

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?*

José Leandro Reaño Peschiera **

Bruscamente la tarde se ha aclarado
 porque ya cae la lluvia minuciosa.
 Cae o cayó. La lluvia es una
 cosa que sin duda sucede
 en el pasado.

Jorge Luis Borges¹

I. Prolegómenos ***

La transformación normativa que experimenta un hecho que transita de la «preparación» a la «tentativa» es de carácter cualitativa, pues con tal salto se afirma la intolerabilidad jurídico-penal del comportamiento. Luego del inicio de la tentativa, *algo* merecedor de pena ha quedado ya *consumado* en el

* El presente texto tiene origen en la ponencia que diserté la tarde del miércoles 12 de mayo de 2004 en el Seminario del Área de Derecho Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España), que dirige el profesor doctor Jesús-María Silva Sánchez. Deseo expresar mi agradecimiento a los profesores doctores Jesús Silva Sánchez, Guillermo Benlloch Petit y Ricardo Robles Planas por las valiosas conversaciones mantenidas durante la preparación de este texto, aunque debe advertirse que las ideas aquí expuestas son de exclusiva responsabilidad del autor. A pesar de las similitudes que en términos generales presentan los ordenamientos español, alemán y peruano en materia de «desistimiento voluntario» de la tentativa, se ha considerado conveniente introducir algunas referencias expresas a dichas legislaciones únicamente con el fin de destacar las pequeñas divergencias existentes, pues el tema aquí abordado se centra en los fundamentos de dicho instituto jurídico-penal y, por lo tanto, las conclusiones defendidas resultan generalizables con independencia de las particularidades de una determinada regulación positiva.

** Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

¹ BORGES, Jorge Luis. «La Lluvia». En su *El hacedor*. Buenos Aires: Emecé, 1960.

*** Abreviaturas empleadas: BGH (Bundesgerichtshof): Tribunal Supremo alemán; CP73: Código Penal español derogado; CP91: Código Penal peruano vigente; CP95: Código Penal español vigente; StGB (Strafgesetzbuch): Código Penal alemán vigente; RJA: Repertorio Jurisprudencial Aranzadi; STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; TS: Tribunal Supremo español.

hecho² y, recién a partir de ese momento, el instituto del «desistimiento voluntario» despliega su operatividad como excepción a la punibilidad general del injusto intentado. Antes del inicio jurídico-penal de la ejecución, la regla es la impunidad y toda revocación de un intento cuyo sentido aún no sea interpretable como delictivo debe valorarse únicamente como ejercicio de la libertad jurídicamente garantizada y no como acto excluyente de relevancia penal, pues esta nunca cristalizó.

A primera vista, sin embargo, la existencia de una diferencia valorativa entre un acto preparatorio revocado antes de que ingrese en fase de tentativa y una tentativa desistida antes de la consumación podría cuestionarse a partir de la definición legal del artículo 16.1 CP95.³ En dicho precepto, se supedita la sanción de la tentativa a la no producción del resultado «*por causas independientes de la voluntad del autor*»: ¿se quiere decir con ello que no hay tentativa cuando el resultado no se produce por causas dependientes de la voluntad del autor? A diferencia de la técnica seguida por el StGB⁴ y por el CP91,⁵ el legislador español ha optado por regular la impunidad

² JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». Trad. de Enrique Peñaranda Ramos. En *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 325; id. «Consumación material en los delitos de lesión contra la persona. Al mismo tiempo, una contribución a la generalización de la parte especial». Trad. de Sergi Cardenal Montraveta. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 4, 2002, p. 13: 3.

³ Artículo 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 éste 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 otros fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

⁴ §22.- «Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo». §23.- «1. La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un hecho sólo es punible cuando la ley expresamente lo determina. 2. La tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado (§ 49 inciso 1). 3. Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional (§ 49 inciso 2)». § 24.- «1. No será castigado por tentativa, quien renuncia voluntariamente a la realización del hecho o evita su consumación. Si el hecho no se consume sin intervención del desistente, entonces será impune si él se esfuerza voluntaria y seriamente para evitar la consumación. 2. 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».

⁵ Artículo 16.- «En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente

por desistimiento voluntario implícitamente en la propia definición de tentativa, mezclando la perspectiva *ex ante* con la *ex post*, aunque luego prevé reglas específicas para el desistimiento en los apartados 2) y 3) del artículo 16 CP95. La referencia al «desistimiento voluntario» en la propia definición de tentativa se remonta al §31 del Código prusiano de 1851, que, al igual que el CP73, no contenía reglas específicas para el desistimiento. Ello explica que la antigua doctrina española haya considerado a este instituto como *característica negativa* del concepto de tentativa y no como una excepción a la punibilidad de la tentativa en general.⁶

Sin embargo, desde una perspectiva sistemática, tal interpretación literal es incompatible con la regulación prevista por el propio texto punitivo español en materia de desistimiento de la tentativa en casos de pluralidad de intervinientes. Según el artículo 16.3 CP95,⁷ los efectos eximentes del desistimiento son personales —solo alcanzan a quien lo realiza—, de forma que *subsiste* la responsabilidad para el resto de sujetos que no desisten. Ello solo puede ser explicado si el ordenamiento jurídico desvalora, ya en un primer momento, y para todos los intervinientes en el hecho, el solo inicio de la ejecución delictiva —sin importar que la consumación llegue a verificarse— y posteriormente, en un segundo momento valorativo, considera penalmente irrelevante el comportamiento de quien impide voluntariamente la consumación. No obstante, hubiese sido preferible un precepto que solo considere la perspectiva *ex ante* en la definición de la tentativa y que contenga las referencias al desistimiento en otro apartado, a fin de evitar que se mezcle la perspectiva de la definición legal y el contenido de injusto.⁸

La pregunta por el fundamento de los efectos exoneratorios del «desistimiento voluntario» se legitima por el trato desigual que se dispensa a aquellas tentativas inicialmente desvaloradas y que luego son desistidas, frente a

la pena». Artículo 18.- «Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos».

⁶ Ello es puesto de relieve por MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 6.ª ed. Barcelona: Reppertor, 2002, 13/95; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La regulación del iter criminis». En *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 140 (nota 358). Recientemente, Pozuelo Pérez se apoya en la definición legal de tentativa contenida en el CP95 para afirmar que «el tipo de injusto no ha llegado a producirse cuando media desistimiento»; cfr. POZUELO PÉREZ, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 268.

⁷ Artículo 16.- «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».

⁸ Tal riesgo de confusión es advertido por SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Op. cit.*, p. 140.

aquellas —también inicialmente desvaloradas— en las que no se produce la evitación voluntaria del resultado.⁹ Mientras que a estos últimos supuestos les corresponde la pena conminada para la infracción de que se trate, los casos de desistimiento voluntario son distinguidos con la impunidad en la mayoría de las legislaciones, entre las que se encuentran la alemana, la española y la peruana.¹⁰ El debate científico sobre la búsqueda de un fundamento a la exención de pena por desistimiento voluntario da cuenta del esfuerzo por explicar cómo un comportamiento ya declarado penalmente relevante puede dejar de serlo por una actuación posterior del propio autor.

Al hilo de una breve panorámica sobre el estado actual que presenta este tema en la discusión alemana y española, en las siguientes líneas se defiende la siguiente hipótesis: la impunidad por desistimiento voluntario carece de fundamento dogmático posible y es una consecuencia disfuncional en un sistema jurídico-penal orientado a preservar el respeto a la autonomía individual ajena. La supresión de la regulación legal en materia de «desistimiento voluntario», aquí defendida como propuesta *de lege ferenda*, se apoya en el siguiente razonamiento: luego del inicio de la tentativa y antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el denominado *desistimiento voluntario* es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia), cuyo cumplimiento impide al juez imponer la pena máxima prevista para la tentativa; y, luego de que el sujeto renuncia o pierde dicha posibilidad de revocación y antes de que acaezca el resultado naturalista del delito, el denominado *desistimiento voluntario* no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia institucional), cuya observancia impide al juez imponer la pena máxima prevista para la consumación.

En lo que sigue, se ofrece una breve descripción crítica de las tesis que de modo más significativo intentan fundamentar la impunidad por desistimiento

⁹ BENLLOCH PETIT, Guillermo. «El desistimiento voluntario del delito. Su problemática en la tentativa de autor único». Tesis doctoral inédita. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 1998, pp. 19-23.

¹⁰ A diferencia de la regulación alemana en materia de tentativa, en la que se prevé un régimen de atenuación de pena facultativa (§§23.2 y 49.1 StGB), en las legislaciones española (art. 62 CP95) y peruana (art. 16 CP91) rige un sistema de atenuación de pena obligatorio para el delito intentado. Por su parte, respecto al «desistimiento voluntario», en los tres ordenamientos mencionados se prevén plenos y obligatorios efectos exoneratorios (§24.1 StGB, art. 16.2 CP95, art. 18 CP91). Por su flexibilidad, resulta interesante el tratamiento que se dispensa al «desistimiento voluntario» en el Código Penal suizo, cuyo artículo 21 prevé la exención facultativa de pena para el desistimiento de tentativa inacabada, mientras que, en el artículo 22, se dispone la atenuación facultativa de pena para el desistimiento de tentativa acabada.

voluntario, bien apoyándose en consideraciones de *utilidad social* —ausencia de necesidad de pena—, bien en consideraciones de ausencia o disminución de merecimiento de pena (II); luego, nos adentraremos en el fundamento del castigo de la tentativa a partir de la distinción entre «tentativa inacabada» y «tentativa acabada» (III); y, finalmente, afianzaremos la hipótesis ya adelantada: la exención absoluta que *de lege lata* prevé tanto el ordenamiento peruano como el alemán y el español para el instituto del desistimiento voluntario no puede explicarse de modo posible en un derecho penal principalmente orientado a garantizar la separación de esferas organizativas y que se asienta en la idea de respeto a la autonomía individual ajena (IV).

