está discutido, en primer lugar, bajo que presupuestos se puede decir en suma que el autor ha abandonado la ejecución del delito. Esto es claro, en cierta medida, solo cuando el autor renuncia a acciones que en el momento del desistimiento (todavía) considera necesarias para producir el resultado delictivo.

Ante todo, empero, son problemáticos, en esa medida, los casos en los cuales el autor prescinde de ulteriores acciones delictivas porque ha alcanzado la meta de su acción (real o supuestamente) incluso sin ella. Configura un ejemplo el caso en el que la mujer afectada por una tentativa de violación le hace creer al autor estar de acuerdo con tener relaciones sexuales y el, por ese motivo, renuncia a la coacción ulterior. Aquí no se puede hablar de un abandono del hecho planeado. Lo mismo tiene que valer cuando el autor de una tentativa inacabada en el sentido de la consideración total renuncia a actos de continuación, después de haber obtenido la meta atípica de su acción. Sucede así, por ejemplo; en el caso de que el autor le clave un cuchillo a la víctima en el cuerpo, con dolo eventual de homicidio, para darle un “escarmiento”, y luego deja de hacerlo, aunque “solo” lo había lesionado. Tampoco aquí desiste de nada.

Luego se plantea la cuestión de si la renuncia del autor a la ulterior ejecución del delito tiene que ser una definitiva, y, en su caso, en qué sentido. ¿Ya hay un desistimiento cuando el autor que sigue decidido a ejercer violencia en caso necesario abandona primero la tentativa de violación porque la víctima le hace creer que después de una pausa de descanso estará dispuesto al acto sexual con él? Aquí prácticamente existe hoy unidad de criterios acerca de que no significa desistimiento que el autor desplace por breve lapso la obtención de la meta de su acción o que modifique la forma de comisión, que, en un delito de violencia, dicho a modo de ejemplo, pase de la fuerza física a la amenaza con un arma de fuego. Pero también se reconoce en general que la reserva interior de repetir la tentativa en otro momento o con otros medios no es óbice para hablar de desistimiento; la exigencia de que el autor tendría que haber abandonado la realización de su decisión “por comple-

to y definitivamente” es, en esa medida, fuente de malentendidos. Puede ser dudosa tan solo la cuestión de cómo se tienen que delimitar entre si estas dos constelaciones con mayor precisión, es decir, bajo que presupuestos la continuación de la conducta delictiva aparece (o aparecería) como ejecución ulterior del mismo hecho o, si no, como una tentativa nueva, autónoma. La jurisprudencia se basa aquí en si “los actos parciales precedentes, que quedan sin resultado, forman un proceso vital unitario con el nuevo impulso al que finalmente ha renunciado el autor” o no, y la doctrina preponderante, en lo sustancial, aprueba ese criterio. En el caso del ejemplo dado anteriormente, la renovación de la tentativa de violación se daría en un contexto espacial y temporal tan estrecho con la primera agresión, que ambos se presentarían aquí como una unidad; correspondientemente, el retrasar el hecho no contiene un desistimiento. Sucede algo distinto cuando el autor que, por ejemplo; comete una tentativa de robo, deja a la víctima porque le despierta compasión, pero tendría, por lo demás, la intención de robarle a cualquier otro: el segundo delito sería un hecho autónomo; de la primera tentativa habría desistido (en forma absolutoria).

B) Además, se deberá exigir, en principio, que el desistimiento del autor conduzca a la ausencia del resultado delictivo. Esta exigencia no se entiende por si misma aun en caso de tentativa inacabada, porque, como ya se observó, acerca del acabamiento se debe juzgar, como principio, según la imagen que se represente el autor.

El autor puede haber creado ya, sin saberlo, todos los presupuestos de la producción del resultado, por ejemplo; haberle proporcionado ya, a la víctima, una dosis de veneno que producirá la muerte, y creer aun, entretanto, que la víctima sobrevivirá si el no sigue actuando. Una parte de la doctrina es de la concepción de que el autor también aquí podría desistir aun de modo absolutorio en tanto el resultado no se produzca, y responderá por su producción, a lo sumo, por imprudencia. La decisión depende de cómo se trate el error correspondiente sobre el curso causal: si el resultado es posterior le es imputado al autor a título de dolo, el delito se consuma y no queda espacio para un desistimiento. El que el autor, al abandonar la ulterior ejecución del hecho, haya creído que el resultado no se

produciría, puede ser considerado en su favor, del mismo modo que los esfuerzos estériles por evitar el resultado en caso de tentativa acabada, solo en el marco de la medición de la pena. Ello vale con mayor razón cuando el resultado se produce ya antes del desistimiento de la tentativa (supuestamente) inacabada.

Solo puede eximir de pena al autor el desistimiento infructuoso de la tentativa inacabada, cuando el resultado falta por otras razones. Por ejemplo; porque la tentativa no llevaba peligro o, si no, cuando, en realidad, había fracasado ya en el momento del desistimiento. O se frustra incluso con posterioridad, por ejemplo; gracias a la intervención de un tercero.

C) Finalmente, el autor tiene que haber abandonado la ulterior ejecución del hecho “voluntariamente”. También acerca de la interpretación adecuada de este requisito las opiniones divergen de modo considerable.

Esta fuera de discusión solo el hecho de que ni desde el punto de vista del merecimiento de pena ni desde el cálculo político-criminal tendría sentido honrar con la exención de pena a la interrupción forzada de esfuerzos delictivos. Las dos posiciones básicas que subsisten se contraponen una a otra como forma de consideración “psicologizante” y “normativa,” según que, para la voluntariedad, solamente importe la libertad de decisión del autor dependiente de la medida de su presión psíquica o (también) que el “merezca” la impunidad en vistas a las razones que sustentan el privilegio del desistimiento. Pero una solución puramente psicologizante ni es practicable ni tiene ningún sentido. Dicho a modo de ejemplo, si el autor desiste porque de pronto toma consciencia de lo que está a punto de ocasionar, la pregunta de si esto fue para él una “razón forzada para abandonar el delito, de modo que lo que quedaba ninguna otra elección”, no se puede contestar de ningún modo, y tampoco podría ser decisivo si sucediera lo contrario. Si, en cambio, el autor no sigue adelante con una tentativa de asesinato porque el teme que, si lo hace, “se le escapara” la próxima víctima de asesinato, parece francamente absurdo asegurarle la impunidad por el hecho de que “el dejar actuar” se presente “como el resultado de una sensata reflexión”. Ni desde el punto de vista de la culpabilidad ni desde el de la preven-

ción se puede justificar honrar tal “desistimiento” con la exención de pena. Por otro lado, una sobredimensión de la forma de consideración normativa debería basarse en la “cualidad ética de los impulsos hacia el desistimiento”. Los motivos del autor deberían ser valorados solo desde el único punto de vista que desempeña un papel esencial en todas las explicaciones del privilegio del art. 24 del Cód. Penal alemán: si el desistimiento significa que el autor regresa por sí mismo a la legalidad.

