

¿TENTATIVA FRACASADA EXISTIENDO POSIBILIDADES DE REALIZAR AÚN EL TIPO?

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO

Profesor Titular de la Universidad de Extremadura (Cáceres)

Sumario

1. Introducción.–2. Debate jurisprudencial.–3. Debate doctrinal.–4. Solución propuesta. Supuestos particulares.–5. La singularidad de los casos de dolo eventual (¿desistimiento tras haberse alcanzado el objetivo?)

1. Introducción

Pertenece al acervo común doctrinal la idea de que si el intento de realizar el delito ha fracasado definitivamente, no cabe apreciar desistimiento que exima de penalidad por la tentativa, puesto que, al considerar imposible el sujeto la realización del resultado en caso de continuar actuando, no depende ya de su voluntad conseguir efectivamente la consumación. Lo cual se reconoce tanto para los supuestos en que el autor es consciente de ello como para aquellos en que lo supone erróneamente. Se ha acuñado, pues, el concepto de *tentativa fracasada* o fallida para excluir del privilegio del desistimiento los supuestos en que el autor, sobre la base de su enfoque de la situación, carece de posibilidad alguna de apartarse de su comportamiento ilícito de tentativa, volviendo a la legalidad, ya sea dejando de actuar, ya sea evitando el resultado¹. Lo que se estima imposible de conse-

¹ Cfr. por todos RUDOLPHI: SK, § 24, núm. marg. 8.

guir, bien por imposibilidad física (p. ej., el ladrón es absolutamente incapaz de abrir la puerta) o jurídica (p. ej., la víctima de la violación o del hurto consiente en el hecho), no cabe ni siquiera seguir intentándolo², y por tanto el abandono nunca podrá presentar el sentido de vuelta al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el concepto de fracaso en la ejecución como obstáculo al desistimiento se ve puesto a prueba especialmente cuando, si bien ha sido fallido algún acto anterior, alcanzar la consumación no es imposible, ya que el sujeto tiene a su disposición aún otras posibilidades no utilizadas, con sólo *repetir* el intento de igual manera (medios homogéneos con respecto a la primera ocasión) o recurrir a *otros* medios disponibles (heterogéneos). Por ejemplo: El acusado se proponía matar a su novia golpeándola con una botella en la cabeza, al fracasar lo cual le apretó el cuello hasta hacerla perder el sentido, momento en que cambió de idea, abandonando el hecho³. O bien: Una embarazada intentó abortar en cinco días consecutivos con determinadas abluciones, cada una de las cuales consideró idónea para su objetivo, que no consiguió, desistiendo de seguir intentándolo debido a promesa de matrimonio⁴.

Se trata de los supuestos de tentativa fracasada *impropia*⁵, o de fracaso *no definitivo*, cuya solución en uno u otro sentido, vinculada directamente —huelga advertirlo— con los criterios de definición del fracaso de la tentativa, entraña la notabilísima diferencia entre la exención de pena debida a desistimiento y la responsabilidad por tentativa del delito en cuestión, si se niega la posibilidad de desistir. ¿Es posible, pues, concederle aquí al sujeto la posibilidad de desistimiento *voluntario* con eficacia eximente? Porque cabría pensar que la cuestión que se plantea es precisamente la del carácter voluntario del desistimiento⁶, teniendo en cuenta como punto de partida que *no*

² Así, ROXIN: «Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch», en *Festschrift für Heinitz*, 1972, p. 253.

³ BGH 10, 129.

⁴ RG LZ 1915, 302. Amplio análisis de la jurisprudencia alemana en Otto, «Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt», en *GA* 1967, pp. 144 y ss.

⁵ Término no muy extendido; *cfr.* BOTTKE: *Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB*, 1980, pp. 20 y ss.; MUÑOZ CONDE: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, 1972, p. 103; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal. Parte General*, 2002, p. 439.

⁶ En otro sentido, se ha indicado que en la tentativa fracasada no falta sólo la voluntariedad del desistimiento, sino con carácter previo el propio abandono del hecho (RUDOLPHI, *SK*, § 24, núm. marg. 9; Roxin, «Der fehlgeschlagene Versuch», en *JuS* 1981, p. 2). El objetivo de Rudolphi reside en subrayar la autonomía de la figura de la tentativa fracasada, apartándose, para la solución de los casos que nos ocupan, de la «tradicional interferencia» de los conceptos de voluntariedad y de tentativa acabada (num. marg. 8). Creo, sin embargo, que la cuestión no deja de ser terminológica:

puede evitarse la producción de un resultado que ya no puede conseguirse. «Desistir» implica una actividad del autor encaminada a evitar la consumación, lo que falta cuando la consumación del delito se ha convertido en imposible por una circunstancia distinta que la actividad requerida en el autor. En este caso faltaría la voluntariedad del abandono del hecho, y ello tanto si se la determina con criterios psicológicos (por responder el «abandono» a un motivo heterónomo) como normativos (dado que no cabe apreciar mérito moral alguno en tanto que continuar actuando ha devenido no razonable desde la perspectiva del delincuente ideal). Lo cual es cierto cuando media una imposibilidad absoluta de alcanzar la consumación, pero ¿y si cabe repetir inmediatamente el intento con perspectivas de éxito? ¿No desiste voluntariamente quien deja de servirse de esa posibilidad?

¿Se trata entonces de omitir *continuar* una tentativa iniciada —esto es, de desistir de ella— o de omitir *repetir* una fallida? O, por expresarlo en palabras de HERZBERG que resumen perfectamente el dilema: ¿de lo que se desiste es de continuar la ejecución del hecho o de consumir el delito mediante *otro* hecho?⁷ De optar por la primera posibilidad, habría que complementar el concepto de tentativa fracasada, circunscribiéndolo a los casos en que el autor sabe que no puede consumir el delito ni con los medios ya empleados ni con los disponibles que puede aún emplear.

La respuesta a la alternativa viene condicionada, evidentemente, por la consideración aislada o conjunta de lo hecho y lo aún factible. Aisladamente considerado, lo hecho sería constitutivo de una tentativa fallida, de la que no cabría desistir por las razones antes indicadas. Conjuntamente, no entrañaría sino una tentativa inacabada, de la que sería posible desistir no haciendo uso de las posibilidades disponibles

igualmente cabe estimar que hay abandono del hecho, si bien impuesto por las circunstancias, esto es, contra la voluntad del autor. En cualquier caso, no se da un abandono del hecho que reúna las características requeridas en la regulación del desistimiento; a partir de ahí, podemos optar por negar que haya abandono del hecho o por negar que el existente sea voluntario. En el mismo sentido aquí indicado, GÖSEL: «Über den fehlgeschlagenen Versuch», en *ZStW* 1975, pp. 37 s., quien por lo demás, y entre otros, rechaza la utilidad de un concepto independiente de tentativa fracasada (pp. 42 s.)