II. Panorama doctrinal y jurisprudencial sobre el fundamento de la impunidad por «desistimiento voluntario»

1. *La teoría del «puente de oro» o teoría político-criminal*

Como es sabido, los defensores de esta teoría niegan la existencia de una razón dogmática que fundamente la impunidad por «desistimiento voluntario». Antes bien, la promesa de impunidad por desistimiento es interpretada como un *incentivo* para el autor de la tentativa que se justifica en la necesidad de conservación del bien jurídico que ha sido puesto en peligro o que ha empezado a lesionarse. Este pensamiento utilitarista, orientado a una maximización de los bienes, fue dominante en la dogmática alemana bajo la influencia de Franz von Liszt, quien, en la vigésima edición de su tratado, afirmaba:

En el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ya ser alterado, ni «anulado por volverse atrás», ni desaparecer del mundo. Sin embargo, puede la legislación, por razones de Política Criminal, construir un puente de oro para la retirada del agente que ya era susceptible de pena. Ella lo ha hecho, convirtiendo *en causa de extinción de la pena* el *desistimiento espontáneo*. [Las cursivas son del original]¹¹

Esta idea, aunque formulada negativamente, se encontraba ya en Feuerbach, quien, a principios del siglo XIX, escribió:

¹¹ LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal. Trad. de la 20.ª ed. alemana a cargo de Luis Jiménez de Asúa y adiciones de derecho penal español a cargo de Quintiliano Saldaña. 3.ª ed. T. III. Madrid: Reus, p. 20.*

Si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumir el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que merece ya una pena y que si se arrepiente no ganará ni perderá nada importante.¹²

La tesis del «puente de oro» es actualmente defendida en la doctrina alemana por Ingeborg Puppe y por su discípula Weinhold, aunque con un importante giro hacia la idea de protección de la víctima. Puppe afirma que «sólo el «burdo criterio de *bien está lo que bien acaba* (*ende gut, alles gut*)» puede justificar la regulación del desistimiento».¹³

Suelen afirmar los autores que se inscriben en esta línea que evitar el resultado no significa sino la exigencia de una influencia causal por parte del autor, lo que plantea la cuestión de si los enunciados penales que descargan de responsabilidad poseen sentido adscriptivo o tan solo descriptivo de la causalidad.¹⁴ La exigencia de una simple causalidad natural para apreciar la evitación del resultado relevante a los efectos eximentes del desistimiento voluntario pretende ser defendida a partir de una interpretación literal del §24.I StGB¹⁵ y sobre la base de argumentos de corte preventivista. Así, se considera que, aunque la oferta de impunidad pueda resultar poco eficaz para motivar al autor a abandonar la ejecución, el establecimiento de exigencias superiores a la mera causalidad natural en la evitación del resultado vendría a cercenar dicha potencialidad motivadora. Desde esta perspectiva, se considera que la exigencia del «serio intento», establecida en el StGB para los casos en que la evitación del resultado se produce sin intervención del autor, no responde a la *ratio* del desistimiento en general, sino que se trata de una ampliación específica para supuestos de tentativa inidónea.

Claus Roxin se refiere a la «teoría del puente de oro» como posición actualmente marginal, a la que se le objeta su carácter poco realista al concebir un destinatario que actúa racionalmente, sopesando pros y contras.¹⁶ Por su

¹² Citado por BENLLOCH PETIT, Guillermo. *Op. cit.*, p. 33.

¹³ Citada por ALCÁZER GUIRAO, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Granada: Comares, 2002, p. 32.

¹⁴ Sobre el sentido adscriptivo de los verbos típicos, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La regulación de la «comisión por omisión»». EN *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*. *Op. cit.*, pp. 60-62.

¹⁵ Véase *supra*, nota 3.

¹⁶ ROXIN, Claus. «Acerca de la *ratio* del privilegio del desistimiento en derecho penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 3, 2001. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03.html>. En esta dirección también apuntan las críticas de Jescheck, aunque no se muestra contrario a la versión original de Feuerbach como teoría de la remoción de obstáculos al desistimiento; cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. de Miguel Olmedo Cardenote. 5.ª ed. Alemana. Granada: Comares, 2002, pp. 578-579.

parte, Benlloch Petit destaca acertadamente la incapacidad de esta tesis para dar razón de los límites de la impunidad por desistimiento, ya que, al sacrificar necesidades abstractas de pena en aras a la concreta salvación del objeto de ataque, se cae en un pragmatismo contrario a la función de pacificación duradera que debe cumplir el derecho penal.¹⁷

La teoría del «puente de oro» fue dominante en la doctrina jurisprudencial del BGH hasta principios de la década de los ochenta del siglo pasado. El punto de inflexión vino dado por la sentencia que resolvió el conocido caso del hospital,¹⁸ cuyos hechos probados se reseñan sucintamente a continuación:

Después de propinarle una brutal paliza, realizada con dolo eventual de matar, el procesado trasladó a su esposa malherida hasta las proximidades de un hospital, abandonándola a unos 95 metros de la puerta para que siguiera ella sola. Faltando unos 40 metros para ingresar, la mujer, como ya había ocurrido durante el trayecto, perdió el conocimiento y quedó tendida en la acera, siendo recogida por dos transeúntes que la ingresaron al hospital, donde fue atendida y salvada de la muerte. Por su parte, el procesado, dudando de si su mujer habría llegado a la puerta del centro médico, regresó a las inmediaciones del lugar y una vez que comprobó tal hecho desde fuera, retornó a casa.

Contrariamente a la doctrina jurisprudencial hasta entonces dominante, que para apreciar efectos eximentes por desistimiento se conformaba con la constatación de la mera relación de causalidad entre la acción del autor y la evitación del resultado, el BGH no apreció en este caso un «desistimiento voluntario» por entender que «el autor no puede conformarse con medidas que, como él mismo aprecia, serán (posiblemente) insuficientes, cuando tiene a su disposición mejores alternativas de evitación. Debe, por el contrario, agotar estas alternativas. Allí donde pueda impedirlo, no puede dejar espacio al azar».¹⁹

¹⁷ BENLLOCH PETIT, Guillermo. *Op. cit.*, pp. 42-44. Véase también las críticas de JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 326-328: «Ciertamente un modo semejante de proceder (scil. el de la teoría del «puente de oro», orientada por el interés en el éxito y no por categorías de lo dogmáticamente correcto) no tiene por qué ser reprobado en todo caso, pero en lo que se refiere al derecho penal no puede operar sino de manera puramente arbitraria y lo cierto es que la teoría político-criminal en cuanto doctrina sobre el desistimiento constituye una teoría de la pura arbitrariedad» (p. 327).

¹⁸ Referencias a esta sentencia de 27 de abril de 1982 en ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Op. cit.*, p. 12 y ss.

¹⁹ Fragmento de la sentencia, citado por *ib.*, pp. 20-21.

2. *Las teorías premiales*

Los autores que defienden esta tesis conciben el «desistimiento voluntario» como una actuación meritoria que compensa la impresión jurídicamente perturbadora que causa el hecho en la comunidad.²⁰ Roxin muestra cierto escepticismo acerca de la capacidad fundamentadora de esta teoría, pues considera que, al afirmarse que el «desistimiento voluntario» constituye un premio, solo se está transcribiendo el texto de la ley, mas no se aporta la razón por la que el autor que desiste es distinguido con la impunidad.²¹

La carencia de autonomía fundamentadora de la que adolecen las teorías premiales intenta ser suplida mediante una huida a la teoría de los fines de la pena. Este fenómeno, según apunta Roxin, se aprecia en la formulación de Christian Jäger cuando afirma que «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».²² Jäger concibe la «inversión de la puesta en peligro» como acto meritorio que incide sobre el merecimiento de pena. Esta orientación surge como extensión del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva en el injusto, desde la premisa de una «relación simétrica» entre el tipo de injusto y el desistimiento. Siguiendo el hilo argumental de tal planteamiento, se tiene que, si el injusto de la tentativa halla su razón de ser en el peligro que genera para el bien jurídico, la razón de ser de la exención de pena en el desistimiento radica en que viene a ser una «inversión del peligro» que genera la tentativa. Partiendo de esta relación de simetría, se considera suficiente para otorgar efectos eximentes al desistimiento una disminución o anulación del riesgo que sea imputable al autor y que desarrolle su eficacia hasta la evitación del resultado, sin que sea necesario el aprovechamiento de la mejor opción de evitación del resultado.²³

Bajo el prisma de las teorías premiales, en el caso del hospital —anteriormente narrado— se considerarían cumplidas las exigencias del grado de adecuación de la conducta salvadora para evitar el resultado, ya que la acción del sujeto aumentó las posibilidades de salvación. Conforme apunta Alcácer Guirao, los únicos supuestos de evitación «causal» del resultado que para esta concepción quedan fuera del marco de exención son, de forma

²⁰ Uno de sus representantes más significados es Hans-Heinrich Jescheck (cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Op. cit.*, p. 579), quien afirma que el autor que retrocede voluntariamente anula la «impresión jurídicamente perturbadora».

²¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*

²² *Ib.*

²³ Cfr. los planteamientos de Jäger en *Ib.*

paralela a la tentativa irreal, los casos de «desistimiento irreal», realizados con medios supersticiosos o manifiestamente inadecuados.²⁴

3. *La teoría del pago de la deuda*

Rolf D. Hezberg propuso, en 1987, justificar la impunidad por desistimiento voluntario recurriendo a elementos propios del derecho civil; concretamente, planteó elevar el «principio de liquidación» a la categoría de principio general del derecho. Este autor sostiene que, con la realización de una tentativa, surge para el sujeto una «deuda jurídica», consistente en evitar que se llegue a producir el resultado, de forma que, si este, mediante un desistimiento voluntario y eficaz, satisface esa deuda, decae la amenaza de pena. Para apreciar efectos eximentes por desistimiento basta que el sujeto escoja la que —desde su perspectiva— sea la mejor de las opciones disponibles, sin importar si era en sí misma la más segura.