El punto de partida de la interpretación más inmediata de la exigencia de la voluntariedad tiene que ser, ya por el sentido del texto de la ley, la cuestión de si el autor ha abandonado la ulterior ejecución del delito motu proprio, y, en su caso, en qué medida. Como se observó ya seguramente ese no es el caso cuando él cree no poder alcanzar ya su meta de la acción, por ejemplo; porque el botín del robo que encuentra a su disposición no se corresponde a sus expectativas, o bien porque tiene en cuenta que la policía, que se acerca en un patrullero, evitara la consumación. Pero también son circunstancias externas las que mueven al autor a desistir, las que se dan cuando si bien todavía podría ejecutar el hecho como tal, tiene que contar con que perdería enseguida todas las ventajas que esperaba de él, como el ladrón de banco que huye sin el botín al escuchar la alarma, porque teme que, de otro modo, será aprehendido al huir. La cuestión es más difícil cuando la ulterior ejecución del hecho implicaría para el autor peligros o desventajas mayores a los que había previsto. En esa medida no es de mucha utilidad la solución, defendida muchas veces, de distinguir entre motivos autónomos y heterónomos del desistimiento. Porque no se trata aquí de una simple alternativa, sino de definir el grado o la medida de los impedimentos externos que harán que el desistimiento tenga que valer como involuntario. De otro modo, toda complicación de la conducta delictiva, todo incremento del esfuerzo que exigía la ejecución y todo aumento del peligro de ser descubierto que mueve al autor a abandonar su plan delictivo ya debería excluir la voluntariedad del desistimiento, mientras que la capitulación ante un obstáculo insignificante precisamente puede ser expresión de una defectuosa decisión inicial del autor, por la que no se le debería obstruir el camino de regreso. Por ello, podría ser más correcto hablar

un desistimiento involuntario solo cuando los peligros o desventajas que implica la continuación del hecho tendrían, desde el punto de vista del autor, una intensidad desproporcionada, en comparación con las ventajas esperadas, de modo que al asumirlas fuera ostensiblemente irrazonable. Si en ese caso el autor interrumpe la ulterior ejecución, si, por tanto, se amedrenta ante el alto precio que tendría que pagar por el delito, no existiría mérito en su desistimiento.

Para hacer esa afirmación no es necesario ni tiene sentido recurrir a un parámetro gravado con la carga cliché de las “normas de la razón del delincuente” (o incluso: del “gremio de los delincuentes”) y reconocer el desistimiento como voluntario solo cuando este las contradice. De lo que se trata es de la cuestión de si el desistimiento aparece como el resultado de una pura ponderación de costos-beneficios; entonces no hay ninguna razón para privilegiarlo. Pero la cuestión de cuáles son los intereses a incluir en esta ponderación tiene que ser considerada desde la perspectiva del autor individual. El “delincuente” no existe. Así, por ejemplo; la circunstancia de que el autor de una tentativa de violación tenga que reconocer haber atacado a una conocida puede excluir la voluntariedad de su desistimiento si él se avergüenza de dañar precisamente a esa mujer.

Ciertamente, el hecho de que no haya razones externas que le impidan al autor la ulterior ejecución del hecho no debería bastar para asegurarle la impunidad, si el desistimiento no aparece a la vez como “retorno a las sendas del derecho”. En esa medida, es ineludible recurrió a la idea fundante del privilegio (o a las ideas fundantes). Esta restricción adquiere significación práctica, ante todo, cuando el autor —tal como sucede en el ya mencionado caso citado por el Tribunal Supremo Federal— en la sentencia interrumpe la ejecución de un delito solo para poder cometer otro que es más importante para el por cualquier razón.

La tentativa acabada queda impune si el autor impide voluntariamente la consumación del hecho (el llamado “arrepentimiento activo”).

En estos casos no basta el mero abandono del plan del hecho, porque el autor ya ha creado todos los presupuestos que le parecían neces-

rios para la producción del resultado. Por ello, tiene que lograr, por medio de medidas contrarias apropiadas, y, por cierto, voluntariamente, que no se produzca el resultado. A este respecto, no hay ninguna razón para exigirle al autor una conducta óptima de evitación, el agotamiento de todas las posibilidades de evitación que estuvieran a su disposición. Lo que se puede exigir es, solamente, que pueda serle imputado a él, como su obra, la falta de consumación del hecho.

A causa de ello, él también podrá requerir la ayuda de terceros, como buscar un médico o llamar a los bomberos. Si a pesar de sus esfuerzos en esa dirección no logra evitar el resultado, será punible por delito consumado.

Ello vale incluso cuando precisamente la acción produce el resultado que debía frustrar, por ejemplo; porque el autor, al transportar al hospital a la víctima gravemente herida, procede de modo tan inapropiado que se produce una complicación mortal. Aquí no le ayuda en nada al autor que ya no “quiera” el resultado en el instante de su producción: solo la ejecución de la acción-típica que estar regida por el dolo. Lo que resta es una desviación del curso causal real respecto del representado que podría existir, en todo caso, en el ejemplo dado, pero, la mayor parte de las veces tampoco sería esencial.

Si son otras causas que las medidas contraproducentes de quien desisten las que evitan la producción del resultado, quedara eximido de pena ya por el esfuerzo serio y voluntario de impedir la consumación. De hecho, sería una injusta exageración de la idea del premio, sobre todo a partir del fundamento de la teoría subjetiva de la tentativa, castigar al autor solo porque de todos modos el resultado no podía producirse o ya no podía producirse. La regulación vale tanto para la tentativa inidónea de antemano como para la que se frustra posteriormente (fracasada); solo que el autor puede no saber aún que el resultado de todos modos no se producirá. Sus esfuerzos son “serios”, cuando emprende todo lo que habría tenido que hacer para evitar el resultado, también en caso contrario.

En todo caso, el desistimiento tiene que realizarse voluntariamente también en la tentativa acabada. En esa medida valen de modo irres-

tricto los principios explicados ya para la tentativa inacabada

Las consecuencias jurídicas serán, si están cumplidos todos los presupuestos de un desistimiento según el art. 24 del Cód. Penal alemán inc. 1º, el autor no es punible “por tentativa”. La ley misma expresa, con este giro, que la remisión de la pena no puede extenderse a los delitos consumados que posiblemente estuvieran contenidos —cualquiera que sea la relación concursal— en una tentativa precedente, tal como una lesión corporal consumada en la tentativa de robo o una privación de libertad consumada en la tentativa de violación, etc. (la llamada tentativa “calificada”). No tendría ningún sentido dejar impune el delito consumado solo por el hecho de que el autor tenía pensado cometer aun otros delitos o uno más grave.

Por lo demás, el efecto del desistimiento es estrictamente personal: solamente puede merecer la impunidad la misma persona que desiste, no, por ejemplo; los demás participantes en el delito. Eso se entiende por sí mismo, según la idea básica de la disposición.

Ciertamente, la atenuación de la pena que rige para la tentativa beneficia a todos los participantes, cuando el desistimiento de uno de ellos impide la consumación.

III. Desistimiento en el derecho penal de España

III.1. Evolución de la normativa española

La legislación española, como veremos, también ha tratado el tema del desistimiento en la tentativa. En el Código Penal español del año 1973, en el cuerpo legal anterior al que conocemos hoy en día, el tema se trató de una manera muy distinta. El art. 3º de dicho código establecía:

“Art. 3º.— Son punibles: el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

“Hay delito frustrado 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.

“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”.

Se puede apreciar que esta norma regulaba dos conceptos distintos: por un lado el delito frustrado, que era similar a lo que conocemos hoy por tentativa en nuestro derecho (cuando se comienza el *iter criminis* pero no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente); y por otro lado se regulaba la tentativa de una manera distinta, ya que se consideraba tentativa cuando existía un Principio de Ejecución por hechos exteriores, pero no se practicaban todos los actos de ejecución que debieran normalmente producir el delito por cualquier causa o accidente que no sea el “propio y voluntario desistimiento”. Es decir, la norma legislaba el concepto de “desistimiento en la tentativa” y efectivamente lo dejaba impune, pero el problema residía en que no hacía mención del desistimiento en el delito frustrado, que es la figura más acorde a lo que conocemos como tentativa hoy en día.