⁷ «Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung», en *Festschrift für Blau*, 1985, p. 97. Herzberg aprecia en estos casos un elemento de falta de voluntariedad: el autor fracasa involuntariamente y se ve también involuntariamente frente a una situación que le obliga a tomar una nueva decisión (p. 106; aun reconociendo a renglón seguido que lo determinante para el desistimiento es la voluntariedad de la nueva decisión de evitar el resultado), consideración claramente excesiva al menos cuando el primer tropiezo constituye simplemente un contratiempo y basta para la consumación con dejarse llevar por la tendencia a seguir actuando.

de consumación. En definitiva, la cuestión que ha de resolverse es la de con qué criterios determinar que se da una tentativa concreta: hasta dónde abarca la tentativa, si sólo comprende intentos individualizados o por el contrario todas las posibilidades disponibles de atacar al bien jurídico a lo largo de una misma actuación.

Al existir argumentos en favor de cualquiera de las dos soluciones, la doctrina se encuentra dividida entre la teoría del aislamiento —o del acto singular— y la de la consideración global, o (si acentúa la analogía con el concurso de delitos) de la unidad de acción⁸, junto con sus variantes, panorama que se complica con la contemplación del eventual plan del hecho por parte de la jurisprudencia.

A tal efecto, hay que tener presente que la fallida es precisamente la tentativa arquetípica, que se ajusta idealmente a la definición del propio legislador español: a tenor del art. 16.1 CP, hay tentativa cuando se da comienzo a la ejecución del delito por hechos exteriores y sin embargo el resultado «no se produce por causas independientes de la voluntad del autor». Al intento fracasado, por tanto, le conviene en principio la penalidad por tentativa. Baste recordar, además, la propia terminología legal del anterior CP (delito frustrado)⁹. En suma y en líneas generales, la conducta delictiva o tiene éxito, y da lugar a un delito consumado, o no, y entonces hay que preguntarse si el fracaso se debe a la voluntad del autor (desistimiento) o a cualquier otra causa distinta (responsabilidad por tentativa).

En esta última alternativa, el elemento que decide sobre si se debe responder por tentativa o se está exento de pena por desistimiento, es si cabe estimar que, cuando tras un intento no se produce el resultado, pero sí se dispone aún de posibilidades de consumir, el hecho de que no se llegue a la consumación puede atribuirse a la voluntad del autor o bien a causas independientes de ésta, como puede ser la falta de efectos del intento, ya sea debida a causas intrínsecas o extrínsecas. Dicho de otro modo, el carácter voluntario del desistimiento puede hacerse depender de la posibilidad de seguir actuando aún, que no se utiliza, o puede negarse de entrada ante el fracaso de

⁸ En terminología de BORCHERT-HELLMANN: «Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit», en GA 1982, pp. 429 y ss.

⁹ Correspondiente a las figuras del «delitto frustrato» y del «délit manqué» de los Derechos italiano y francés (*cf.* al respecto Gössel, ZStW 1975, pp. 8 y ss.). Lo que no significa, evidentemente, que no quepa asimismo la frustración de la tentativa inacabada: que el autor no haya llevado a cabo todos los actos planeados, y que por tanto tenga que desplegar aún otros, no impide que le sea imposible la consumación o que carezca ya de sentido para él realizar estos otros.

la actuación ya llevada a cabo, en tanto que el fracaso establecería una cesura con lo venidero, que entrañaría simultáneamente sellar lo ya actuado como algo pasado y por tanto inmodificable. En el primer caso, se tendría en cuenta en favor del privilegio del desistimiento que, existiendo una genuina alternativa (lesionar el bien jurídico o dejarlo intacto), estando por tanto aún a merced del autor el bien jurídico, optó por no menoscabarlo; en el segundo, primaría el hecho de que el sujeto ya había dejado de su mano una vez el curso del hecho, siendo consciente de no haber conseguido su objetivo (en terminología de nuestro CP: obedeciendo la ausencia de producción del resultado a «causas ajenas a su voluntad»).

Ha de formularse, no obstante, una matización, que sólo tangencialmente afecta a la cuestión objeto del presente análisis¹⁰. Afirmar eventualmente la posibilidad de seguir actuando no implicaría la estimación automática de la voluntariedad del desistimiento, puesto que la posibilidad de seguir actuando es el requisito mínimo de ésta (evidentemente, quien no puede conseguir ya su objetivo no puede decirse que desiste de conseguirlo voluntariamente, sino por el contrario muy a su pesar), si bien no suficiente, pues para estimarla hace falta una valoración global del proceso de motivación del sujeto. Así, la voluntariedad no puede depender sólo de si se cuenta o no con la posibilidad de seguir actuando, pues quien sabe que, si bien puede llegar a consumir el tipo, es al precio de ser descubierto y castigado a renglón seguido o en general corriendo un riesgo desproporcionado o inasumible, si no prosigue actuando, no puede aspirar al privilegio del desistimiento, se fundamente como se fundamente la razón de ser de éste¹¹. Ahora bien, una vez sentada esta consideración, por lo que respecta al objeto del presente análisis es indudable que la apreciación del fracaso cerraría el paso desde el principio al carácter voluntario del desistimiento, razón por la cual conviene estudiar el problema de cuándo cabe desistimiento, mediando posibilidad de consumir, de la mano de las distintas soluciones doctrinales y jurisprudenciales.

2. Debate jurisprudencial

El Tribunal Supremo alemán (RG y, al principio, el BGH)¹² seguía la teoría del plan del hecho relativo al modo de comisión, previendo un tratamiento distinto en función de si el autor actuaba en ejecu-

¹⁰ En tal sentido, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, pp. 111 s.

¹¹ Así, ROXIN, en *Festschrift für Heinitz*, 1972, p. 254.

¹² *Cfr.* el análisis de la evolución de la jurisprudencia alemana en Otto, GA 1967, pp. 145 y ss.

ción de un plan prefijado o no. Para lo cual, atendía —a efectos de apreciar desistimiento— a qué acciones consideró el autor necesarias y quiso realizar, al comenzar su plan, para alcanzar el resultado del tipo. En particular, en varias sentencias sobre tentativas de aborto, se regía por si el resultado lesivo se pensaba conseguir con una serie de actos (p. ej., una serie de baños con determinadas sustancias o una serie de tragos de determinada infusión) o sólo con actos individuales (p. ej., un solo baño o inyección o lavado vaginal, o ingesta de una infusión). Si el autor no las realizó todas, en tanto que lo llevado a cabo constituiría una tentativa inacabada, el mero abandono del hecho sería suficiente para estimar desistimiento. Si en cambio las realizó todas sin que fueran idóneas para causar el resultado, se califica de tentativa fallida, que cierra el paso al desistimiento si el autor se percató de ello (puesto que se trataría de una tentativa acabada), aun cuando entonces reflexionara sobre otras posibilidades de consumación que no llegó a materializar. El desistimiento se descarta en este último caso con el argumento de que el mero *omitir ulteriores acciones de tentativa* posibles, una vez considerado concluido (= cerrado) el primer intento, no constituye evitación del resultado y por tanto no fundamenta exención de pena.