A la teoría de Hezberg se le reprocha un déficit de fundamentación respecto a la identificación que realiza entre el deber infringido por el autor al comenzar la tentativa y el posteriormente cumplido al desistir. Se le critica no haber fundamentado por qué al desistir el autor satisface completamente el deber de no iniciar tentativas y no haber refutado la posición contraria, según la cual, cuando el autor evita el resultado, una parte de su deber ha sido ya irremediablemente incumplida. Asimismo, suele oponerse a esta posición los supuestos de reparación posdelictiva, en los que, pese a que el autor cumple con lo que en ese momento era su deber, tales actos no se interpretan como cumplimiento del deber global infringido con el inicio y posterior consumación del delito.²⁵

Si este pretendido deber único se formula como «el deber de abstenerse de producir el resultado típico», cuando se inicia la ejecución aun no podría afirmarse su incumplimiento. Por el contrario, si se formula como «el deber de no iniciar conductas inmediatamente dirigidas a la producción del resultado», ya se vería incumplido con el comienzo de la tentativa y, entonces, habría que fundamentar cómo, por medio del desistimiento, se cumple un deber ya infringido. Precisamente, en la búsqueda del contenido de este deber (o deberes), reside buena parte del secreto del fundamento del desistimiento.

²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Op. cit.*, pp. 38-39.

²⁵ *Sobre las críticas a esta posición, cfr. BENLLOCH PETIT, Guillermo. Op. cit.*, pp. 25-33.

4. La «teoría de la finalidad de la pena» vinculada a la teoría de la consideración global

La «teoría de la finalidad de la pena» es considerada como la teoría actualmente dominante en la discusión sobre la fundamentación de la impunidad por desistimiento.²⁶ Según lo indica su propia denominación, sus partidarios consideran que, tras el «desistimiento voluntario», decaen las legítimas finalidades que corresponden a la sanción penal; de esta forma, someten a una valoración unitaria los actos de ejecución ya realizados y la posterior conducta de desistimiento, de modo que en virtud de este último deben reinterpretarse los actos ejecutivos que ya de por sí entrañaban un peligro objetivo de lesión del bien jurídico. El mensaje comunicativo de la retirada voluntaria y eficaz tiene fuerza suficiente para marginalizar el mensaje contrario ya expresado mediante los actos realizados.

Frente a la interpretación psicológica del requisito de la voluntariedad, aún dominante en Alemania y que hace depender su apreciación del grado de presión psíquica a la que se encuentra sometido el autor, Roxin propone una interpretación conforme a criterios orientados hacia la teoría del fin de la pena: un desistimiento será voluntario cuando exprese un giro interno del autor, un regreso a la legalidad. Si en la tentativa acabada no se logra impedir el acaecimiento del resultado, la buena voluntad del autor dispuesto a retroceder no es suficiente para hacer decaer la necesidad de pena derivada de razones preventivo-generales. El esfuerzo infructuoso del autor solo puede conducir a la impunidad cuando el hecho no llega a consumarse por otros factores.

Al concretar los requisitos para apreciar un «desistimiento voluntario» Roxin recurre al criterio del «incremento de la probabilidad de salvación» en algunos supuestos y al criterio de «máxima seguridad en la salvación» en otros. Así, cuando sea el agente quien evite por sí mismo el resultado, bastará con que su comportamiento haya aparecido *ex ante* como un incremento de las posibilidades de salvación; y, cuando intervengan terceras personas o la propia víctima en la salvación del bien jurídico, habrá que exigirse la aportación más segura para la evitación del resultado.

A esta tesis se le reprocha su pobreza explicativa, pues —al igual que la teoría del premio y la teoría del «puente de oro»— presenta al instituto del «desistimiento voluntario» como un trato regido por criterios de mercado y no por consideraciones de justicia, que, llevados coherentemente al extremo,

²⁶ Entre sus representantes más significados, véase ROXIN, Claus. *Op. cit.*; y, en el ámbito español, MUÑOZ CONDE, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Barcelona: Bosch, 1972, *passim*.

permitirían avalar inclusive la impunidad de hechos consumados, siempre que estos pudieran ser compensados con el valor de otro hecho bueno.²⁷

5. *La tesis de la máxima seguridad en la salvación*

Rafael Alcácer estima que los actos de salvación posteriores a la tentativa no pueden afectar al injusto, sino exclusivamente a la punibilidad. El desistimiento es concebido como circunstancia personal de exclusión de pena,²⁸ que incide sobre el fundamento de la punición de la tentativa, mas no sobre su presupuesto. Según su planteamiento, el peligro para el objeto de bien jurídico constituye el *presupuesto* de la sanción (ámbito que pertenece al merecimiento de pena como juicio orientado al pasado), mientras que el *fundamento* último de punición viene dado por el quebrantamiento de la vigencia de la norma, que lo sitúa en el ámbito de la necesidad de pena (juicio orientado al futuro en clave preventiva).²⁹ Apoyándose en Murmann, concluye que el desistimiento puede entenderse como un subrogado de la pena, en el sentido de que el sujeto que evita voluntariamente la consumación reestabiliza la validez de la norma ya quebrantada con su tentativa.³⁰ A diferencia del planteamiento de Jakobs, el «desistimiento voluntario» constituiría un equivalente funcional de la pena que opera luego de la perfección definitiva del injusto.

A juicio de Alcácer, la reestabilización que fundamenta la impunidad por «desistimiento voluntario» solo deberá ser apreciada cuando el agente haya evitado el resultado lesivo mediante la realización de la *acción óptima*

²⁷ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, pp. 326-328.

²⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Op. cit.*, p. 52: «Más concretamente, y como es mayoritario en la doctrina, el desistimiento, en tanto circunstancia personal de exclusión de la pena, hace que la pena de la tentativa devenga innecesaria» [cursivas en el original].

²⁹ Sobre esta concepción de injusto, véase ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?. Apuntes sobre el concepto material de delito*. Barcelona: Atelier, 2003, *passim*, especialmente p. 121 y ss.

³⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. *Op. cit.*, pp. 53-54: «[L]o que caracteriza al desistimiento es precisamente que opera de igual modo que lo haría la pena: con la acción de revocación y la salvación segura del bien jurídico, el autor manifiesta que la norma sigue siendo una pauta correcta y obligatoria de conducta, y devuelve a Alter la confianza en que la norma será respetada, dado que con su acción expresa el agente que la norma ha ejercido su autoridad sobre él, al retomar, como suele afirmarse, la senda del Derecho. Así, no es precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de la norma negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, «niega la negación» anterior, reafirmando él mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función» [cursivas en el original].

de salvación. Solo cuando el agente se esfuerce por anular por completo el riesgo generado por su acción anterior, podrá considerarse su desistimiento como una expresión de respeto hacia la pretensión de validez del bien jurídico. Según esta perspectiva, luego del inicio de la tentativa, la norma de conducta ya infringida sigue rigiendo para el agente, pero bajo la forma de un mandato de salvación cualificado. Señala que la situación ante el derecho de quien ya ha quebrantado la norma de conducta no es comparable a la de quien no ha tomado aún postura ante la misma, por lo que, para que la pena devenga innecesaria, no será suficiente con que realice simplemente lo que la norma de conducta exige, sino que será precisa una exigencia *cualificada*, consistente en la realización de todo lo que esté en su mano para la salvación del bien jurídico.

Esta exigencia cualificada de salvación se desdobla en dos reglas de atribución: (1) cuando el agente actúe solo, deberá realizar la aportación de salvación más segura de las que disponía; y (2) cuando intervengan terceras personas, el agente deberá ostentar el dominio de la salvación, esto es, deberá poder atribuírsele la evitación del resultado en calidad de autor.

Por su parte, respecto al requisito de la voluntariedad, Alcácer opera con dos interpretaciones. (1) La exigencia de la máxima seguridad en la salvación le lleva a considerar innecesaria una interpretación valorativa del requisito de la voluntariedad en los supuestos de desistimiento de «tentativa acabada». En tales supuestos, considera que la voluntariedad debe interpretarse desde los parámetros de las teorías psicológicas. Así, por ejemplo, no debería apreciarse desistimiento voluntario en casos en los que el agente realiza una prestación óptima en virtud de una coacción externa impuesta por terceras personas, pues una retirada en tales circunstancias no comunica un reconocimiento personal de la norma. (2) En los supuestos de desistimiento de «tentativa inacabada», considera que se impone una interpretación más «valorativa» del requisito de la voluntariedad, pues la mera pasividad que caracteriza al desistimiento en estos supuestos no aporta el sustrato suficiente para interpretar la conducta del agente como reconocimiento del derecho.

Aplicando estos criterios al caso del hospital, Alcácer considera que el riesgo de autodelación que corría el marido en caso de ingresar al hospital con su mujer malherida no puede operar, a modo de situación de inexigibilidad, como factor que permita al que desiste servirse de una opción menos segura para la salvación del bien jurídico. Pero aclara que el otorgamiento de efectos eximentes por desistimiento únicamente debe atender a la calidad de la acción para la seguridad del bien puesto en peligro y no al cumplimiento de otros fines, tales como actitudes internas de arrepentimiento o el fomento a los fines de la administración de justicia. Dentro de un universo de alternativas similarmente seguras el agente tiene un margen de

libre elección. Así pues, refiriéndose al citado caso del hospital, concluye que, para apreciar un desistimiento voluntario relevante, no hubiese sido necesario que el marido ingrese con su víctima al interior del centro médico y confiese lo ocurrido, sino que hubiese sido suficiente con que, en vez de abandonarla a casi cien metros, la deje a la entrada del hospital y se asegure de que ha sido vista y atendida por el personal sanitario.³¹

6. *La tesis del desistimiento voluntario como reverso de un ilícito subjetivo*

En su segunda tesis doctoral, publicada bajo el título «Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs», Marcelo Sancinetti adopta como presupuesto que el «desistimiento voluntario» no puede hacer desaparecer la infracción de la norma ya sucedida³² y concluye en que dicho instituto debe ser visto como una *excusa absolutoria*.³³ Con ello, se viene a

³¹ ALCÁCER, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Op. cit., p. 88.

³² SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1995, p. 77: «La reducción del desistimiento al caso de la tentativa inacabada es, por cierto, una explicación interna a la institución de la tentativa. Esto no alcanza a explicar, empero, cómo se podría anular una infracción ya existente. O aquel rudimento infringe efectivamente una norma, o no la infringe; la transformación del rudimento no puede ir acompañada de la desaparición de la infracción, en sí ya sucedida. Esto es asumido aquí como un postulado de la investigación».

³³ *Ib.*, p. 79. Según entiende Sancinetti (p. 77 y ss.), Jakobs admite el desistimiento solo en la tentativa inacabada porque en ella se quebranta una norma flanqueante y no la norma principal. De este modo, tentativa acabada e inacabada serían injustos estructural y esencialmente distintos. Únicamente la tentativa acabada constituiría un quebrantamiento perfecto de la norma principal, mientras que la tentativa inacabada constituiría el quebrantamiento perfecto de una norma de menor jerarquía —norma flanqueante u orientada a la protección de una norma principal—, al igual que la norma de los actos preparatorios formalmente tipificados como hechos consumados. Asimismo, apunta que la distinción tajante que realiza Jakobs entre hecho y genérica conducta posterior al hecho conduce a una solución hostil al desistimiento, que, pese a ser materialmente brillante, se ve oscurecida por el uso de la distinción terminológica entre «tentativa acabada e inacabada», pues, para Sancinetti, la posibilidad de reversión segura es incompatible con el concepto de «tentativa acabada»; en ese sentido, los casos que Jakobs trata como «desistimiento de tentativa acabada» se tratan en puridad de supuestos de «desistimiento de una tentativa inacabada omisiva». Para Sancinetti, la impunidad por abandono de la ejecución o por evitación del resultado solo puede apreciarse antes de que el autor haya llegado a admitir la posibilidad de una consumación dolosa. La evitación del resultado lograda con posterioridad a ello solo podría valer como atenuante, como comportamiento posterior al hecho. Los efectos atenuantes deberían ser concedidos atendiendo a la seriedad de los actos tendentes a la neutralización del riesgo, con independencia de si fueron exitosos o no.

afirmar que el desistimiento voluntario no anula el carácter injusto del hecho, sino que, tras la evitación voluntaria del resultado o tras la suspensión de la ejecución, decae la utilidad de la sanción penal.

Pero ¿cuál es la utilidad de la sanción penal? A la consideración del «desistimiento voluntario» como *excusa absolutoria* subyace la idea de que la evitación del resultado —entendido en sentido naturalista— debe considerarse como finalidad del derecho penal. Mas, si como aquí se considera, al derecho penal solo le interesan los riesgos idóneos para producir determinados resultados y no su acaecimiento efectivo, la utilidad de la sanción penal debe afirmarse una vez que el riesgo jurídico penalmente prohibido ha sido producido, y, partir de dicho momento, solo podrá hablarse de menor o mayor necesidad de pena en función de que el resultado naturalista sea o no evitado.³⁴ Luego de la realización de un riesgo idóneo para producir un resultado lesivo de objetos de bien jurídico, la evitación o no del mismo únicamente tiene relevancia en tanto expresa una menor o mayor intensificación del riesgo creado. En tal sentido, luego del resultado en sentido jurídico (creación del riesgo que coincide con el inicio de la tentativa jurídico-penal), la discusión sobre la necesidad de pena del hecho ya no discurre en el ámbito de lo cualitativo, sino que la presencia o ausencia de un «desistimiento voluntario» solo tendría relevancia a efectos de determinar el *quantum* de la respuesta al hecho punible.

En su exposición introductoria a los *Estudios de derecho penal* de Günther Jakobs, Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio advierten que la aproximación de Sancinetti a la obra de Jakobs resulta arbitraria en lo metodológico. Así, estos autores advierten que Sancinetti parte de que lo «objetivo» es lo que sucede en el mundo exterior, en contraposición a lo «subjetivo» como procesos psíquicos que ocurren en la mente del autor.³⁵ Sin embargo, ni estos no son los criterios de referencia utilizados en la obra de Jakobs, ni dicho sistema está basado únicamente en la «desautorización de la norma, proveniente de un defecto de voluntad»,³⁶ sino que el contenido de la

³⁴ La dimensión utilitarista de la pena es destacada con gran claridad por Lesch. Sintetizando al máximo, este autor plantea una teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad, que combina una dimensión dialéctico-hegeliana y una práctico-utilitarista. Por un lado, la función del derecho penal es absoluta (raigambre hegeliana) porque se pena quia peccatum est y no ne peccetur, pero, por otro lado, también es relativa (dimensión práctico-utilitarista), porque la pena no es un fin en sí misma —no es absoluta ab effectu—, sino que tiene una función: el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Para una aproximación a estos planteamientos, véase LESCH, Heiko Hartmut. La función de la pena. Trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, *passim*.

³⁵ SANCINETTI, Marcelo. *Op. cit.*, pp. 13-16, 40-45.

³⁶ *Ib.*, p. 40.

norma se define en el sentido de expresión *generalmente comprensible, con relevancia social, realizada por un sujeto al que se le atribuye por el ordenamiento competencia*, de una desautorización de la norma. Desde el punto de vista de la comunicación personal las normas no dirigen ningún comportamiento, sino que lo interpretan como perteneciente o no a un ordenamiento.

A mi juicio, el postulado que preside la investigación de *Sancinetti* —el «desistimiento voluntario» no puede hacer desaparecer la infracción de la norma ya sucedida— es acertado y compatible con el planteamiento de *Jakobs*, mas tal compatibilidad no puede predicarse respecto del concepto de norma manejado por aquél autor (norma penal como imperativo de conducta), a partir del cual el injusto es comprendido como infracción instantánea de la norma de conducta, no siendo posible —a diferencia de lo que ocurriría si se sostiene una concepción de norma como expectativas institucionalizadas de conducta—³⁷ comprender el injusto penal como un quebrantamiento gradual y continuo de expectativas normativas.

7. *Apuntes sobre la doctrina jurisprudencial del TS*

El recurso a argumentaciones político-criminales para interpretar los requisitos del «desistimiento voluntario» es frecuente en la jurisprudencia española. Así, en la STS de 16 de diciembre de 2002 (RJA 2003/478), ponente: Delgado García, se señala que, «por razones de política criminal, el legislador quiere premiar la conducta de quien en estos casos (*scil.* tentativa acabada) evita el delito por medio de su conducta impeditiva. Sin duda, es una buena manera de proteger el bien jurídico que constituye la razón de ser de la correspondiente norma penal». En esta sentencia, se declaró exento de pena por tentativa de homicidio al acusado que, luego de herir mortalmente a su hermano, arrepentido y asustado por la sangre que emanaba producto de los cortes que le había ocasionado en el cuello, le cubrió las heridas con gasas, lo acostó en la cama y le avisó a un tío suyo que vivía en el mismo inmueble, quien llamó al servicio médico de asistencia urgente; de esta forma, la víctima fue atendida y salvada de morir. En esta sentencia, se aplicó expresamente uno de los acuerdos plenarios no jurisdiccionales de la sala segunda del TS, que, interpretando el artículo 16.2 CP95, declaró que no hay inconveniente en admitir la existencia de «desistimiento voluntario»

³⁷ Sobre ambas concepciones de norma, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas». *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 559-575.

tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen.

Los tribunales españoles otorgan al requisito de la voluntariedad un carácter decisivo para apreciar las consecuencias eximentes del desistimiento, valorando a tal efecto la intencionalidad del sujeto expresada en la acción de salvamento. En esta línea, se inscriben dos SSTS que resolvieron supuestos semejantes al caso del hospital enjuiciado por el BGH en 1982. La más reciente es la STS de 5 de diciembre de 2003 (RJA 2003/8829), ponente: Jiménez Villarejo. Según el relato fáctico, luego de que el procesado le insistiera infructuosamente a su excompañera sentimental reanudar la convivencia que mantuvieron durante dos años, le propinó dos puñaladas en el cuello y una en el tórax con un cuchillo de cocina con hoja de cierra y 16 cm de longitud. Posteriormente, tras obtener de ella la promesa de que volvería a convivir con él si le curaba las heridas, la dejó en las cercanías de un hospital, donde fue atendida y salvada de morir. El TS apreció en este caso el requisito de eficacia, al considerar que la acción del acusado contribuyó decisivamente a la salvación de la vida de la víctima, pero desestimó la existencia de voluntariedad por considerar que el desistimiento activo exige la desaparición del dolo inicial de ejecución cuando el autor realiza los actos impeditivos y que, en el caso enjuiciado, ello no podía ser afirmado, pues el acusado llevó a la víctima al hospital solo tras haber obtenido de ella la promesa de que volvería a convivir con él. El TS mantuvo la condena por homicidio doloso en grado de tentativa, valorando la conducta del acusado, posterior a la agresión, como atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP95).