“En el Derecho Penal Español era tradicional una distinción, que se reflejaba también en la determinación de la pena, entre tentativa y frustración”, distinción que “se basaba en una diferencia objetiva valorativa entre una y otra figura, según su proximidad a la consumación del delito”, dice el doctrinario Francisco Muñoz Conde.

Este Código posteriormente fue derogado y reemplazado por el cuerpo legal en materia criminal que rige en la actualidad, que entró en vigor en el año 1995. En este nuevo código, el concepto de tentativa fue modificado de manera radical y se eliminó el de “delito frustrado”. El desistimiento, en esta norma, pasó a tener un concepto distinto del anterior, y fue tratado en el art. 16 con una redacción muy similar al que existe hoy en día:

“Art. 16.— 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

“2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

“3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta”.

La tentativa definida en el inciso primero no requería que el individuo cometa la totalidad de los actos que normalmente tendrían como consecuencia el delito, sino que bastaba con que se practiquen parte ellos, y establece también que en los casos de tentativa el delito no se producirá por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

El inciso segundo de esta norma refiere al concepto que aquí nos interesa, es decir; el desistimiento, estableciendo la no punibilidad de esta figura sin perjuicio de la responsabilidad que podría llegar a tener el sujeto si los actos ya ejecutados constituyen de por sí otro delito o falta. Por su parte, el inciso tercero, incluye la situación en la que intervenga más de un sujeto, situación que puede traer algunos problemas como veremos más adelante.

Continúa Muñoz Conde sosteniendo: “Por las dificultades prácticas que encierra (...) la distinción entre delito frustrado y tentativa (...) el actual Cód. Penal la ha suprimido, incluyéndose ahora en la definición de tentativa que da el art. 16, inc. 1º, tanto en el caso de que se practiquen todos, como solo parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado. Sin embargo, la distinción que se propone para sustituirla (tentativa acabada; tentativa inacabada) y las consecuencias prácticas que puede tener el que se considere que la fase ejecutiva del delito ha terminado, tanto en orden a la determinación de la pena, como al desistimiento de alcanzar la consumación (art. 16, inc. 2º),

obligan a plantearse el problema entre la ejecución completa e incompleta, tentativa acabada e inacabada”.

“El problema principal que se plantea en estos casos es si la terminación de la fase ejecutiva se debe precisar conforme a un criterio objetivo o subjetivo. Según lo expuesto anteriormente, el art. 16, inc. 1º, atiende a un criterio objetivo-formal, tanto para delimitar la diferencia entre acto preparatorio y acto ejecutivo, como para diferenciar la tentativa acabada de la inacabada. Común a ambas modalidades de la tentativa es que el resultado consumativo no se produce. Toda esta fase ejecutiva se determina por la percepción que, de los actos externos realizados, haga un observador imparcial”, prosigue el citado autor.

Para explicar la diferencia con más claridad, este recurre al ejemplo donde un sujeto coloca la bomba de relojería, pero se le olvida conectar el mecanismo, es decir, donde el sujeto cree haber realizado todos los actos de ejecución, pero objetivamente no los ha hecho. En este caso, explica el autor español, estamos en presencia de un supuesto de tentativa inacabada, por las mismas razones que si el autor cree haber consumado un delito, pero objetivamente este queda imperfecto, la consumación objetiva no se produce.

Sin embargo, prosigue Muñoz Conde, “en la determinación objetiva hay que tener en cuenta también el plan del autor para saber si la fase ejecutiva ha terminado o no; así, por ejemplo, si la explosión de la bomba depende de que un tercero, que incluso nada sabe, encienda el interruptor de la luz al que está conectada, habrá tentativa inacabada en la medida en que la actividad del tercero no se produzca. En cambio, si la producción del resultado ya solo depende del azar, una vez terminada la actividad ejecutiva, habrá tentativa inacabada: el autor dispara, pero no alcanza a la víctima. La conciencia del autor de si puede o no seguir actuando tras el fracaso de su acción inicial puede tener, sin embargo, relevancia a efectos de admitir el desistimiento”. Sin embargo, puede notarse la dificultad que puede llegar a presentar esta situación a la hora de la producción de la prueba.

III.2. Regulación actual del desistimiento

Desde el año 1995 a la fecha, el Código Penal español fue sufriendo distintas modificaciones. La última de ellas, que es la que rige en la actualidad, establece lo siguiente:

“Art. 16.— 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

“2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito.

“3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito”.

Como puede apreciarse, esta nueva redacción, a diferencia de la anterior, suprime la posibilidad de responsabilizar al individuo en caso de que haya incurrido en una falta a causa de los actos ya realizados, dejando solo la posibilidad de penarlo si hubiese constituido un delito distinto. Esto también se aplica en caso de multiplicidad de sujetos activos.

Algo fundamental es que el propio concepto de tentativa, según la norma actual, prevé al desistimiento voluntario como un elemento de definición de esta. Por eso, explica Santiago Mir Puig, que, en el Derecho Penal español, “el concepto de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario”, y que es por esa razón que la doctrina mayoritaria de dicho país considere que el desistimiento configura un “elemento negativo del

tipo de la tentativa, y no solo causa de exclusión de la punibilidad.”

III.3. Fundamentos de la impunidad del desistimiento

No podríamos darle al desistimiento el mismo efecto jurídico que acarrea el delito cuando se haya consumado, ya que lo que el legislador busca al no punir el desistimiento es, en miras de principios del derecho penal liberal, no aplicar una pena a quien no ha cometido un delito o, dicho de otra forma, a quien ha comenzado la ejecución del delito y posteriormente ha desistido del mismo evitando así la consumación.

Si se penara el desistimiento, sería una grave violación a varios principios limitadores del derecho penal, tales como lo son: el principio de lesividad, puesto que es posible admitir que en la tentativa este principio no se viola por el riesgo en el que se ve envuelto el bien jurídico, es decir la proximidad a su afectación, pero no sería sostenible en el caso de un desistimiento de la tentativa, donde si en algún momento hubo proximidad a la afectación del bien jurídico, este dejó de estar en riesgo en el momento en que el individuo desiste de consumir del delito; el Principio de Culpabilidad, ya que no se ajustaría a la personalización de la pena, ni podría esta conducta serle reprochable penalmente al individuo que si bien en algún momento comenzó a realizar actos para la ejecución del delito, posteriormente evita la consumación del mismo con su desistimiento; y el Principio de Legalidad, toda vez que si no hay delito, mal se podría penar la mera acción que no produzca el resultado disvalioso. Por otro lado, se vería afectado el subprincipio de certeza que implica la legalidad.

En este sentido, sostiene Mir Puig que en España “se acogen generalmente fundamentaciones de cuño político-criminal”, las cuales pueden ser “teorías que fundamentan la impunidad en la desaparición de la necesidad de la pena en orden a la prevención”. Así, continúa remarcando: “[E]l castigo de la tentativa no solo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición

de la conducta (también *ex ante*), pero si pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena”.

Aclara, sin embargo “[C]abe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino solo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena”.