Entre los problemas que plantea este criterio, destaca el de su no aplicabilidad a todos los supuestos, por cuanto que en muchas ocasiones el autor actúa sin un plan nítidamente preconcebido, y para ellas habría que determinar otro criterio de individualización de la tentativa. Pues bien, para estos casos en que el autor, sin plan predefinido o bien con uno trazado únicamente a grandes rasgos, sólo trataba de conseguir su objetivo como fuera —esto es, pensaba simplemente actuar hasta conseguir el resultado—, para determinar si la tentativa sin éxito es acabada o inacabada, se propone atender, en el momento de concluir la ejecución, a si lo hecho hasta entonces lo considera suficiente o no el autor para determinar la consumación: si lo considera insuficiente, procede calificar de tentativa inacabada, y si considera posible que sea ya adecuado para producir el resultado, acabada (con la consiguiente imposibilidad de desistimiento).

A este criterio jurisprudencial se le objetaba, por otra parte, que hacía depender de la voluntad del autor la decisión sobre si puede darse por concluido o no el intento, siendo así que corresponde al ordenamiento jurídico, y no al arbitrio del autor, decidir hasta dónde abarca la tentativa¹³. Asimismo, que conduce a una conclusión ab-

¹³ Así, Puppe, «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch», en *NSiZ* 1986, p. 15.

surda e inaceptable desde la perspectiva político-criminal, al favorecer al autor cuidadoso, calculador y de sangre fría, que incluye en el cálculo todas las posibilidades, aunque sea por pura desconfianza¹⁴. Esto es, se reprocha que reconoce más posibilidades de desistir al sujeto más peligroso, el que también tuviera dispuestos más actos en reserva para el caso de fracasos iniciales, mientras que siempre hace responder por tentativa al sujeto irreflexivo (y por ende menos peligroso), que piensa consumir con un único acto. P. ej., si ha disparado 99 de los 100 cartuchos que planeaba disparar, aún se le permite desistir no disparando el último, pero no si creía que iba a matar a la víctima del *primer* disparo y deja de disparar a continuación. Podría decirse que el sujeto calculador se hace con más posibilidades de desistir al prever en su plan poner en peligro otras veces más a la víctima. Por no hablar de que sería difícil desmontar la invocación del sujeto hábil, en su defensa, de que contaba con posibilidades ulteriores de consumir, mientras que se vería perjudicado el que francamente confesara, p. ej., que pensaba matar a la víctima de un solo disparo, cuando paradójicamente, desde consideraciones de peligrosidad y de reprochabilidad, tal invocación hablaría en contra de aquél y a favor de éste.

Además, el criterio del plan olvida que en los delitos pasionales, como los de sangre o contra la libertad sexual, no hay plan alguno previo de actuación que haya tenido en cuenta posibles inconvenientes y medidas contrarias en reserva. El autor en esta situación, tras el afortunado fracaso del primer intento, es probable que, con la cabeza más fría, desista de continuar, p. ej., estrangulando a la víctima una vez se ha revelado fallido el intento de apuñalarla. Indudablemente, la teoría del desistimiento tiene que ser flexible y ofrecer una salida «proclive al desistimiento» a estas situaciones, aunque sólo sea por no «cortar la retirada» al autor, una vez que se ha serenado, ofreciéndole así un aliciente para no sentirse impulsado, puesto que ya estaría todo perdido, a culminar su propósito. Debe resultar, pues, irrelevante que el autor haya planificado o no con precisión conseguir su meta con uno o varios actos.

Además, se tilda de incoherente un planteamiento que no adopta la misma perspectiva para decidir con respecto a todos los supuestos, sino que en los casos de autor que obra planificadamente atiende a la representación subjetiva en el momento del inicio de la acción, mientras que en los demás casos lo hace a las representaciones del autor en el momento de concluir su actuar.

¹⁴ Así, BORCHERT-HELLMANN, GA 1982, p. 431, con más referencias en nota 7; p. 113; OTTO, GA 1967, pp. 147 s.; ROXIN, en *Festschrift für Heinitz*, 1972, p. 267; RUDOLPHI, SK, § 24, n.º marg. 12

Por todas estas razones, la doctrina dominante ha rechazado la diferenciación en vista de si al autor tuvo al iniciar el hecho, o no, un plan perfectamente delineado¹⁵, entendiéndose que determinante para un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos es el momento de adoptar la decisión de desistir (el denominado «horizonte del desistimiento»), al margen de si el autor considera ya completamente realizado o no el plan inicialmente trazado. Lo cual es evidente —y la propia jurisprudencia inicial lo reconoce— cuando el autor carecía de plan; pero aun cuando lo hubiera tenido, la tentativa sólo puede estimarse acabada si, tras el último acto ejecutivo, el sujeto considera posible el resultado, *esté o no ya plenamente realizado el plan* y con independencia de su configuración. De donde se desprende que si la tentativa está terminada hace falta un actuar contrario; pero si no, el mero aducir que se ha realizado ya el plan (no siendo el sujeto consciente de haber generado un peligro próximo de resultado), existiendo aún posibilidades ejecutivas en principio eficaces, no puede cerrar el paso al desistimiento.

A consecuencia de las críticas recibidas, el BGH ha ido cambiando paulatinamente su orientación. En un primer momento, pretendió eludir las consecuencias injustas a que conducía su teoría del plan del hecho, distanciándose de la planificación del autor, pero a la vez de la coherencia con su planteamiento, incluso contradiciendo hechos ya declarados probados. Así, en el supuesto BGH 22, 177, pese a que el tribunal de primera instancia declaró hecho probado que el autor consideraba suficiente un golpe con unas tenazas para matar a su hijastra, el alto tribunal estimó que en tales circunstancias quien golpea a la víctima por lo general no piensa en cuántos golpes se propone asestar, y que haber supuesto que el primer golpe ya sería efectivo no excluye la voluntad o resolución de asestar tantos golpes como fueran precisos, existente desde el principio del curso del hecho. Con razón ha señalado SCHRÖDER¹⁶ que en este caso el BGH ha operado una corrección —de apariencia arbitraria— con respecto a las representaciones del autor, declaradas probadas, de donde se deriva la transformación de una tentativa acabada en inacabada.

Tras esta fase de transición, desde 1982 el BGH ha abandonado totalmente el criterio del plan¹⁷, adoptando una pauta más favorable a reconocer el desistimiento, al generalizar las consecuencias jurídicas que preveía para los supuestos de actuación sin plan previamente trazado. Según ésta, estima que la tentativa está acabada, al mar-

¹⁵ Cfr. VOGLER: *LK*, 1985, § 24, núms. margs. 65 y ss.

¹⁶ SCHÖNKE-SCHRÖDER: *StGB Kommentar*, 1972, § 46, n.º marg. 8a.