Por su parte, en la STS de 17 de septiembre de 2001 (RJA 2001/9465), ponente: Bacigalupo Zapater, se apreciaron los efectos eximentes del «desistimiento voluntario» en un caso en que el acusado clavó un cuchillo afilado de diez cm de longitud en el dorso de su esposa y, posteriormente, la trasladó a un centro médico de urgencias cercano a su casa, desde donde fue llevada en una ambulancia a un hospital, acompañada en todo momento por el acusado. La víctima fue intervenida quirúrgicamente y salvada. El TS consideró que la inmediata puesta en movimiento de la actividad sanitaria que finalmente permitió salvar la vida de la mujer comporta el cumplimiento de las exigencias de eficacia del desistimiento y, respecto al requisito de voluntariedad, afirmó que, si bien fue el susto posterior a la agresión lo que motivó la acción salvadora del acusado, ello no debe impedir apreciar un desistimiento relevante, pues la exigencia de voluntariedad no requiere una motivación especial, siendo suficiente que la decisión de salvación no haya sido motivada por factores externos y que el autor no haya reconoci-

do la continuación como carente de sentido. En este caso, el TS anuló la sentencia recurrida que condenaba al acusado por un delito de homicidio en grado de tentativa y falló condenándolo por la autoría de un delito consumado de lesiones.

III. Consumación jurídico-penal frente a consumación físico-natural: la normativización de la distinción entre «tentativa inacabada» y «tentativa acabada»

Günther Jakobs empieza su estudio sobre «*el desistimiento como modificación del hecho*» advirtiendo que cualquier reflexión sobre el desistimiento requiere previamente dejar sentado cuál es el fundamento de la tentativa. Y, en términos generales, con independencia de cuál sea este —la objetiva puesta en peligro del bien jurídico o la manifestación del dolo en el hecho—, afirma que, tras el inicio de la ejecución del delito, *algo* ha quedado ya consumado y, ciertamente, algo cuya realización puede ser penada con justicia.³⁸

Esta perspectiva metodológica, que acierta al vincular la discusión sobre el fundamento de los efectos eximentes del «desistimiento voluntario» con el fundamento del castigo de la tentativa, goza de cierto predicamento en la doctrina alemana y española. A mi juicio, esta perspectiva de análisis debe considerarse adecuada, pues todo intento de explicar las razones por las que se prescinde de pena en los casos en que el autor abandona voluntariamente la ejecución ya iniciada o evita el resultado no es más que el intento de explicar por qué en dichos supuestos decae la razón por la que se castiga la tentativa.³⁹ Así, dentro del sector doctrinal que atribuye al instituto del «desistimiento voluntario» carácter de causa de exclusión o de disminución del injusto penal, Wolfgang Frisch lo concibe como el caso paradigmático en que la ausencia de necesidad de pena procede del propio injusto y entiende que el autor que desiste de la comisión del delito reduce la relevancia penal de su comportamiento al manifestar un regreso a la legalidad que

³⁸ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 325.

³⁹ *Sobre la opinión —cada vez más extendida entre los monografistas del «desistimiento voluntario»— relativa a que la explicación cabal de la exención de pena por desistimiento pasa por reflexionar en torno al fundamento del castigo de la tentativa, cfr. BENLLOCH PETIT, Guillermo. «Las diferencias entre el injusto de la tentativa imperfecta y el de la tentativa perfecta y sus consecuencias en materia desistimiento». En Esiquio Sánchez Herrera (coord.). Entre el funcionalismo y el principalismo, y las instituciones dogmáticas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2002, p. 310 (nota 600).*

incide decisivamente en la necesidad de pena del hecho.⁴⁰ Centrando también la problemática del desistimiento de la tentativa a nivel del injusto, aunque desde una perspectiva que prescinde de consideraciones de merecimiento de pena para su fundamentación, Georg Freund considera que, en los supuestos de evitación voluntaria del resultado, no es posible constatar un injusto penalmente relevante.⁴¹

En una concepción funcional-normativista del derecho penal, aquí asumida, el fundamento del castigo de la tentativa se centra en la significación del hecho para la validez de la norma. La tentativa es un hecho penalmente antijurídico porque consiste en la ejecución de un comportamiento que expresa de forma perfecta el no acatamiento de la norma por parte del autor.⁴² Bajo tal comprensión, en la que delito y pena toman como referencia a la validez de la norma y no criterios naturalistas, la diferencia entre tentativa y consumación es simplemente cuantitativa. Ambos estadios del *iter criminis* son cualitativamente idénticos, pues, una vez que el comportamiento del sujeto abandona el ámbito de los actos preparatorios —atravesando el umbral de lo penalmente intolerable—, ya se expresa una ruptura completa de la vigencia de la norma, de suerte que la consumación solo comunica una objetivación más intensa de dicho quebrantamiento.⁴³

A diferencia de la dimensión cualitativa, el aspecto cuantitativo del quebrantamiento de la vigencia de la norma admite diversas graduaciones que repercuten en el ámbito de la determinación de la pena, en función de la intensidad en que son defraudadas por el autor las expectativas de conducta penalmente aseguradas. Así, según las transformaciones que va experimentando el injusto de la tentativa, se diferencia entre «tentativa inacabada» y

⁴⁰ FRISCH, Wolfgang. «Delito y sistema del delito». Trad. de Ricardo Robles Planas. En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 279, afirma que muchas de las cuestiones que actualmente son abordadas con el topos de la necesidad de pena son, en realidad, casos de ausencia de merecimiento de pena. Lo que sucede es que, como consecuencia de la ausencia de merecimiento de pena, no hay tampoco, evidentemente, necesidad de pena.

⁴¹ FREUND, Georg. «Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal». Trad. de Ramon Ragués i Vallès. En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). *Op. cit.*, p. 103. Para una exposición panorámica y crítica de los planteamientos de Freund, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito». En Jürgen Wolter y Georg Freund (eds.). *Op. cit.*, pp. 22-23, a los que designa gráficamente con la expresión «el absolutismo de la necesidad de pena».

⁴² Cfr. REY SANFIZ, Luis Carlos. *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, n.º 13. Madrid: Dykinson, 2001, pp. 94-100.

⁴³ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, p. 325 y ss.

«tentativa acabada», cuya cabal delimitación exige que previamente se aclaren los conceptos de (i) «inicio de ejecución del delito», (ii) «consumación jurídico-penal» y (iii) «consumación físico-natural».

(i) La determinación del inicio de la ejecución del delito es llevada a cabo de la mano de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. El derecho penal utiliza este aparato teórico como esquema de interpretación de comportamientos que opera en función del código binario: permitido/prohibido. Si la prestación del derecho penal, en tanto subsistema del derecho, reside en asegurar o garantizar en un plano ideal la vigencia de aquellas expectativas de conducta que pertenecen al núcleo de la identidad normativa de la sociedad en que opera, será interpretable como penalmente prohibido —socialmente perturbador o intolerable— precisamente todo comportamiento que exprese o comunique un sentido contrario a la validez de dichas expectativas. Teniendo como principio rector la idea de autorresponsabilidad o competencia («*no todo atañe a todos*»)⁴⁴ y partiendo de la necesidad de reducir la complejidad inherente al carácter altamente anónimo y estandarizado que presentan en la actual configuración social los contactos interpersonales, el sistema de imputación penal se estructura sobre la noción de *rol social*.⁴⁵ Bajo esta comprensión, la dogmática penal ha desarrollado los denominados subinstitutos liberadores de la imputación objetiva,⁴⁶ cuya virtualidad radica en considerar como penalmente no prohibidos aquellos comportamientos que, aunque de acuerdo con las leyes de la causalidad natural, produzcan el menoscabo de objetos fácticamente valiosos, es decir, aquellos comportamientos que a) tengan carácter de *riesgo permitido* en el concreto contexto sociojurídico en que tiene lugar la interacción; b) se lleven a cabo bajo la vigencia del *principio de confianza*; c) sean de *competencia* (exclusiva) *de la víctima*; o d) no exista, respecto de su ejecución, un deber de evitación, con independencia de los conocimientos especiales que pudiese contar el agente (*prohibición de regreso*). La calificación de un comportamiento como objetivamente imputable equivale a afirmar el inicio de la ejecución del delito, esto es, el tránsito de la preparación a la

⁴⁴ JAKOBS, Günther. «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión». Trad. de Manuel Cancio Meliá. En *Estudios de Derecho Penal. Op. cit.*, p. 266.

⁴⁵ Sobre el rendimiento del concepto de *rol social* en el sistema de imputación penal, véase PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. «Rol social y sistema jurídico-penal. Acerca de la incorporación de estructuras sociales en una teoría funcionalista del derecho penal». En *El funcionalismo en derecho penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs. T. II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-60.

⁴⁶ Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Colección de Estudios, n.º 1. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, *passim*.

tentativa jurídico-penal. La diferencia entre uno y otro estadio es cualitativa, pues —conforme se establece en el artículo 16 CP91—, mientras la fase de preparación designa un ámbito de libertad jurídicamente garantizada (no punible), con la fase de la tentativa se ingresa en el ámbito de lo punible. A partir de este momento, ya puede afirmarse el completo quebrantamiento de la vigencia de la norma por parte del autor, esto es, la configuración del injusto típico.

(ii) La consumación jurídico-penal se produce cuando, habiéndose iniciado la ejecución del delito, el sujeto pierde la posibilidad segura de revocar el riesgo creado. Aunque en la práctica muchas veces el «inicio de la ejecución del delito» coincidirá con la «consumación jurídico-penal», también son imaginables supuestos de disociación entre ambas fases del *iter* delictivo. La diferencia entre el comienzo de la tentativa jurídico-penal y la consumación jurídico-penal es simplemente cuantitativa. El injusto típico jurídico-penalmente consumado expresa, respecto a la tentativa ya iniciada pero aún no consumada, un mayor grado de intensidad en la defraudación de expectativas normativas. Según esta comprensión, afirmar que en toda tentativa el quebrantamiento de la norma es ya completo (perfecto) no excluye la posibilidad de que dicho quebrantamiento pueda seguir intensificándose hasta llegar a la consumación jurídico-penal y a la consumación físico-natural.