Por su parte, prosigue señalando Muñoz Conde: “Es un principio generalmente admitido que, en la tentativa, tanto si se han realizado ya todos los actos de ejecución del delito, como si solo se ha realizado una parte de ellos, el desistir voluntariamente de la consumación del delito produzca, por razones político-criminales y preventivas evidentes (“a enemigo que huye, puente de plata”), la impunidad del que desiste. Esta impunidad se configura como una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria, siempre que se den los requisitos que expresamente exige el art. 16, inc. 2º: voluntariedad del desistimiento y evitación de la consumación”.

III.4. Requisitos del desistimiento

Para que el desistimiento sea impune, es necesario que se den algunos requisitos: en el aspecto subjetivo, la voluntad del individuo en desistir de su tentativa; y en el aspecto objetivo, la evitación de la consumación del delito.

El desistimiento, como ya hemos observado, es una figura que implica la no punibilidad del individuo. Ahora bien, lo primero que hay que remarcar es que se debe tratar de un desistimiento *efectivamente voluntario*, puesto que de lo contrario sería muy difícil marcar la diferencia entre esta figura y la tentativa inacabada. Por otro lado, la norma española establece que tal desistimiento debe tener por consecuencia la *no consumación del delito*. No es válido para excluir la aplicación de la pena el desistimiento que no logra este fin.

El primer elemento, la voluntariedad, nos dice Muñoz Conde: “[E]s una determinada actitud psíquica del que desiste, que, desde el punto de vista preventivo, se considera merecedora de impunidad”. Para que esto ocurra son necesarios, sin embargo, algunos requisitos: “En primer lugar, el desistimiento podrá conducir a la

impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad del que desiste conseguir la consumación; por el contrario, si en un determinado momento el autor ha errado su meta y no puede conseguirla, aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento (tentativa fracasada propia)". Para explicarlo más gráficamente, el autor da ejemplos como "si el agresor sexual eyacula prematuramente antes de la penetración, o la pistola se encasquilla, o la gonzúa se rompe, las tentativas de violación, homicidio o robo siguen siendo punibles, ya que el resultado consumativo no se produce por causas independientes de la voluntad del agente y no por su propio y voluntario desistimiento."

Sin embargo, hay que tener en cuenta algunas cosas. Por eso dice el autor español: "[S]i el sujeto, tras este primer intento fracasado, puede conseguir todavía su meta, si sigue actuando o se sirve de otro medio, se da la llamada tentativa fracasada impropia, y entonces si puede plantear el problema del desistimiento", aunque aclara que para que eso pase, no solo va a ser necesario que el desistimiento sea posible sino también definitivo. Y ese desistimiento definitivo va a ser medida "con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante. Por eso debe considerarse definitivo, por ejemplo, el desistimiento del que renuncia a consumir la agresión sexual porque la mujer promete entregarse voluntariamente en otro lugar, más tarde".

Además de la voluntariedad, como mencionamos anteriormente, es necesario que concorra otro requisito, y es la evitación del resultado dañoso o de la consumación del delito. También aquí seguimos al autor Muñoz Conde, quien explica: "La conducta del sujeto puede manifestarse de un doble modo: bien desistiendo de la ejecución ya iniciada cuando eso es suficiente para evitar la consumación (supuestos de tentativa inacabada); bien impidiendo la producción del resultado consumativo, cuando el grado de ejecución alcanzado requiera un desistimiento activo y no un mero dejar de actuar (supuestos de tentativa acabada)".

Por su parte, el autor Mir Puig dice un poco más claramente: "[E]l desistimiento debe adoptar formas distintas en la tentativa acabada —cuando el sujeto haya terminado su intervención— y en la inacabada —cuando el sujeto no haya terminado todavía su intervención—. Mientras que en la tentativa inacabada basta con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa, basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso algo más: un desistimiento activo (incorrectamente, arrepentimiento activo) consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado".

Muñoz Conde aclara, sin embargo: "[S]i el delito, a pesar del desistimiento, se consuma (la bomba explota, el herido fallece, etc.), en principio no hay lugar para la impunidad. Lo cual no quiere decir que haya que castigar necesariamente por delito consumado doloso. Los casos de desistimiento voluntario malogrado, porque el azar hizo que, a pesar de los esfuerzos del que desistió para evitarlo, el resultado consumativo se produjera, deben ser tratados como supuestos de concurso real entre la tentativa de delito doloso con la atenuante de arrepentimiento u otra análoga y el resultado consumado por imprudencia, si se dan los requisitos de esta forma de imputación." Pero aclara también que, si se llega al resultado sin dolo ni imprudencia, o sea de manera fortuita a pesar del desistimiento, en estos casos el autor "no responderá de él ni tampoco de la tentativa de la que ha desistido voluntariamente".

III.5. Valoración de la voluntariedad en el desistimiento

Mir Puig explica que, en España, "un sector doctrinal prefiere decidir la valoración jurídica del desistimiento en función de si elimina o no la necesidad de prevención general o especial. La necesidad de prevención general desaparecería solo cuando el desistimiento eliminase el mal ejemplo para la colectividad, y la prevención especial únicamente demostrase la vuelta del sujeto a la legalidad".

El problema reside en que, en muchos casos, el desistimiento puede ser voluntario, aunque no parezca de ninguna manera suficiente para la impunidad (el ejemplo que da el autor es: el

ladrón deja de tomar el dinero de la caja, aunque podría hacerlo, porque oye llegar a la policía). Por eso, ante la fórmula que implica que “el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación, aunque puede”, se plantea que en realidad debería exigirse “que el sujeto pudiera racionalmente, según la experiencia, llegar a la consumación”.

Por eso, algunos doctrinarios españoles han elaborado teorías valorativas al respecto, estableciendo que, para valorar la voluntariedad del desistimiento, debería hacer una valoración ética de los motivos del desistimiento, o una valoración jurídica de los mismos.

El problema, planteado por Mir Puig, es que estas teorías “han de superar el obstáculo que representa la letra de la ley, que concede la impunidad a todo desistimiento voluntario, sin distinguir, y convierte en contra reo la restricción del ámbito propio del desistimiento voluntario. Tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se entiende como una forma de ampliación analógica de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre el desistimiento voluntario por analogía con los que no lo son), y solo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de una interpretación restrictiva de los términos legales voluntariamente, desistiendo de la ejecución e impidiendo la producción del resultado. Así, si por las razones político-criminales indicadas el desistimiento voluntario se entiende en el sentido estricto de desistimiento voluntario del plan del sujeto: quien deja de disparar a su víctima ante la irrupción de la policía, desiste de la consumación cuando está todavía era materialmente posible, pero si lo hace es porque ya no puede realizar su plan tal como lo había decidido (sin la presencia de la policía), por lo que no desiste voluntariamente de dicho plan”. Por esto, concluye: “[N]o sería desistimiento voluntario la decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de interesarle según su plan”.