¹⁷ Expresamente en BGHSt 22, 176.

gen de lo que pensara el autor al comienzo de la ejecución (esto es, con independencia de si contaba con un plan más o menos detalladamente trazado o de si no se basaba en plan alguno), si tras la última acción ejecutiva (el llamado «horizonte del desistimiento») considera posible la producción del resultado típico (acertada o erróneamente), e inacabada si en ese momento supone (acertada o erróneamente) que la producción del resultado, a partir de lo hecho, no es posible, pero que sí se podría realizar aún mediante otras acciones ulteriores. Conforme a ello, la tentativa estará fracasada cuando el autor ha utilizado sin éxito todas las posibilidades de que era consciente para consumir el hecho. Lo mismo es aplicable si el autor partió de un plan concienzudamente trazado, que sin embargo ya no se puede ejecutar tal como se había ideado, sino con retraso tras la puesta en marcha de una nueva cadena causal. No habría en cambio fracaso cuando el autor tiene disponibles, sin separación temporal, otras posibilidades de acción: p. ej. aún le quedan más cartuchos o podría recurrir a otros medios.

Este enfoque más favorable a la posibilidad de desistimiento se ha considerado por la doctrina más adecuado, por ajustarse mejor a la regulación legal y a la idea de *ultima ratio*, así como al sentimiento jurídico, que siempre mostró debilidad por el «pecador arrepen-tido»¹⁸.

Sin embargo, en la doctrina del alto tribunal alemán lo que se plantea en realidad es qué tipo de tentativa concurre (acabada o inacabada) o, para decirlo con mayor precisión, la clase de desistimiento (pasivo o activo) que se requiere¹⁹, habiendo evolucionado a este respecto desde la perspectiva del comienzo del hecho a la del momento en que se adopta la decisión de desistir, y llegando a la evidente conclusión de que si con lo ya realizado no amenaza producirse el resultado, lo que conoce el sujeto, no cabe exigir para la exención más que no continuar actuando en dirección a la lesión, puesto que la actuación de signo contrario a lo ya realizado no resulta necesaria. Esta última solución, que desvincula la decisión de lo que se representara el autor al comienzo del hecho, y que atiende a la posibilidad con que cuenta de alcanzar la consumación, es, desde luego, la más favorable al desistimiento. Pero el propio modo de plantearla da por sentada la posibilidad de desistimiento (o la fundamenta genéricamente en venir impuesta por el sentimiento jurídi-

¹⁸ STRENG: «Rücktritt und dolus eventualis-Freiwillige Aufgabe der Tat trotz entfallenen Tatinteresses?», en *JZ*, 1990, p. 214.

¹⁹ Con buen criterio lo pone de manifiesto BERGMANN: «Einzelakts – oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», en *ZStW* 1988, pp. 331 y s.

co), cuestión previa en el plano lógico, que inexplicablemente no aborda, al menos al principio, y que sí es analizada por la doctrina.

3. Debate doctrinal

Por su parte, la doctrina, que nunca ha aceptado el criterio del plan del hecho, se encuentra dividida entre la teoría del acto singular y la de la consideración global. Quienes defienden la teoría del acto singular o de la consideración aislada, juzgan a cada actuación ejecutiva concreta —que desde luego puede abarcar diversos actos singulares— autónomamente, con independencia de las representaciones del autor acerca de su integración o no en un plan, de manera que si fracasa el primer acto, la situación se conceptúa como de tentativa fallida independiente. Al margen de que exista unidad de acción en el sentido del concurso de delitos entre las distintas posibilidades de acción, de que por tanto lo ejecutado sea repetible o susceptible de continuación, se aprecia tentativa acabada si el autor ha realizado una acción ejecutiva que según su representación era ya idónea para producir el resultado, de manera que el abandono de una ulterior posibilidad no constituye desistimiento, sino simplemente renuncia a una nueva tentativa²⁰, e inacabada (susceptible de desistimiento) si la considera aún necesitada de ulteriores actos.

A favor de esta teoría habla el hecho de que la energía criminal puesta de manifiesto en quien al comienzo de la ejecución ha empleado medios que consideró idóneos para conducir al resultado, que desde su perspectiva, y frente a lo que esperaba, sólo por azar no lo han producido, cierra el paso al desistimiento, para el cual se re-

²⁰ Siguen esta concepción BAUMANN/WEBER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1985, p. 489; GEILEN: «Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch», *JZ*, 1972, pp. 335 y ss., 337; GUTMANN: *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch*, 1963, pp. 92 y ss.; JAKOBS: *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 1998, 26/19; ULSSENHEIMER: *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch*, 1976, p. 240. En España, GIMBERNAT ORDEIG («El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio», en *ADP* 1967, p. 198), al plantearse el supuesto del asesino que ya ha disparado a matar a la víctima, fallando el blanco, y aún cuenta con la posibilidad de conseguirlo, entiende que, con el intento fallido, «el camino de la retirada hacia la impunidad ha quedado cerrado para el delincuente», en la medida en que se den todos los requisitos que para la frustración establecía el antiguo CP: haberse practicado todos los actos de ejecución y que el resultado dejara de producirse por causas ajenas a la voluntad del agente (en este caso, por su falta de puntería). No obstante, lo discutible es precisamente que el sujeto haya realizado efectivamente todos los actos ejecutivos necesarios para producir el delito, siendo así que el resultado depende aún de su voluntad (en tal sentido, MUÑOZ CONDE: *Op. cit.*, p. 109).

quiere una falta de la energía criminal necesaria para ejecutar el propósito delictivo que compense la expectativa contraria generada por su actuación inicial. Dicho de otro modo, como el desvalor de acción se ha completado, al haberse tomado una decisión definitiva acerca de que el resultado se produzca con seguridad o al menos dependa ya exclusivamente del azar («segunda prueba de fuego de la situación crítica», con respecto a la primera que supuso el comienzo de la tentativa)²¹, resulta justo que no sea aplicable aquí el desistimiento pasivo, que debe reservarse para aquellos que aún no han completado la forma perfecta del injusto de acción, para los que «no han ido tan lejos» ni han llegado a una situación ya *no reversible*. De conformidad con la valoración de fondo en que se sustenta esta teoría, el no aprovechar voluntariamente una posibilidad de repetir el intento o de proseguirlo, aun siendo algo meritorio, no alcanza a sustentar la exención de pena prevista en la ley.

Sin embargo, este argumento no explica por qué en general en los casos de tentativa acabada, en que también el sujeto ha evidenciado totalmente su energía criminal, cabe el desistimiento activo y aquí no existe posibilidad alguna de él, lo cual se pone tanto más de manifiesto cuanto más se circunscriba la tentativa al empleo liminar de medios, esto es, cuanto más cerca del umbral inicial del intento se manifieste el fracaso. Así, restringe tanto la posibilidad de desistimiento mediante el mero cesar que convierte prácticamente cualquier comienzo de ejecución en tentativa acabada, de la que siendo fallida ya no cabe desistir. El interés de la víctima, el del propio bien jurídico, no parece compatible tampoco con esta anticipación en conceptuar como fracaso.