Asimismo, el tránsito cuantitativo que experimenta el injusto típico luego de la consumación jurídico-penal determina que el quebrantamiento inicial de la vigencia de la norma —*provisional* aunque cualitativamente completo— se considere como ruptura *definitiva*. Si luego del inicio de la ejecución y antes de que el sujeto pierda el control sobre la posibilidad segura de revocar el riesgo creado, la infracción de la norma es completa pero *provisional*; luego de que se produce dicha pérdida de dominio, el quebrantamiento —que sigue siendo completo— se torna *definitivo*. La provisionalidad que caracteriza al injusto típico aún no consumado determina la posibilidad de que el sujeto revoque parcialmente el sentido de su comportamiento.

El hecho no debe ser entendido como un mero suceso histórico, sino como un acontecimiento portador de sentido, de significado en la comunicación. La significación definitiva del suceso para la validez de la norma solo puede ser determinada a partir del momento en que el autor se separa o es separado de su hecho. Mientras esto no suceda, la posibilidad de una reversión del sentido comunicativo resulta todavía posible, pues no se tratará de un hecho pasado, sino de un acto comunicativo aún abierto y susceptible de revocación en el presente por parte del propio auto.⁴⁷

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputa-*

Veámoslo con un ejemplo. Mientras realizaba sus labores de limpieza en el despacho de un profesor, el operario encargado de tal tarea encuentra un valioso reloj sobre una de las estanterías de libros. Aprovechando que se encuentra solo, piensa en apropiárselo, ignorando que está siendo observado por los guardias de seguridad a través del sistema de video-vigilancia instalado en las oficinas de la universidad. Variante 1: El operario coge entre manos el reloj pensando en sustraerlo y, luego de observarlo por un momento, lo devuelve a su lugar por temor a ser descubierto y perder el trabajo. Variante 2: El operario no solo coge entre manos el valioso reloj, sino que lo guarda dentro de uno de sus bolsillos. Al terminar su faena de limpieza, y antes de salir del despacho, decide devolver el reloj a su sitio por miedo a ser descubierto.

La diferencia entre ambas variantes es cualitativa. Mientras que en el primer supuesto el comportamiento del operario no excede los contornos de la libertad de acción jurídicamente garantizada, pues externamente su conducta no puede ser socialmente valorada como perturbadora o desestabilizadora de la expectativa de respeto a la propiedad ajena, y ello aunque haya pensado en apropiarse el valioso reloj,⁴⁸ en la segunda variante el apoderamiento *provisional* del reloj ya configura un suceso externamente perturbador, al punto que los guardias de seguridad podrían detener al operario en la medida que presencian un hurto en flagrancia delictiva. La devolución del reloj que realiza el operario antes de ser descubierto y antes de abandonar la oficina del profesor impide que el suceso avance hasta la configuración *definitiva* de la tentativa y que permanezca como una *tentativa inacabada voluntariamente desistida*. Mas el desistimiento voluntario del operario no borra el quebrantamiento de expectativas ya producido, sino

ción. 2.ª ed. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, 26/2: «El desistimiento es un comportamiento posterior al hecho, bien entendido que sólo se puede llevar a cabo cuando ya concurre un comportamiento punible (la tentativa). Sin embargo, el desistimiento es un comportamiento posterior al hecho especial en tanto que no tiene lugar tras un hecho concluido, sino que continúa y concluye un comportamiento inconcluso de modo ahora contrapuesto. Lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa, sino que puede aún modificar el comportamiento de la tentativa. El desistimiento es modificación del hecho» [cursivas y texto entre paréntesis en el original].

⁴⁸ *Ello es conforme con el principio del hecho, expresado negativamente en la fórmula cogitationis poenam nemo patitur y explicado por JAKOBS, Günther. «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico». Trad. de Enrique Peñaranda Ramos. Estudios de Derecho Penal. Op. cit., p. 323, del siguiente modo: «Sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta» [cursivas y texto entre paréntesis en el original].*

que su retroceso —devolución del reloj— solo puede tener efectos hacia el futuro: no acabamiento de la tentativa, pero de ningún modo puede conferírsele el efecto de convertir en inexistente *algo* que existió. Dicho con palabras de Jakobs, «únicamente el presente se puede modificar: no cabe resucitar el pasado». ⁴⁹

El *cierre comunicativo*, momento a partir del cual la conducta es separada de su autor, puede ocurrir de dos modos:⁵⁰ (1) *Pérdida o renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho*. Cada vez que el autor ejecuta una conducta en la suposición de que en virtud de ella concurre un riesgo irreversible y de magnitud relevante de realización del tipo, renuncia simultáneamente en esa medida a una influencia ulterior sobre el acontecimiento y declara como concluida su expresión de sentido; y (2) *Pérdida objetiva de control sobre el hecho*. Ocurre cuando, sin haberlo organizado por sí mismo, la influencia sobre la conducta le es sustraída al autor por una circunstancia externa, independiente de su decisión. Se trata de los casos en que el autor reconoce que la tentativa se ha revelado como inidónea (tentativa fracasada) y los casos en los que el autor advierte —contrariamente a lo planificado— que la posibilidad de reversión se ha revelado inidónea (casos de consumación anticipada, también denominados de «desistimiento malogrado»).

Si luego de haber renunciado conscientemente a las posibilidades de modificar el hecho, o luego de que estas le son sustraídas, el autor recupera el control de los riesgos creados, su retirada voluntaria o renuncia a repetir el intento debe interpretarse como una toma de postura actual y futura, mas no como una reinterpretación de su anterior hecho, cuya modificación ya no es posible, pues este ya pertenece irremisiblemente al pasado.⁵¹

⁴⁹ JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». *Op. cit.*, p. 330 [cursivas en el original].

⁵⁰ *Cfr. Ib.*, pp. 328-331.

⁵¹ Al respecto, existe una encendida discusión doctrinal en torno a estos casos en los que el autor se abstiene voluntariamente de continuar la ejecución luego de una tentativa fracasada. 1. La antigua jurisprudencia alemana adoptó la «teoría del plan del autor». Si el plan del autor se limitaba a un acto concreto y este fracasaba, la renuncia a nuevo emprendimiento que asegure el resultado no se tenía como desistimiento. Por el contrario, si el plan del autor no se limitaba a ningún acto concreto, luego de un fracaso inicial, era posible el desistimiento si se abandonaba la ejecución. Esta perspectiva de análisis fue abandonada por favorecer a los autores con planes alternativos y por asumir un criterio puramente psicológico. 2. Actualmente, la jurisprudencia alemana asume la llamada «teoría de la comprensión global». Según esta tesis, la posibilidad de apreciar un desistimiento voluntario dependía de si el autor, luego del intento fracasado, abandonaba la ejecución a pesar de considerar aún posible la obtención del resultado inicialmente buscado. 3. La «teoría del acto individual», defendida por Jakobs en su versión radical, concibe cada emprendimiento como una tentativa independiente, como una tentativa acabada parcial, de modo que, luego del fracaso, no cabe un desistimiento

Bajo una comprensión puramente normativa, en la que el derecho penal no se orienta principalmente a la protección de substratos fácticos, el punto de inflexión decisivo que determina la transformación del injusto típico de *tentativa inacabada* a *tentativa acabada* viene dado por el momento en que el sujeto pierde la posibilidad segura de revocar el riesgo de lesión creado para el bien jurídico de que se trate. En un plano ideal, la *tentativa inacabada* empieza cuando el riesgo creado ya tiene el significado de lesión de la vigencia de la norma (es objetivamente imputable), pero aún es dominado completamente por el autor, y termina cuando el sujeto pierde la posibilidad segura de revocarlo. En cambio, la *tentativa acabada* comienza precisamente con la pérdida de dicha posibilidad y termina cuando el comportamiento alcanza el significado de máxima lesión de expectativas penalmente aseguradas; este momento puede coincidir con el acaecimiento del resultado en sentido naturalista. Conforme a esta perspectiva, debe entenderse que la pena conminada en los tipos de la parte especial corresponde a la *tentativa acabada* (consumación jurídico-penal) y que la atenuación obligatoria prevista en el artículo 16 CP91 y en el artículo 62 CP95 está referida a los supuestos de *tentativa inacabada*. Bajo esta comprensión, se explica adecuadamente el mencionado régimen de atenuación obligatoria en materia de tentativa (inacabada), pues, cuando el autor abandona la ejecución o es descubierto antes de perder el control absoluto del suceso, la necesidad de reestabilización es menos intensa que en aquellos casos en los que el riesgo ya no es dominado por su creador.

(iii) Por su parte, la consumación físico-natural puede acaecer en un momento más o menos próximo a la consumación jurídico-penal o bien puede que aquella no llegue a materializarse. Empero, en todo caso, la consumación físico-natural no es decisiva para el acabamiento o perfeccionamiento de la tentativa, sino que tras ella se inicia la fase de agotamiento o terminación del delito. Si se entiende, como en el presente trabajo, que las penas conminadas en los preceptos de la parte especial se refieren a la tentativa acabada, se antoja perfectamente posible la imposición de la pena máxima prevista en un determinado tipo legal en supuestos en los que no se ha producido la consumación físico-natural, pero sí la consumación jurídico-penal del delito. Ello sucederá en los casos en que el comportamiento del sujeto posea el significado de máxima desautorización de la validez de la norma, aunque no haya llegado a producirse el resultado físico-natural del delito por causas ajenas al autor.

respecto de los riesgos extintos ya no dominados, mas, si el riesgo creado en un primer momento se frustra, pero el autor mantiene bajo control nuevas posibilidades de lesión, el abandono de su ejecución suprime la relevancia penal del riesgo desplazado.