Muñoz Conde realiza, por su parte, una distinción entre definitividad y voluntariedad, ya que, si bien son conceptos complementarios para que se configure el desistimiento, de ningún modo son sinónimos. Por eso sostiene que la voluntariedad “depende de la valoración de

los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial, etc.). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivos, valiosos y deben conducir siempre a admitir voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho Penal. Así, por ejemplo, el miedo abstracto a la pena (el sujeto desiste porque teme la pena que puede imponérsele), debe considerarse, desde el punto de vista preventivo, como un motivo que merece la impunidad y, por lo tanto, el desistimiento como voluntario. El miedo concreto a la pena (el sujeto que desiste porque ha sido descubierto, porque va a ser detenido a la salida del lugar del robo, etc.), debe, por el contrario, ser valorado desde el punto de vista preventivo, negativamente. El desistimiento por esta causa debe considerarse, por lo tanto, involuntario y no excluyente de la pena. El miedo ante los peligros que encierra la realización del delito (saltar un despeñadero para llegar al lugar del delito, vencer la resistencia de la víctima) y el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado merecen, generalmente, la impunidad, ya que refleja una actitud poco decidida a cometer el delito”.

III.6. Alcance del desistimiento

En la faz subjetiva, el desistimiento en la tentativa solo va a producir efectos respecto del que desiste, sin perjuicio de que, si en caso de que hayan intervenido más de una persona en la ejecución de los actos y todos ellos desistieran, este desistimiento será válido para todos ellos, tal como plantea el art. 16, inc. 3º.

Por eso, manifiesta Muñoz Conde: “[L]a eficacia excluyente de pena de desistimiento voluntario de consumir el delito alcanza solo al que desiste, por ser una causa penal de exclusión de la pena o excusa absolutoria”.

Puede darse el supuesto de que haya muchos intervinientes y no todos ellos desistan. En este tipo de casos, “la impunidad solo alcanza a los

que efectiva y voluntariamente desisten, es decir, a los que impiden o intenten impedir seria, firme y decididamente la consumación, aunque esta se produzca.” Nótese que, para la opinión de este autor, sería suficiente con que la persona intente impedir de manera serie, firme y decidida la consumación del delito, por lo que en estos casos adquiere vital importancia el requisito de voluntariedad, pero pierde fuerza el de la efectiva evitación del resultado dañoso, “lo que es una confirmación de lo que antes decíamos respecto al desistimiento malogrado, en la medida en que en estas condiciones, si el resultado consumativo, a pesar de todo, se produce, el partícipe que desistió queda impune, tanto por el resultado consumativo, como por la tentativa.”

Por otro lado, explica Mir Puig que al igual que en tentativa acabada, “los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro —la implicación de otras personas— que se independiza del sujeto y que, si este no hace nada positivo para impedirlo, puede desembocar en la producción del delito. Para que el desistimiento de los actos preparatorios punibles merezca la impunidad tendrá que ser activo, de manera que contrarreste el peligro creado: deberá suponer la retirada completa de la aportación al hecho. Pero ello no requerirá necesariamente impedir el delito, ni equivale a hacer todo lo posible por conseguirlo, que puede no ser suficiente o, al contrario, no ser necesario para aquella retirada. Este planteamiento ha sido acogido solo en parte por el actual art. 16, inc. 3º, que no se refiere expresamente a los actos preparatorios punibles, pero que resulta perfectamente aplicable a la conspiración, la proposición, y la provocación, en la medida en que estas figuras suponen la intervención de varias personas en el hecho”.

En la faz objetiva o material, podemos apreciar que tanto el inciso segundo (al regular el caso del único autor) como el tercero (al referirse a varios intervinientes) del mencionado art. 16, prevén que el desistimiento solo alcanzara al delito que fue desistido, pero no va a producir efectos sobre los delitos que pueden haberse consumado con los actos ya ejecutados. Por eso expresa Muñoz Conde: “[S]i la tentativa constituye ya un delito consumado (tentativa cualificada), la impunidad por desistimiento no alcanza a este. Así, por ejemplo, el desistimiento de un homicidio o asesinato intentado no exime

de pena por las lesiones consumadas, ni el de la agresión sexual cualificada por el acceso carnal del atentado contra la libertad sexual que ya se ha realizado”.

III.7. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento

Finalmente, para seguir con el desarrollo y estudio del tema en cuestión, tomando como referencia el derecho español, cabe hacer referencia a un artículo realizado por la Doctora Carmen Alastuey Dobón, Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza. En el escrito, se utiliza el concepto de desistimiento para diferenciar lo que sería “tentativa acabada” y “tentativa inacabada”, ya que, según palabras de la autora, donde la doctrina ve en mayor medida la distinción entre tentativa inacabada y acabada es en materia de desistimiento.

Ahora bien, para entender lo que es el desistimiento en la tentativa, Carmen Alastuey Dobón hace referencia al art. 16, inc. 2º del Código Penal español, “en cuya virtud si el autor de una tentativa de delito evita voluntariamente la consumación quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado”. Dicho en otras palabras, si la razón por la que el delito no se consuma es porque el autor voluntariamente evita la consumación, la tentativa queda impune.

Uno de los temas controvertidos según la profesora, en cuanto al instituto analizado, es cómo puede el sujeto evitar la consumación, y lograr en consecuencia la impunidad si lo hace voluntariamente, tras haber llevado a cabo actos ejecutivos que determinan la existencia de una tentativa. La doctora, se apoya en el mencionado art. 16, inc. 2º, el cual indica dos maneras: “[B]ien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado”. Sin embargo, no conforme con ello y, en primer lugar, apoyándose en la generalidad de la doctrina, explica: “[U]nánimemente se afirma que aquí aparece de nuevo la distinción entre tentativa inacabada y acabada. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia dan por supuesto que la primera modalidad de desistimiento a la que alude el artículo va referida a los casos de tentativa inacabada y la segunda, en cambio, a la acabada, pues si se han practicado solo parte de los actos ejecutivos precisos para

la producción del resultado bastará con suspender la ejecución para lograr que el delito no se consume, esto es, será suficiente con un desistimiento pasivo, mientras que si se han concluido todos los actos ejecutivos hará falta un desistimiento activo, es decir, una conducta por parte del sujeto que impida que la ejecución completa desemboque en la consumación. En consecuencia, se acepta como algo que no puede ser objeto de discusión que la tentativa inacabada va ligada a un desistimiento pasivo y la tentativa acabada a un desistimiento activo. De manera que, por ejemplo, si tras encarar el arma con dolo de matar a otro, el sujeto apunta, pero no llega a disparar, habrá un desistimiento (pasivo) en una tentativa inacabada. En cambio, quien ha planeado matar a otro haciendo estallar una bomba a una determinada hora, después de haber preparado todo el mecanismo tiene que desactivarla para evitar la consumación desistimiento (activo) en una tentativa acabada.”

Aun así, ella considera: “[N]inguno de estos dos enfoques que gozan de tan amplio reconocimiento doctrinarios conduce a resultados plenamente satisfactorios, por la sencilla razón de que la regulación del desistimiento y, por ende, las decisiones que se adopten en la interpretación de dicha regulación se basan en consideraciones político-criminales ajenas por completo a la delimitación dogmática entre las dos formas de tentativa (acabada e inacabada)”. Según la doctora Alastuey Dobón, si siguiéramos el enfoque en los cuáles se apoya la doctrina mayoritaria, no se podrían resolver los supuestos en los que el sujeto, tras haber realizado actos ejecutivos idóneos para producir el resultado, pero que en contra de lo esperado no han desembocado en él, podría aún perseguir la consumación con ulteriores actos, bien poniendo en práctica los mismos medios utilizados en la primera ocasión, bien recurriendo a medios distintos (un ejemplo es el caso de quien dispara a otro con ánimo de matarle, pero la bala no da en el blanco y el sujeto no continúa disparando, a pesar de que podía hacerlo —y lo sabía—, pues disponía de más balas en el cargador y la víctima estaba a tiro todavía).