Confrontemos, a este respecto, a quien ha disparado y herido de cierta gravedad pero no mortalmente a la víctima con quien ha errado completamente el blanco, contando ambos con la posibilidad de

²¹ WOLTER: en *Festschrift für Lefferenz*, p. 548. En semejante sentido, Jakobs («Rücktritt als Tatänderung versus allgemeiner Nachtatverhalten», en *ZStW* 1992, pp. 85 y ss.) estima que la expresión de sentido de que el autor infringe la norma («la norma no rige para mí») pierde la posibilidad de revisión cuando el sujeto abandona el hecho, que por eso se convierte ya en algo pasado, no modificable, en lo que ya no puede influir por haber generado un riesgo irreversible. Entonces, acepta la imposibilidad de variar esta expresión de sentido concreta. De donde se desprende una nítida separación entre la modificación del hecho y el comportamiento posterior al hecho y (como el propio Jakobs —p. 89— reconoce, a una gran restricción incluso del desistimiento activo. Dicho sea incidentalmente, y tal como se ampliará más abajo, si todo obrar posterior a la pérdida de la influencia es comportamiento postdelictivo, ulteriores intentos habrá que conceptuarlos como delitos distintos, no como (continuación de) la misma acción de tentativa, también a efectos de determinación de la pena.

seguir disparando. Resulta imposible en este supuesto —salvo proceder *contra legem*— negar al primer autor la exención de pena si recaba auxilio médico para el herido, pero en cambio se discute la del segundo, que simplemente no aprovecha el resto de las balas del cargador, sino que cambia de opinión y deja de disparar. Ahora bien, con respecto al resultado de muerte tanto uno como otro han perdido la posibilidad de reversión²², puesto que ambos habían perdido ya la posibilidad de influir en el curso del hecho.

En general, si de la tentativa acabada también se puede desistir, contraactuando activamente. ¿Por qué no va a caber el desistimiento en los casos de mera inactividad, en que la evitación de la consumación es incluso más segura, puesto que sólo requiere omitir ulteriores intentos, esto es, un desistimiento pasivo. ¿Le va a perjudicar al sujeto el que no haya nada que contrarrestar, el que baste el mero dejar de actuar? Ciertamente, en la tentativa fracasada definitiva o *propia* este planteamiento no sería de aplicación, dado que el carácter involuntario del desistimiento es patente (aunque quisiera, el sujeto no podría enmendar el fracaso). En la tentativa fallida no definitiva o *impropia*, en cambio, puesto que la voluntariedad no se refiere al pasado (lo hecho y fallido es ya inevitable), sino al futuro, sí cabe plantear la voluntariedad del abandono del hecho. Porque lo decisivo es que aquí la suerte del bien jurídico sigue estando a su merced, ya que puede elegir perfectamente en la alternativa entre lesionar o no lesionar, y que si el abandono de la ejecución ulterior puede valorarse como una vuelta a la senda del ordenamiento jurídico, merece el privilegio de la exención de responsabilidad.

Ha de indicarse además, con carácter general, que la teoría del acto singular divide un actuar unitario artificialmente en actos individuales independientes, la realización del primero de los cuales, como hemos subrayado, ya impide el desistimiento. Sin embargo, lo que a efectos de consumación se presenta como un solo hecho no puede considerarse más que un hecho a efectos de tentativa (y desistimiento)²³. En efecto, la regulación del desistimiento en nuestro CP requiere evitar *la consumación del delito*, esto es, ultimar el complejo de actos que, junto con la producción del resultado, una des-

²² JAKOBS (*vid. nota anterior*) probablemente se viera abocado a negar la eficacia incluso del desistimiento *activo*, al no haber en realidad resultado lesivo que evitar.

²³ ASÍ KIENAPFEL: *JR* 1984, p. 73; ROXIN: en *JuS* 1981, pp. 7 s. A esta crítica se ha respondido (BERGMANN: *ZStW*, 1988, p. 341) que, a partir del concepto de unidad natural de acción, propio de la doctrina del concurso e inapropiado a efectos de desistimiento, no pueden extraerse conclusiones ni a favor ni en contra de la teoría del acto singular o de la consideración global.

cripción típica aglutina en una unidad de acción (p. ej.: estafa, lesiones, homicidio), y no sólo que el destinatario de la norma se abstenga de concluir un único acto ejecutivo encaminado a conseguir el objetivo típico.

En esta misma línea²⁴, al fraccionar lo que constituye una unidad natural de acción en distintos hechos, resulta que quien ha repetido infructuosamente su intento de consumir hasta que lo ha conseguido (p. ej. quien, utilizando un arma automática, ha errado 9 disparos y acierta el décimo), debería responder, en concurso, por un delito consumado y por tantas tentativas como fracasos anteriores se produjeran. O si ha fracasado en los diez disparos, por diez tentativas. Pues si puede establecerse una cesura entre el intento fallido y los ulteriores no llevados a efecto, el prescindir de los cuales se considera omitir nuevas tentativas, como propugna la teoría criticada, del mismo modo cabe establecerla entre varias tentativas fallidas, que deberían valorarse separadamente. No convence, en cambio, la propuesta diferenciadora basada en el argumento de que la unidad natural sí puede agrupar en un hecho a los actos singulares ejecutados, pero no en cambio conjuntamente a los realizados y a los que dejan de ejecutarse, de manera que el propio cesar resulta ser un indicio contrario a la concurrencia de la unidad natural de acción²⁵.

Asimismo en contra de la teoría del acto singular cabe aducir que, partiendo de la regulación legal, que permite el desistimiento activo en caso de haber llevado a cabo una ejecución con aptitud para producir el resultado, dicha teoría se ve abocada a contradicciones en el desistimiento consecutivo a un intento idóneo inmediatamente posterior a un intento fallido. En efecto, si el sujeto desiste mediante contraactividad, p. ej., del segundo acto ejecutivo (el autor yerra el primer disparo, pero con el segundo hiere a la víctima, a la que después salva la vida trasladándola a un hospital), se plantea para esta teoría el siguiente dilema: O negar aquí la posibilidad de desistimiento activo (lo que habría que calificar de interpretación restrictiva *contra legem*), al apreciar la subsistencia de la responsabilidad por la tentativa correspondiente al primer acto²⁶; o incurrir en inconse-

²⁴ Cfr., por todos, DREHER, comentario jurisprudencial, JR 1969, p. 106.

²⁵ En tal sentido, no obstante, HERZBERG, en *Festschrift für Blau*, 1985, p. 109.