Esta reelaboración normativa de los conceptos de *tentativa acabada* y *tentativa inacabada* conlleva una ruptura con la distinción —anclada en criterios naturalistas y psicológicos— que tradicionalmente se hace de ambos términos. Como es sabido, la doctrina dominante cifra tal diferenciación en criterios subjetivos, sobre cuya base la tentativa es calificada como inacabada cuando, de acuerdo con la representación del autor, este cree no haber hecho todo lo suficiente para que acaezca consumación, y es calificada como acabada cuando el sujeto se representa como quien ya ha hecho todo lo necesario para que se produzca la consumación físico-natural.⁵² Según esta concepción, la única diferencia existente entre el «desistimiento de la tentativa inacabada» y el «desistimiento en la tentativa acabada» es la forma pasiva o activa en que se cumple la reversión del riesgo creado o la evitación del resultado. En la tentativa inacabada, será suficiente un dejar de actuar para apreciar un desistimiento válido, mientras que, en la tentativa acabada, hará falta que el autor realice actos positivos de revocación (el denominado *arrepentimiento activo*).

No obstante, si se parte de la existencia de una identidad normativa entre acción y omisión,⁵³ la eficacia del «desistimiento voluntario» en una comprensión naturalista de la tentativa acabada e inacabada puede reconducirse a la exigencia de que el sujeto retire de la esfera organizativa arrogada el curso lesivo creado y que, en alguna medida, aún domina, sin importar que, para ello, deba desplegar un enorme esfuerzo físico o simplemente le sea suficiente con abstenerse de seguir actuando.

IV. Sobre el carácter disfuncional de la plena exención de responsabilidad por «desistimiento voluntario» de la tentativa

Si, como se ha visto, el «desistimiento voluntario» siempre acaece luego de que ya ha tenido lugar el quebrantamiento perfecto de la norma, la opción legislativa por una completa exención de pena equivale a afirmar que algo que ya es penalmente relevante deja absolutamente de serlo. En lo que alcanzo a ver, cuando Jakobs afirma que la revocación voluntaria de los riesgos por parte del autor debe interpretarse como modificación de la orientación de su conducta, de forma tal que este puede quedar exento de pena,⁵⁴

⁵² JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. *Op. cit.*, p. 581.

⁵³ Conforme lo ha demostrado, a mi juicio convincentemente, JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en derecho penal*. Trad. de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Cuadernos de conferencias y artículos, n.º 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, *passim*.

⁵⁴ JAKOBS, Günther. «El desistimiento como modificación del hecho». *Op. cit.*, p. 345.

en realidad solo está delimitando el ámbito en que opera el instituto del «desistimiento voluntario» (únicamente puede desistirse de un injusto aún no configurado de modo definitivo!). Sin embargo, con ello no viene a legitimarse la consecuencia jurídica prevista para los casos de desistimiento de la tentativa en la regulación alemana vigente, que —al igual que el ordenamiento español y peruano— le confiere efectos de plena exoneración de responsabilidad penal. Esta impresión es fortalecida por la siguiente afirmación que realiza el propio Jakobs en su *Lehrbuch*:

La modificación del hecho desde luego sólo tiene lugar después de que el hecho se haya hecho avanzar hasta lo punible; este hecho de la tentativa que ha tenido ya lugar no lo puede hacer desvanecerse retroactivamente el desistimiento, que sólo puede quitarle al hecho su univocidad para el futuro. Dado que, aunque el autor no deja que la tentativa llegue a la consumación, sin embargo antes la ha puesto en marcha, mediante el desistimiento no se gana gratificación alguna frente al *status quo ante*, sino que *el desistimiento no puede hacer como que no ha ocurrido la mácula de que la tentativa existió en algún momento*. Cuando el autor se preocupa por la cesación inmediata de la tentativa, ello no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber. *La plena impunidad en el Derecho vigente sólo cabe explicarla, dada esta situación, por el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal.*⁵⁵

El sujeto que desiste no *anula* el carácter injusto que impregnó a su hecho al momento de comenzar la ejecución del delito (inicio de la tentativa), sino que, en la medida que activa la posibilidad de revocación que se reservó de modo seguro al iniciar la ejecución, impide que su injusto provisional se convierta en definitivo. Al tratarse de un hecho actual (comunicativamente abierto) y no pasado, la tentativa no fracasada aún es susceptible de modificación *parcial* por medio del «desistimiento voluntario», pero no de modificación *completa*. En cuanto el resto de injusto provisional no puede ser borrado, los supuestos de «desistimiento voluntario» no deberían ser distinguidos con la impunidad, sino con una pena (o su equivalente funcional) más benigna que la correspondiente a la tentativa no desistida.

En la medida en que el sujeto sigue siendo destinatario de expectativas normativas negativas (consistentes en «no terminar de dañar») en la fase que va desde el inicio de la tentativa hasta su conclusión o acabamiento, el «desistimiento voluntario» debe ser interpretado como un acto debido vinculado a deberes de aseguramiento de la propia esfera organizativa. Una vez

⁵⁵ JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Op. cit., 26/2 [cursivas añadidas].

que ha concluido la tentativa (cuando el control sobre el hecho ha sido abandonado por el sujeto o le ha sido sustraído por factores externos), el agente solo es destinatario de expectativas positivas (dirigidas a «evitar la consumación») expresadas en deberes de salvamento, cuyo cumplimiento o infracción expresan respectivamente una menor o mayor objetivación del quebrantamiento de la norma. Si se cumplen los deberes de salvamento, no se intensifica el quebrantamiento pasado, pero tampoco se disminuye. Por su parte, la infracción de dichos deberes de salvamento por parte del agente debe interpretarse como intensificación del injusto típico; de esta forma, se puede llegar a imponer en tal caso la pena máxima conminada en el correspondiente precepto de la parte especial.

La determinación del contenido de los deberes que se dirigen al autor con posterioridad al hecho (al perfeccionamiento o acabamiento de la tentativa), así como los efectos jurídico-penales de su incumplimiento, es una de las tareas pendientes en el sistema funcional normativista desarrollado por Jakobs. En este sentido, Rey Sanfíz ha puesto en evidencia que dicho esquema necesita de un desarrollo más detallado en lo referente a los distintos grados de objetivación de la ruptura de la norma como aumento cuantitativo del injusto, desde su primera objetivación hasta la consumación, incluido el resultado en sentido naturalista.⁵⁶ Por su parte, Ragués i Vallès ha destacado que la determinación del *quantum* de la pena constituye una de las principales debilidades de los partidarios del concepto comunicativo de injusto.⁵⁷

Como se ha visto en el epígrafe II, las teorías que buscan fundamentar los efectos exoneratorios del «desistimiento voluntario» suelen invocar consideraciones de *utilidad social*. A esta idea subyace una comprensión naturalista del derecho penal, bajo la que se le concibe como instrumento orientado

⁵⁶ REY SANFÍZ, Luis Carlos. *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*. Op. cit., pp. 100- 104. Otras de las críticas que formula esta autor a los planteamientos de Jakobs en materia de tentativa es la remisión al plan del autor para determinar si el sujeto domina o no los riesgos creados, aunque debe mencionarse que dicha remisión constituye una exigencia impuesta de lege lata por la definición de tentativa del §22 StGB. Empero, conforme expone Rey Sanfíz, la concreción del principio según el cual el autor no debe ejecutar mediante su comportamiento un riesgo no permitido que le es reconocible debería llevar a conferir únicamente relevancia en la determinación de un injusto de tentativa funcional a los conocimientos imputados o atribuidos a la concreta persona del autor, de modo que no debería ser necesario partir del plan ni de los conocimientos o pronósticos individuales del autor, ni de su resolución de consumir el delito, sino exclusivamente de los conocimientos atribuidos a la persona con independencia de que concurran efectivamente en el individuo.

⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. «Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI». *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 2, 2001, pp. 523-547.

a prevenir la destrucción de objetos de la naturaleza preexistentes al hombre y cuyo paradigma de sujeto es el *homo oeconomicus* que solo opera guiado por criterios de racionalidad instrumental; que sopesa los beneficios que le reportaría la perpetración del hecho delictivo con los perjuicios de la probable imposición de una pena; y que —como tal— su comportamiento debe ser encauzado o dirigido coercitivamente por las normas penales, sea disuadiéndolo mediante la amenaza de sanción o incentivándolo mediante dispositivos eximentes de responsabilidad.⁵⁸ Desde esta perspectiva, la oferta de impunidad contenida en el precepto que regula el «desistimiento voluntario» no es más que una forma de incentivar el cumplimiento de un deber, consistente en abandonar la ejecución o evitar el menoscabo del sustrato físico del bien jurídico contra el que ha dirigido la conducta del autor.

En el modelo metodológico naturalista de derecho penal, el autor del delito es tomado en su facticidad y en su realidad psicofísica, como ser abstraído de su contexto social, de modo que las relaciones intersubjetivas son interpretadas en sentido empírico o mecánico-causal.⁵⁹ En términos de la filosofía kantiana, se trata del *homo phaenomenon*, cuyo comportamiento es exclusivamente explicado por medio del código básico de satisfacción/insatisfacción de las propias preferencias y que interactúa en un sistema social concebido como mera agrupación de múltiples sistemas individuales, en el que únicamente existen mundos respectivamente propios que deben ser administrados por cada uno y ningún mundo en común a todos.⁶⁰

En tal modelo, se comporta *racionalmente* quien en sus interacciones busca la maximización de su satisfacción, calculando costes y beneficios. En la medida en que el comportamiento esperado es aquel que está en conexión

⁵⁸ Para una descripción crítica del modelo naturalista de derecho penal, véase JAKOBS, Günther. «¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege?. Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma». Trad. de Manuel Cancio Meliá. En *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 47-73, en la que advierte que «el Derecho no es un muro protector colocado alrededor de los bienes, sino que es una relación entre personas» (p. 61) y que, «si la pena sólo fuera un amaestramiento por intimidación, ¿para qué el principio de culpabilidad, que es tenido en cuenta por cualquier derecho penal moderno cultivado?» (p. 50).