Para resolver esta cuestión, hay que decidir si cabe entender que la renuncia del sujeto a continuar disparando merece considerarse como un desistimiento que, de ser voluntario, daría

lugar a la impunidad de la tentativa o si, por el contrario, ya no es posible desistir.

Para responder esto encontramos dos tesis:

— *Teoría de la consideración global*, a partir de la cual se entiende la tentativa como no (definitivamente) fracasada en tanto en cuanto el sujeto pueda todavía perseguir la producción del resultado realizando actos ejecutivos que se encuentren inmediatamente conectados con los llevados a cabo hasta entonces, con independencia de que haya habido previamente fracasos parciales y, por lo tanto, el abandono voluntario da lugar a la impunidad de la tentativa. Para los defensores de esa tesis, los ejemplos son de tentativa inacabada, puesto que para desistir basta con un mero abandono de la ejecución.

— *La consideración individualizada*, cuyos representantes consideran la tentativa ya fracasada tras el primer intento apto para producir el resultado, con lo que queda excluido el desistimiento. Para quienes abogan por este planteamiento, la tentativa está acabada en estos ejemplos, con lo que solo es posible un desistimiento activo que aquí no puede realizarse, pues no hay resultado cuya producción evitar.

En defensa de la consideración individualizada es frecuente alegar que no puede legitimarse la exención de pena por desistimiento cuando al sujeto ya se le ha ido por completo de las manos el suceso, aunque renuncie a continuar con la ejecución. Si el resultado no se produjo fue por azar, y también se debe únicamente a la casualidad que al sujeto se le presente la opción de continuar actuando, por lo que, si bien es meritorio el hecho de abstenerse de utilizar sus posibilidades de ultimar la ejecución, ello no es suficiente para lograr la impunidad: si llegó tan lejos, merece ser castigado.

Por su parte, Jakobs llega a las mismas conclusiones desde su ya conocida contraposición entre modificación del hecho y comportamiento posterior al hecho: solo cabrá el desistimiento en los hechos que aún sean susceptibles de modificación, y lo son aquellos respecto de los cuales el sujeto no ha perdido el dominio; por el contrario, cuando el sujeto pierde aunque sea solo una posibilidad de influir en el suceso, lo

que haga a partir de entonces ya no puede considerarse modificación del hecho (desistimiento), sino comportamiento postdelictivo.

Ahora bien, el sector doctrinal que critica esta concepción se apoya básicamente en que esta teoría no puede explicar por qué en los casos indiscutidos de tentativa acabada en los que el sujeto tras ejecutar una acción cuenta con la posibilidad de que se produzca el resultado cabe obtener la impunidad por desistimiento —activo— mientras que en los casos aquí estudiados se cierran todas las puertas al desistimiento. Es decir, quien dispara y no da en el blanco no puede desistir, pero si hiere de gravedad a la víctima puede conseguir aún la impunidad por la tentativa si evita la producción del resultado. Pero lo cierto es que algunos de los defensores de la teoría de la consideración individual no incurrir en esta contradicción, pues tampoco aceptan la posibilidad de desistimiento en el segundo ejemplo.

Por su parte, la profesora Alastuey Dabón cree: “[A] la hora de solucionar los casos propuestos ni la teoría de la consideración global ni la de la consideración individualizada pueden asumirse, aplicándolos a la legislación española, en todos sus términos, pues la primera, si bien acierta en la solución del desistimiento, llega a conclusiones equivocadas en la calificación de la tentativa, mientras que la segunda delimita de forma correcta la tentativa inacabada y la acabada, pero resuelve inadecuadamente la cuestión del desistimiento. Por el contrario, va a defenderse aquí una *tercera solución*: en los casos mencionados la tentativa está acabada, si bien cabe el desistimiento, que en este caso consistirá en un abandono de los actos dirigidos a la lesión del bien jurídico (desistimiento pasivo)”.

Esta tercer postura nos dice que lo primero que hay que aclarar, es la delimitación entre tentativa inacabada y acabada y la cuestión del desistimiento deberá examinarse después y con independencia de la solución a la que se haya llegado previamente sobre la forma de tentativa, pues la respuesta a la pregunta de si cabe o no el desistimiento no depende de si la tentativa es inacabada o acabada, sino que debe extraerse del fundamento que se otorgue a la institución del desistimiento, esto es, al hecho de que la ley otorgue la impunidad por la tentativa al

sujeto que evita voluntariamente la consumación. En realidad, en materia de desistimiento ya no importa tanto si la tentativa es inacabada o acabada, sino que importa mucho más dilucidar cuándo cabe desistir tras haber llevado a cabo actos constitutivos de tentativa de delito y cuándo, por el contrario, ya no es posible acudir a la figura del desistimiento por entender que la tentativa ha fracasado.

Una vez que se ha tomado una decisión al respecto, en los casos en que se considere que la tentativa aún no ha fracasado, si el sujeto evita voluntariamente la producción del resultado, la tentativa deberá quedar impune. Es evidente que, para evitar la producción del resultado, el sujeto tendrá que omitir continuar con la ejecución, si basta con ello; o impedir la producción del resultado, cuando la ejecución haya llegado tan lejos que este podría acaecer a no ser que se haga algo para evitarlo. Pero una vez que se ha decidido que es posible desistir, no será problemático averiguar la forma que deba adoptar el desistimiento, pues vendrá dada por cómo sea necesario comportarse en el caso concreto para evitar el resultado.

La doctora, se ocupa de dejar en claro que según ella, la teoría de la consideración individualizada no acierta en sus soluciones en materia de desistimiento, ya sea porque no se ajusta a lo dispuesto en el Código Penal español en materia de desistimiento, pero puede añadirse además, como argumento de menor relevancia, que la tesis no favorece los intereses de la víctima, pues si el autor sabe que tras haber fallado un intento la renuncia a ulteriores actos ejecutivos no le va a proporcionar la impunidad por desistimiento, le resulta más rentable continuar con la ejecución hasta matar a la víctima, excluyendo así una posible denuncia y disminuyendo por tanto considerablemente el riesgo de ser descubierto. A su modo de ver, en materia de desistimiento, es la teoría de la consideración global la más acorde con el fundamento de la regulación del desistimiento, así como con la regulación vigente. En esta teoría, lo decisivo es la representación el autor tras haber llevado a cabo uno o varios actos ejecutivos que no han dado lugar a la consumación (horizonte del desistimiento). Si tras ese fracaso parcial la consumación todavía es posible y el sujeto lo sabe, la tentativa no ha fracasado aun definitivamente. La renuncia a

llevar a cabo actos ulteriores es un desistimiento que, en caso de ser voluntario, dará lugar a la impunidad de la tentativa.

Cierto es que existen críticas contra la teoría de la consideración global, ya que se aduce básicamente que extiende en demasía el ámbito de la aplicación de la regulación del desistimiento. Al autor le bastaría con alegar que conocía la posibilidad de seguir actuando y que contaba con medios para ello, pero que renunció a ponerlos en práctica, para lograr la impunidad de la tentativa, lo que le resultaría relativamente fácil, pues en muchas ocasiones se dan otras hipotéticas posibilidades de actuación. En realidad, si esta crítica ha estado presente es porque durante mucho tiempo no ha estado claro —y todavía no lo está del todo— cómo ha de establecerse la relación entre los actos ejecutivos ya llevados a cabo y aquellos que se muestran después todavía como posibles para conseguir consumir el delito. La objeción podría disiparse, por tanto, considerando que el desistimiento es únicamente posible cuando la renuncia del sujeto a practicar ulteriores actos ejecutivos pueda justificarse con argumentos objetivos.