²⁶ En este sentido, sin embargo, JAKOBS (*Op. cit.*, 26/1), para quien el autor que concluye su intento sin que se hayan producido los plenos efectos posibles, según su representación, del comportamiento de tentativa, da lugar a una tentativa fracasada, de manera que la evitación de aquello a lo que ha dado lugar un ulterior intento (de efectos reducidos con respecto al primero), aun inmediato, no constituye desistimiento; por ejemplo: Si alguien ha fallado el primer disparo, hecho con dolo de matar, no queda impune sólo porque en un segundo disparo propicie una herida, la cual no

cuencia y extender a él la virtualidad del desistimiento²⁷. Si la eficacia del desistimiento no se extiende a la primera tentativa, el autor que después salva a la víctima respondería por haber disparado primero sin acertar. De esta manera, perjudica al sujeto que se abstiene de realizar esfuerzos por evitar el resultado porque ha advertido su inutilidad, en la medida en que todavía el resultado no se va a producir, y beneficia al que sabe (o cree saber) que el resultado va a producirse y lleva a cabo esfuerzos por evitar²⁸, estableciendo así una restricción del desistimiento no prevista en la ley. En cambio, si se extiende la exención al intento inicial, no se explicaría por qué sí debe responder por tentativa el que renuncia a un segundo disparo y no en cambio el autor de nuestro ejemplo, que hiere en un segundo disparo a la víctima y después la salva.

A intentar superar el dilema indicado se dirige la «consideración global en la teoría del acto singular» que propugna HERZBERG²⁹, para la cual parte de la teoría del acto singular en cuanto se refiere a la no utilización de posibilidades disponibles (desistimiento de la tentativa inacabada, conceptualizado inviable), pero incorporando un nuevo planteamiento cuando la evitación del resultado sólo era posible contrarrestando activamente el curso causal antes puesto en marcha (tentativa acabada), supuesto en que esta actuación contraria a lo realizado le procuraría al sujeto la exención de responsabilidad *con respecto a todos los actos de ataque ya llevados a cabo*, no sólo con respecto al último, que había puesto de manifiesto su eficacia.

Ciertamente, la propuesta de HERZBERG no consigue sustraerse al dilema, al carecer de una fundamentación sólida. En realidad, se remite a la necesidad de superar problemas de prueba, no estando basada en razonamientos dogmáticos. En efecto, la diferencia de tratamiento entre el caso en que simplemente se dejó de utilizar posibilidades disponibles y aquel otro en que se requeriría actuar en sentido contrario, estribaría en que, mientras que el autor del primer caso siempre podría alegar en su defensa que dispuso de otras posibilidades de ataque no utilizadas, lo que sería imposible de rebatir pero no siempre parecería enteramente creíble, en el caso de contrarrestar activamente lo antes realizado se dispone de hechos con-

obstante evita que conduzca a la muerte llamando en seguida a un médico; sólo cabría apreciar, pues, comportamiento postdelictivo semejante al desistimiento como causa de *atenuación* de la pena.

²⁷ En este sentido BORCHERT-HELLMANN: *GA*, 1981, p. 433; RENGIER: «Abgrenzung des fehlgeschlagenen Versuchs vom unbeendeten und beendeten Versuch», en *JZ* 1986, p. 965.

²⁸ Así, STRENG: *JZ*, 1990, p. 214.

²⁹ HERZBERG, en *Festschrift für Blau*, 1985, pp. 97 y ss.

cretos que demuestran la voluntad de no alcanzar la consumación, de invertir el sentido de la actuación, actuación imputable que permite compensar la conmoción sobre la validez de la norma puesta de manifiesto en la tentativa, o —expresado en términos de su teoría acerca del fundamento del desistimiento— compensar la culpabilidad. Sin embargo, a idénticos problemas de prueba daría lugar su modificación de la teoría del acto singular, puesto que el autor avisado igualmente podría fingir actos de salvación del bien jurídico absolutamente innecesarios, al haber entrevisto la imposibilidad de la consumación. Es más, se trata de problemas que no llegan a plantearse a la propia teoría del acto singular, a la que dice mejorar, puesto que ésta, una vez demostrado que se han realizado actos ejecutivos idóneos para el resultado, hará responder en todo caso por tentativa, al margen de lo que el sujeto piense o alegue. Y sobre todo, su propuesta de solución sitúa indebidamente en mejor posición al autor que, por haber llegado más lejos en la ejecución y en la puesta en peligro del bien jurídico, puede desistir activamente, que a quien no lo ha hecho, ya que éste tendría que limitarse a lo que no serviría para depararle la exención de pena: únicamente a dejar de actuar. ¿Acaso debe sugerírsele entonces que vuelva a posibilitar la consumación para así poder desistir eficazmente evitándola?

Dando un paso más, desde la perspectiva político-criminal ha señalado ROXIN³⁰ que para la teoría criticada en muchos casos le será más provechoso al autor (p. ej. de homicidio) que ha errado el primer intento incluso matar a la víctima, lo que despejaría el peligro de ser perseguido penalmente, que, renunciando a ulteriores actos ejecutivos, dejarla escapar, si el abandono del hecho no le asegura la exención de pena por desistimiento, sino sólo la posibilidad de una larga pena privativa de libertad por la tentativa de asesinato consiguiente a haber sido descubierto.

Más aún restringe las posibilidades de desistimiento una manifestación de la doctrina del acto singular³¹ que atiende a la idoneidad del acto concreto para el resultado desde la perspectiva del autor en el momento crítico de adoptar la decisión de actuar: si el acto concreto en sí, esto es, sin ulteriores acciones, no le parece idóneo para producir el resultado, se tratará de tentativa inacabada; pero si el acto le parece ya idóneo, sin ulterior acción, para producir posiblemente el resultado, pero cree poder aún evitar el resultado mediante un acto contrario, su actuar por tanto se ha independizado de su con-

³⁰ «Der fehlgeschlagene Versuch», en *JuS* 1981, pp. 1 y 8 y ss.

³¹ BURKHARDT: *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 90 y ss.; ESER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER: *StGB Kommentar*, 1982, § 24, n.º marg. 19.

trol al menos *relativamente*, habrá que apreciar tentativa acabada (si bien susceptible de desistimiento). Y habrá tentativa ya no susceptible de desistimiento —ni siquiera activo— cuando ha acaecido una independización *absoluta*: cuando se han realizado actos que se estimaron inicialmente idóneos para el resultado y ya no evitables (p. ej., se ha inyectado un veneno estimado letal e imposible de remediar, que sólo por un leve error en la dosis no produce el resultado; el completar la ejecución mediante una nueva inyección posible entrañaría una tentativa nueva), supuestos que en nada diferirían en cuanto a energía criminal de los de tentativa fracasada propia, como p. ej. el del carterista que desliza la mano en un bolsillo vacío.

Esta postura ha encontrado el rechazo de la doctrina mayoritaria, para la cual³² la cuestión de si el autor, según su parecer, ha hecho lo necesario para realizar el resultado, no puede decidirse según el grado de idoneidad para el resultado al comienzo del hecho, sino que determinante para distinguir entre tentativa acabada e inacabada debe ser el propio instante del desistimiento, criterio que del mismo modo ha de aplicarse para determinar si la tentativa está fracasada y no cabe por tanto desistimiento.