⁵⁹ LESCH, Heiko Hartmut. *Injusto y culpabilidad*. Trad. de Ramon Ragués i Vallès. Cuadernos de conferencias y artículos, n.º 27. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 7-21.

⁶⁰ REY SANFIZ, Luis Carlos. «Observación naturalista del derecho penal». En Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. T. I. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 749-764. Asimismo, cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003, pp. 18-25.

con la naturaleza egocéntrica del sujeto y no aquel que obedece a una racionalidad valorativa, el resto de individuos orientan su propia conducta sobre la base de expectativas cognitivas. Coincido con quienes consideran que, en el ámbito del derecho penal, la concepción del sujeto como *homo oeconomicus* supone una visión empírica de carácter psicológico-social simplificadora e imperfecta de la realidad, pues la imagen de un maximizador racional y egoísta de ventajas soslaya la dimensión valorativa inherente a la identidad histórica del individuo dentro del derecho.⁶¹ En definitiva, bajo tal concepción, se trata al sujeto «*como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro*».⁶² Esta especie de esquizofrenia del derecho penal naturalista alcanza niveles patológicos en el ámbito de las teorías preventivas de la pena de corte tradicional, cuya cara más amable reivindica los derechos fundamentales del hombre (especialmente la dignidad humana), a la vez que trata al sujeto como pedazo de naturaleza que necesita de incentivos y directivas y ante cuya inobservancia debe ser instrumentalizado mediante la imposición de un castigo.⁶³

Por el contrario, el sujeto observado a través de un lente puramente normativo se convierte en una persona constituida por su fidelidad al ordenamiento jurídico, que no necesita de incentivos para adecuar su comportamiento al derecho, pues la disposición a la fidelidad jurídica es inherente a su condición de sujeto imputable.⁶⁴ Partiendo de que las expectativas normativas carecen de autoresistencia frente a su defraudación, de modo que la reestabilización de su vigencia requiere de la imposición de una pena estatal o de su equivalente funcional,⁶⁵ el sujeto debe ser concebido con la carga de asegurarse por sí mismo la disponibilidad para el seguimiento de las normas.⁶⁶ Bajo tal comprensión normativa del sujeto, aquí compartida, no encuentra acomodo una pretendida exención completa de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa.

⁶¹ REY SANFIZ, Luis Carlos. «Observación naturalista del derecho penal». *Op. cit.*, p. 756.

⁶² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Principios de la filosofía del derecho*. Trad. de Juan Luis Vermal. 2.^a ed. Barcelona: Edhasa, 1999, § 99, p. 187.

⁶³ Véase LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. *Op. cit.*, pp. 38-71.

⁶⁴ Sobre tal concepción de persona, véase PÉREZ DEL VALLE, Carlos. «La persona del derecho penal en la filosofía del derecho de Hegel». En Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). *Op. cit.*, pp. 625-644.

⁶⁵ Sobre las características de las expectativas normativas en derecho penal en contraposición a las expectativas cognitivas, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. «Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el derecho penal». En Cuadernos de Política Criminal, n.º 71, 2000, pp. 391-423.

⁶⁶ GONZÁLEZ RIVERO, Pilar. «Imputación jurídico-penal en estado de defecto». En Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.). *Op. cit.*, p. 263 y ss.

Efectivamente, conforme con esta perspectiva, una vez que el quebrantamiento de las expectativas alcanza niveles de intolerabilidad jurídico penal (y ello siempre ocurre con el inicio de la tentativa!), dicha defraudación solo puede intensificarse o dejarse de intensificar con el comportamiento posterior del sujeto, pero lo que ya ha sido valorado como penalmente insoportable no puede reducirse o disminuirse a niveles de tolerabilidad, pues, al desistir de la continuación de la tentativa vía abandono de la ejecución (antes de que esta se perfeccione) o al evitar el acaecimiento del resultado naturalista del delito (luego del perfeccionamiento o acabamiento de la tentativa), el sujeto cumple respectivamente un deber de aseguramiento o de salvamento. El denominado «desistimiento voluntario» es un acto debido, no un acto supererogatorio que merezca ser premiado. Dicho carácter y, por consiguiente, lo discutible del otorgamiento de consecuencias beneficiosas a tal instituto jurídico-penal ha sido destacado en la doctrina española por Silva Sánchez:

Resulta discutible que el modelo de regulación por el que se ha optado sea el más adecuado. En efecto, para plantear coherentemente la solución de cualquier problema en relación con la figura del desistimiento de la tentativa lo primero que habría que poner de relieve es que el desistimiento es, por encima de otra consideración, casi siempre un «acto debido» (un curso salvador generalmente obligatorio): El desistimiento pasivo está, a tales efectos, regido por la norma que proscribía la tentativa ya iniciada; el desistimiento activo, en cambio, por una norma de mandato cuya infracción hace al sujeto responsable de un delito de omisión. Tratándose de un acto debido, cuya no realización conlleva ulteriores infracciones normativas, está claro que la atribución de consecuencias beneficiosas adicionales al sujeto que desiste es discutible.⁶⁷

La razón por la que una tentativa voluntariamente desistida es sancionada con menor pena que un injusto que alcanza la consumación jurídico-penal reside en que el hecho del autor no puede ser interpretado como negación *definitiva* de las expectativas normativas inicialmente quebrantadas de modo *provisional*, puesto que, al abandonar la ejecución o evitar la consumación jurídico-penal —siempre que el sujeto se haya reservado con seguridad dicha posibilidad al momento de iniciar la ejecución—, el autor imprime inequívocamente un cambio de sentido al hecho. Por ello, el «desistimiento voluntario» no debe concebirse como equivalente funcional a la

⁶⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «La regulación del *iter criminis*». *Op. cit.*, p. 141. La matización relativa a que el desistimiento se trataría casi siempre de un acto debido obedece a que —a juicio del profesor Silva Sánchez— dicho carácter obligatorio puede quedar restringido en algunos supuestos por consideraciones de exigibilidad (p. 141, nota 362).

pena, pues no se trata de una reacción contrafáctica que reestablezca la vigencia de la expectativa anteriormente quebrantada, sino que, más bien, debe concebirse como *causa que impide la configuración definitiva del injusto típico*.

Esta comprensión del «desistimiento voluntario» permite distinguir nítidamente sus efectos de aquellos que producen los subinstitutos liberadores de la imputación objetiva (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso e imputación a la víctima). Valorativamente, no es lo mismo un comportamiento que ya superó el umbral de intolerabilidad penal, aunque al momento de realizarlo el sujeto se reserve la posibilidad segura de revocación, que uno que nunca expresó sentido contrario a la vigencia de expectativas normativas. La conducta de quien inicia una tentativa que domina plenamente y luego desiste no merece la misma valoración que aquella de quien siempre se mantuvo dentro del riesgo permitido. Solo en este último caso la adecuación de la conducta a los contornos de la libertad jurídicamente garantizada determina que el hecho sea —*ab initio*— jurídico-penalmente irrelevante, mientras que, en el primer supuesto, el abandono voluntario de la ejecución o la evitación del resultado únicamente expresa la menor intensificación de un quebrantamiento normativo ya producido, aunque solo lo haya sido provisionalmente.

Con la regulación actualmente vigente en materia de «desistimiento voluntario», se premia a quien cumple con su deber. Aplicando lo dispuesto en el artículo 18 CP91 a supuestos estructuralmente similares al del mencionado caso del hospital, debería sancionarse únicamente por lesiones —y no por tentativa de homicidio— al marido que, luego de infligirle una brutal paliza a su mujer, siendo consciente de la gravedad que para la vida de su cónyuge entrañaban los golpes propinados, la socorre y acompaña al interior de un centro médico, donde esta recibe atención y es salvada de morir. Y ello debe ocurrir aunque la mujer se haya salvado por azar o por la habilidad de los médicos que la atendieron. En los casos que presentan esta dinámica comisiva, el ordenamiento exige que el juez condene por un delito (lesiones) que ni objetiva ni subjetivamente tuvo en consideración el sujeto al momento de actuar y no por el tipo penal que fue objetiva y subjetivamente configurado desde un inicio por el autor (parricidio en grado de tentativa).

A mi juicio, la derogación del instituto del «desistimiento voluntario» permitiría que la valoración jurídico-penal del suceso fuera coincidente con el esquema de interpretación social imperante, de modo tal que, si el autor de la paliza consideró como no improbable la producción instantánea de la muerte de su esposa, el control sobre el riesgo de un homicidio instantáneo por la acción ejecutada ha de considerarse irremisiblemente perdido al finalizar la

golpiza. El posterior comportamiento de salvación —exitoso— no puede modificar su anterior intento de homicidio instantáneo, de manera que la valoración jurídico-penal del hecho como parricidio en grado de tentativa no podrá ser modificada, aunque el marido acompañe a su mujer hasta el interior del hospital y contrate los servicios del mejor médico e, incluso, aunque se ofrezca como donante de sangre. Antes bien, el comportamiento posterior a la golpiza debe ser valorado como cumplimiento de deberes de salvamento y debe tomarse en consideración en fase de determinación judicial de la pena, en la que corresponde graduar la intensidad con que se ha objetivado la defraudación de expectativas vinculadas, en este caso, al respeto de la vida ajena.

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 469

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 471

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 473

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 475

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 477

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 479

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 481

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 483

El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» 485