La autora Alastuey Dobón concluye en defender la idea que para valorar el comportamiento de desistimiento hay que tener en cuenta lo que acontece en el momento en que el sujeto tiene abierta la posibilidad de desistir, es decir, de evitar la consumación. Ella sostiene: “[C]uando, tras la tentativa, aunque haya habido algún fracaso, el sujeto tenga todavía en sus manos la posibilidad de evitar el resultado —dejando de actuar o mediante un comportamiento activo— y así lo aprecie, cabe el desistimiento liberatorio de punibilidad”.

En suma, y a modo de conclusión, consideramos que la manera de clarificar aún más lo expuesto, citaremos un ejemplo de la doctora Dobón, quien cree y explica que merece la impunidad, tanto la tentativa de quien ha errado el tiro (o ha causado rasguños) y no continúa disparando, pudiendo hacerlo, como también la de quien causa heridas graves y evita la muerte mediante una conducta activa, siendo únicamente punibles las lesiones dolosas consumadas.

IV. Desistimiento: relación con las teorías del castigo

IV.1. La teoría del fin de la pena

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

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

de los casos sería “una mera ilusión y una especulación sin fundamento”.

Ciertamente, esto resulta también exagerado. Sin embargo, lo correcto es que la pregunta acerca de si, y en qué medida, el que desiste voluntariamente está curado de sus inclinaciones criminales hay que responderla de modo diferente según la situación del caso concreto. Pero ello no supone una objeción a la teoría del fin de la pena como tal, pues la supresión de la necesidad preventivo-especial del castigo en quien desiste voluntariamente no puede fundamentarse en absoluto tal y como lo hace el BGH. Y es que las “inclinaciones nocivas” no suministran todavía la justificación para la intervención penal en un Derecho penal del hecho. Más bien, dicha justificación se deriva, en el caso de la tentativa, de que el hecho concreto del delincuente muestra a un autor capaz y dispuesto a la comisión del delito, que ha mantenido su resolución criminal y al que solo las circunstancias exteriores han impedido la realización del hecho. La necesidad preventivo-especial de influir sobre el autor debe, pues, deducirse del suceso real, del “hecho” existente. Este presupuesto, sin embargo, no concurre en quien desiste voluntariamente. Este último ha regresado al ámbito de la legalidad en relación con el hecho intentado y sus inclinaciones al delito, quizá todavía existentes, suministran tan pocos motivos para un castigo como puede hacerlo cualquier otra persona que sea criminalmente peligrosa.

De ello se deriva una “teoría del fin de la pena modificada” que, a pesar de las diferentes acentuaciones de que es objeto, hoy resulta defendida mayoritariamente. Desde el punto de vista aquí sostenido esta teoría camina a favor de la impunidad de quien desiste voluntariamente según lo sentado anteriormente y en contra de malentendidos en la segura desaparición de las necesidades de pena de carácter preventivo-especial; también se resuelve a favor de la inexistencia de una necesidad de castigo desde una perspectiva preventivo-general. Y es que la peligrosidad de la tentativa, cuyo fundamento punitivo elemental cede, es ya eliminada por el propio autor que desiste; asimismo, la impresión de una perturbación jurídica, que todavía puede llevar consigo la punibilidad de tentativas carentes de peligro, es igualmente eliminada

por la voluntariedad del desistimiento. El autor que abandona a tiempo y de forma voluntaria no suministra un mal ejemplo a la colectividad, sino que, hasta cierto punto, confirma la vigencia del Derecho que al final se ha impuesto en su comportamiento. Si en la tentativa acabada el autor no logra impedir el acaecimiento del resultado, entonces existe una lesión del bien jurídico protegido que exige ser castigada por motivos preventivo-generales. La buena voluntad del autor dispuesto a retroceder no es suficiente para hacer decaer la necesidad de pena; aquí, como de costumbre, la necesidad de pena solo se deriva de razones preventivo-generales. Por el contrario, también un esfuerzo infructuoso del autor conduce a la impunidad si el hecho no es consumado sin su intervención. Como en este caso ha estado ausente el resultado, las necesidades de pena de corte preventivo-general son sustancialmente menores, de modo que el “retorno” del autor relevante a efectos preventivo-especiales puede ser galardonado con la impunidad.

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

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

La Teoría del Fin de la Pena, por tanto, es apta para servir como modelo interpretativo del desistimiento voluntario. No obstante, también en esta construcción los acentos se distribuyen según cual sea la teoría de la pena que cada autor defienda. Si como hace el BGH —de modo diverso a mi opinión— en el marco de los fines de la pena, junto a la prevención, se asigna también significado a la retribución, puede adver-

tirse que el “Ordenamiento jurídico infringido” no precisa de una reparación retributiva en un hecho al que el autor ha renunciado voluntariamente. A menudo destacará solo la desaparición de la impresión jurídicamente perturbadora. Ello descansa en parte sobre la preferencia de la prevención general en la teoría de la pena y, en parte también, sobre la mala interpretación del aspecto preventivo-especial en la BGHSt 9, 52. Pero también el topo preventivo-especial de la “puesta a prueba” del autor es aislada y situada en un primer plano.

IV.2. Las teorías jurídicas (Rechtstheorien)

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

A este planteamiento se le puede oponer que el suceso externo e interno, como tal, no puede ser anulado retrospectivamente y eliminado sin más. La tentativa permanece, aunque a la misma le siga el desistimiento. Pero, desde una “consideración global”, ello no impide una exclusión de la antijuricidad tal y como hace Binding. También salta a la vista que, normativamente, no debe existir una tentativa de homicidio antijurídica cuando, por ejemplo, el autor salva posteriormente a la víctima herida. No obstante, las consecuencias que de ello se derivan para la participación hablan en contra de una exclusión del injusto penal. De lo contrario, el inductor y el cómplice deberían quedar impunes. No resulta comprensible por qué la impunidad del interviniente inmediato debe favorecer a un extraño que no ha desistido y que nunca quiso hacerlo.

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

IV.3. La teoría del puente de oro

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

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

promovidas acciones del autor que sirvan para evitar el daño amenazador”.

Esta teoría vuelve a encontrar partidarios sobre todo en la clásica formulación negativa que de la misma hizo Feuerbach. Este autor escribe al respecto lo siguiente: Si el Estado no deja impune a la persona que se arrepiente del hecho ya comenzado, entonces en cierto modo se le apremia para su consumación; y es que el infeliz que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe de cualquier modo que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la terminación del hecho. Actualmente, es Puppe quien se caracteriza por la asunción de esta idea al señalar que cuando se trata “de tender al autor el “puente de oro” y mantenerlo todo el tiempo posible (...), es por la oportunidad de rescatar a la víctima. La oferta de impunidad puede ser un medio difícilmente adecuado para motivar al autor a evitar el resultado, pero elimina un obstáculo psicológico que consistiría en que con la tentativa se asegura definitivamente la punibilidad del autor”. El giro aquí manifestado hacia el pensamiento moderno de protección de la víctima ha sido completado por Weinhold, una discípula de Puppe. De acuerdo con ella, “es consecuente aplazar la pretensión punitiva estatal en tanto que esta se oponga al interés de la víctima. La imagen del “puente de oro” que debe serle tendido al autor, muestra en este sentido una desfiguración del concepto que precisamente no es importante para aquel”. Por lo demás, también en la nueva literatura es defendida reiteradamente la “variante de Feuerbach”, que por lo menos se esboza junto con otros planteamientos fundamentales.