El «horizonte del desistimiento» sirve, pues, de guía a la mayoritaria teoría de la consideración global, que conceptúa como un solo hecho todo el abanico de actuación disponible, tanto lo efectivamente realizado como las oportunidades potenciales de alcanzar la consumación. Conforme a esta teoría, está fracasada la tentativa si el sujeto llega a la conclusión de que con los medios de que dispone ya³³ no es alcanzable la consumación en ese momento. Si, en cambio, cree aún poder realizar el resultado —ya sea repitiendo actos idénticos, como p. ej. los disparos realizados, o aplicando actos de otra naturaleza— el hecho no puede conceptuarse como fracasado y cabe por tanto el desistimiento. En estos casos, el desistimiento se lleva a cabo mediante el omitir consciente la realización posible del resultado, por la que el autor pone de manifiesto su distanciamiento con respecto a su plan delictivo³⁴. Partiendo de la idea básica de que el

³² Cfr. por todos VÖGLER: *LK*, 1985, § 24, núm. marg. 59.

³³ Interesante a este respecto es la observación de HERZBERG (en *Festschrift für Blau*, 1985, p. 120) de que la decisión de abandonar no va en realidad referida al momento en que el sujeto acaba de actuar, sino a aquel en que repara en la ineficacia de lo llevado a cabo para ocasionar la consumación. Evidentemente, si esta última circunstancia se produce muy alejada de la ejecución inicial, puede apreciarse la ruptura de la necesaria relación de continuidad si el sujeto utiliza entonces las demás posibilidades disponibles, que constituirían nuevas tentativas.

³⁴ OTTO: *GA* 1967, pp. 148 s., VÖGLER: *LK*, núm. marg. 60.

privilegio del desistimiento se explica desde la perspectiva de la teoría de los fines de la pena, la renuncia —que aquí se advierte— del autor a conseguir su objetivo, aunque podría alcanzarlo sin gran esfuerzo por su parte, puesto que dispone de medios para proseguir la ejecución, es tan meritoria como la de cualquier caso de desistimiento voluntario, en la medida en que también aquí se ha abandonado la senda delictiva³⁵.

Ahora bien, ante la necesidad de delimitar el alcance de las posibilidades de medios de ataque disponibles, se entiende que ésta ha de juzgarse en la situación concreta, en que, por decirlo así, la víctima sigue encontrándose a merced del autor, mientras que si el nuevo intento sólo va a llevarse a cabo en un momento posterior (p. ej., el sujeto activo ha errado el disparo, no tiene más balas disponibles, y desiste de esperar a la víctima en una ocasión posterior), el ordenamiento jurídico no tiene que prever consecuencia jurídica alguna para el no llevar a cabo esas otras tentativas en ocasión distinta. Y ello porque aquí no existe ya un apartarse del hecho que abra la posibilidad de desistimiento, merced a haber puesto de manifiesto que se ha abandonado el camino del delito, sino un no repetir el hecho.

En contra de la consideración global se ha aducido asimismo que no elimina las injusticias de la jurisprudencia inicial, sino que admite el desistimiento aun cuando el autor haya dejado muchas veces de su mano el curso del hecho, habiendo puesto a la víctima otras tantas veces en grave peligro, de manera que favorece al delincuente profesional frente al aficionado, dejando mucho más margen de libertad para la revocación al que traza proyectos de ejecución abiertos o muy amplios³⁶. Y, es más, da al sujeto la posibilidad de acogerse al desistimiento con sólo idear una posibilidad de continuar hasta la consumación para alegar a renglón seguido que la ha abandonado. También aquí se privilegia, pues, al autor que planea escrupulosamente, previendo medios de reserva para el caso de fracaso de los empleados en primer lugar (p. ej., llenando del todo previsoriamente el cargador de la pistola), o que simplemente alega en su defensa haberlos previsto, siempre que el «pecador múltiple» se arrepienta en el último momento. Así, en el caso del ladrón al que se le ha quebrado la gonzúa al intentar infructuosamente forzar la puerta,

³⁵ En tal sentido, BOTCKE, *op. cit.*, pp. 27 s.; BERGMANN: *ZStW*, 1988, p. 337 s.; OTTO (GA, 1967, p. 153) propone *de lege ferenda* incorporar un nuevo inciso a la descripción legal de las posibilidades de desistimiento, que se sumaría al abandonar el hecho y al evitar su consumación: el apartarse de la continuación concretamente posible de la realización del resultado.

³⁶ HERZBERG: en *Festschrift für Blau*, p. 113.

éste podría alegar que, aun cuando del plan original no pudo desistir por haber fallado, también podría haber ejecutado el robo con escalamiento³⁷.

Se ha intentado contrarrestar este punto flaco de la teoría de la consideración global precisando cuándo se da una posibilidad concreta de conseguir aún la consumación, con el criterio siguiente: habrá posibilidad concreta si el sujeto omite seguir pretendiendo su objetivo, pese a que la situación le ofrece facilidades al respecto y cualquier observador objetivo esperaría realmente que se prosiguiera actuando en ese mismo contexto espacial y temporal³⁸. Criterio que ciertamente, como todos los de carácter general, puede enfrentarse con dificultades a la hora de su concreción práctica³⁹.

Ahora bien, como se ha señalado⁴⁰, el argumento de que cabría distinguir entre la existencia de concretas posibilidades de evitar el resultado y las meras alegaciones subjetivas para eximirse más bien pone de manifiesto una mera esperanza que un criterio dirimente utilizable en la práctica, pues aun cuando el sujeto realmente no pensara en su momento servirse del medio que después alega en el proceso penal, resultará difícil probarle lo contrario. De todos modos, tengamos presente que se trata de un argumento de orden meramente probatorio y no dogmático.

Aun concediendo lo que hay de cierto en el argumento de las alegaciones sobre supuestas posibilidades no aprovechadas, también lo es que quien efectivamente no se ha servido de posibilidades disponibles de consumación (por comparación con quien no las tuvo o no pensó en ellas) ha puesto de manifiesto su cambio de idea con respecto a conseguir la consumación, ha vuelto a la senda del ordenamiento jurídico haciendo patente su distanciamiento del delito, mereciendo así una nueva valoración y evidenciando una menor necesidad de pena desde el punto de vista de la prevención general y especial. No tenerlo en cuenta sería injusto y contradiría la naturaleza de las cosas: Si es verdad que tras un fracaso definitivo ya no queda espacio para desistir, también lo es que cuantas menos precauciones se hayan adoptado, se fracasa antes, y cuanto más precavido se haya sido, después.

³⁷ BAUMANN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1968, § 33 II.

³⁸ *Cfr.*, por todos, BERGMANN: *ZStW*, 1988, p. 356.