Sin embargo, y con razón, la teoría del puente de oro se ha situado actualmente en una posición marginal. Una objeción contundente en su contra viene constituida por la circunstancia de que el motivo que debe conformar la razón del desistimiento no tiene lugar en la praxis. “Las sentencias del RG y del BGH no contienen ni un solo caso en el que el autor haya retrocedido durante la tentativa por haber querido beneficiarse de la impunidad”. Ulsenheimer ha extendido esta comprobación a todas las sentencias dictadas en lengua alemana. También el BGH (E 9, 52) se ha apartado de la idea del “puente dorado”: “El autor, en la mayoría de los supuestos,

[...] no piensa en absoluto durante la tentativa en las consecuencias jurídico-penales”. Aquel “tampoco alcanza precisamente el desistimiento por consideraciones de esa naturaleza, aun cuando debió emplearlas para hacerlo”.

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

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

En contra de la teoría del puente de oro también habla el hecho de que, incluso aunque fueran reales sus presupuestos psicológicos, no puede explicar suficientemente el criterio de la voluntariedad. Precisamente cuando el autor se ve descubierto pudiendo todavía consumar el hecho, pero contando ya con su posterior detención, la promesa de impunidad puede constituir un poderoso motivo para que prescinda de la realización del tipo; por otra parte, en cambio, la consideración de ser castigado de una forma u otra podría impulsarle hacia la consumación. Puesto que en la actualidad la voluntariedad

del desistimiento en los casos mencionados es rechazada generalizadamente, también debería surtir efecto despenalizador el desistimiento involuntario para poder tenderle al autor un puente de oro que favoreciera a la víctima. Pero precisamente esto no sucede. Las suposiciones de la teoría del puente de oro también son ambivalentes cuando se toman por base hipotéticamente. Ciertamente que la promesa de impunidad serviría a la protección de la víctima. Pero la posibilidad de poder salir todavía impune del apuro también podría, por otro lado, incitar a la tentativa o, en su caso, a la consumación; de este modo, también sobre la base de su —incorrecta— premisa queda sin resolver si la teoría del puente de oro podría contribuir con algo a evitar la comisión de hechos punibles.

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

IV.4. La teoría del perdón o del premio (Gnaden-oder Prämientheorie)

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

palabras: concederle el perdón”. Wessels lo expresa del siguiente modo: la Ley recompensa el mérito de la elección voluntaria del desistimiento con la concesión de la impunidad.

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

Lo mismo sucede con la teoría de Jäger, en cuya opinión “el motivo decisivo para la liberación de la pena” reside “en la inversión de la puesta en peligro que se provoca o, al menos se persigue, a través del desistimiento”. Seguramente que la inversión de la puesta en peligro, tal y como siempre se ha entendido este criterio, constituye un mérito. Pero si se pregunta por qué conduce este a la impunidad, también Jäger acaba regresando a la teoría del fin de la pena puesto que acepta la falta de merecimiento de

pena cuando el autor acredita su eficacia invirtiendo la concreta puesta en peligro existente o, en la medida en que esta no concurra, intentando una inversión.

IV.5. Teoría del resarcimiento de la culpabilidad (Schulderfüllungstheorie)

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

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

cisiva de por qué el legislador renuncia a la pena queda sin contestar.

Una segunda objeción en contra de la teoría del resarcimiento de la culpabilidad reside en que no puede explicar el decisivo criterio de la voluntariedad en todas las formas en las que se manifiesta el desistimiento liberador de la pena. Y es que también el desistimiento que no tiene lugar voluntariamente e, incluso, la tentativa fracasada (resultante de la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución del hecho) “liquidan” el delito sin que tenga lugar la impunidad. Naturalmente que ello también es percibido por *Herzberg*, pero lo explica sobre la base de que el legislador, junto al principio de liquidación, también toma en cuenta puntos de vista preventivos. El ladrón que es descubierto por el habitante de la casa y que por ello abandona su botín cumple con el deber de respeto hacia la propiedad ajena, pero con ello únicamente salda su responsabilidad civil. En los supuestos de autodesactivación de una tentativa (fracaso) y de involuntariedad del desistimiento, el Derecho penal, al igual que en el caso de la reparación del daño tras la consumación del delito, ha mantenido su propio criterio de una pena absolutamente preventiva. Así pues, para *Herzberg* la regulación del desistimiento se explica por la “relación de tensión” entre el Principio de Liquidación y las necesidades de prevención. De ello se deriva, sin embargo, que en realidad también para él son decisivos los puntos de vista preventivos en la punibilidad de la tentativa, de modo que no es la “liquidación” sino, en su caso, la ausencia de necesidades preventivas lo que fundamenta la impunidad. De este modo, *Herzberg* se vuelve en contra de su punto de partida en el que tan vehementemente había combatido la teoría del fin de la pena.

Aunque solo sea a título secundario, junto a estas debilidades nucleares de la teoría del resarcimiento de la culpabilidad se ha mencionado asimismo la circunstancia de que, también ante la existencia de voluntariedad, la idea de liquidación no casa bien con muchas de las manifestaciones del desistimiento. En la tentativa inidónea, donde desde un princi-

pio no amenaza ningún peligro, no hay nada por liquidar y a pesar de ello es posible el desistimiento voluntario. Cuando se vislumbra el efecto de la liquidación en la eliminación de la impresión jurídicamente perturbadora originada por la tentativa se alcanza de nuevo la teoría del fin de la pena. También me parece incompatible con la teoría del resarcimiento de la culpabilidad, según la cual una actividad “voluntaria y seria” pero infructuosa y, con ello, carente de efecto liquidatorio alguno, conduce a la impunidad.

V. Bibliografía consultada

ALASTUEY DOBÓN, María del Carmen (Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza), “Revista de derecho penal y criminología”, 3ª época, nro. 5, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2011, ps. 13-54.

BAIGÚN, David - ZAFFARONI, Eugenio R. (dirs.) - TERRAGNI, Marco A. (coord.), “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., t. 2A, ps. 197-246.

DONNA, Edgardo A., “El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, t. I, ps. 442-446.

JAKOBS, Günther, “Estudios de Derecho Penal”, Civitas, Madrid, 1997.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Revista de Estudios de la Justicia”, nro. 4, 2004, ps. 165-175.

MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal, Parte General”, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2012, 9ª ed., ps. 365-369.

MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, “Derecho Penal, Parte General”, Tirant Lo Blanch Libros, Valencia, 2004, 6ª ed., ps. 422, 423 y 426-429.

RIGHI, Esteban, “Derecho Penal. Parte General”, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 427-430.

ROXIN, Claus, “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal”, *Revista*

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RE-CPC 03-03 (2001), Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, trad. elaborada por el Dr. Miguel Olmedo Cardenete.

— “Derecho Penal, Parte General. Fundamentos, La estructura de la Teoría del delito”, Civitas, Madrid, 1997.

RUSCONI, Maximiliano, “Derecho Penal. Parte General”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 476-487.

ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA Alejandro - SLOKAR, Alejandro, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Ediar, Buenos Aires, 2005, ps. 655-662.