³⁹ En esta línea, FELTES («Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch», en *GA* 1992, p. 404) se pregunta qué significan en concreto directrices jurisprudenciales similares como las de «sin necesidad de tomar un nuevo impulso», o «tener medios al alcance de la mano», o «cesura con relevancia típica».

⁴⁰ BORCHERT-HELLMANN: *GA* 1982, p. 435.

Pero es que, además, la doctrina contraria (al menos en la versión modificada de HERZBERG), como antes se indicó, no puede explicar por qué sí podría desistir (activamente) el sujeto que p. ej. hubiera acertado a la víctima en el noveno disparo, llamando a urgencias y determinando su salvación, pero no en cambio quien también falla ese noveno disparo y renuncia a realizar el último disponible, cuando ambos sujetos son como mínimo igual de peligrosos (en el sentido de manifestar necesidad de prevención)⁴¹ y evidencian igualmente la vuelta a la senda del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, se ha reprochado al criterio de la consideración global que en realidad transforma retrospectivamente tentativas acabadas en inacabadas⁴². Al formular esta imputación se olvida, no obstante, que la solución sobre la viabilidad del desistimiento no se determina por la cuestión formal de la clase de tentativa de que se trate, sino por la cuestión material de qué conducta de desistimiento se requiere en qué momento⁴³ (siempre que éste, evidentemente, quepa). Puede, pues, modificarse la situación objetiva en el curso de la ejecución de manera que, también desde la perspectiva subjetiva, si bien al principio parecía requerirse una actividad contraria, por las circunstancias sobrevenidas resulte que basta con no continuar dicha ejecución.

Para concluir con el panorama doctrinal, cabe señalar que una parte de la doctrina partidaria de la consideración global, igualmente no teniendo en cuenta las representaciones iniciales concretas del autor, estima que varias posibilidades de actuar que formarían una «unidad natural de acción»⁴⁴, como una serie de disparos o puñaladas, han de valorarse como tal unidad, por tanto susceptible de realización inacabada o acabada, concepto que se opondría al de un nuevo delito⁴⁵. A este respecto, como requisitos para la unidad de ac-

⁴¹ No obstante, ante el menoscabo que la validez de la norma sufre en todos los supuestos de desistimiento, se ha formulado alguna propuesta, en el ámbito de las consecuencias jurídicas, tendente a transformar *de lege ferenda* al desistimiento de causa de *exención* en causa de *atenuación* de la pena (así BERGMANN: *ZStW*, 1988, 351 y ss.), entorno en el que los supuestos de desistimiento pasivo existiendo posibilidad de conseguir el fin darían lugar en principio a una atenuación *menor* que los de desistimiento activo (p. 358).

⁴² Así, HERZBERG: en *Festschrift für Blau*, pp. 120 s.

⁴³ En tal sentido RENGIER, *JZ*, 1986, p. 965.

⁴⁴ *Vid.* DREHER: *JR* 1969, pp. 105, 107; HRUSCHKA: «Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch», en *JZ* 1969, 498; JESCHECK: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1978, p. 439; STRATENWERTH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, núm. marg. 711; Wessels, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 14, IV, 3.

⁴⁵ Así, HERZBERG: en *Festschrift für Blau*, 1985, p. 102.

ción se señalan la relación temporal inmediata, el injusto incremtable de manera sólo cuantitativa y la situación motivadora unitaria. La unidad de acción se da, en relación con la determinación del alcance de tentativas concretas, en caso de realización del tipo continuada mediante una serie de actos concretos con los que el autor va acercándose al resultado típico, p. ej. cambiando la forma ejecutiva en el homicidio doloso, siempre que continúe la misma situación motivadora en un contexto unitario. De manera que la tentativa sólo estará fracasada si el autor ha llevado a cabo todos y cada uno de estos actos sin éxito.

Se ha criticado en esta concepción que utilice indebidamente un criterio que sirve, en tanto que principio concursal, como regla de determinación de la pena cuando hay varios tipos aplicables (con varias formas de ejecución y varias acciones ejecutivas), para distinguir entre tentativa acabada e inacabada y consiguientemente acerca de la posibilidad de desistimiento. Por otra parte, que no tiene en cuenta como referencia el conocimiento del autor sobre la posibilidad de producción del resultado⁴⁶, olvidando que ni la mera renuncia a otra forma de ejecución ni la omisión de un nuevo acto parcial dentro de una unidad natural de acción pueden eximir al autor cuando a su juicio se ha alcanzado una fase en que cuenta con la posibilidad del resultado, pues entonces el privilegio del desistimiento ya no puede basarse en el mero abandono del hecho, sino que requiere una actuación contraria salvadora.

4. Solución propuesta. Supuestos particulares

En vista de los distintos argumentos aducidos, resulta más convincente la teoría de la consideración global, tanto desde la perspectiva dogmática como político-criminal. Partiendo, con la doctrina dominante⁴⁷, de la *ratio* de la exención de pena por la tentativa debida a desistimiento, preguntando siempre si el autor, al dejar de ejecutar ulteriores acciones idóneas para realizar el tipo, ha puesto de manifiesto que su voluntad delictiva no ha sido suficientemente intensa como para realizar el tipo, hay que concluir que en los casos que nos ocupan ha dejado de ser adecuada la penalidad correspondiente a la tentativa por razones preventivo-generales y especiales, resultando ya superflua la pena estatal para hacer volver al autor a la

⁴⁶ VOGLER, *LK*, § 24, núms. margs. 63 s.

⁴⁷ OTTO, *GA*, 1967, p. 149; ROXIN, en *Festschrift für Heinitz*, pp. 268 s.; RUDOLPHI: *SK*, 24, núm. marg. 14;

senda del ordenamiento jurídico⁴⁸. Quien, pudiendo continuar intentando inmediatamente conseguir su objetivo, desiste de ello, merece la exención de pena por razones preventivo-especiales, por cuanto que él mismo voluntariamente se aparta de pretender el resultado ilícito. Y desde el punto de vista de la prevención general, porque falta la necesidad de reconciliación con la comunidad jurídica, la necesidad de restablecimiento del ordenamiento jurídico (aquí la conducta del autor no va a servir de incitación a otros, ni a él mismo, a menoscabar bienes jurídicos). Asimismo, de no entenderse que la exención debe constituir el motivo que guíe su actuación, al menos sí resulta conveniente que el eventual castigo de la tentativa no actúe como contramotivación indeseada, que suponga unas menores posibilidades de salvación para el bien jurídico.

Así pues, no procede castigar por tentativa cuando el autor, siendo consciente de que los actos realizados carecen de virtualidad para determinar la consumación, voluntariamente no lleva a cabo todos los actos parciales homogéneos y que, por su estrecha conexión temporal y espacial, cabe aglutinar en una relación de continuidad inmediata, hasta el punto de que el renombrado observador objetivo (o, si se prefiere, el delincuente «razonable» de ROXIN) esperarían que se prosiguiese la ejecución, a no ser que hubiese desfallecido la voluntad criminal. Quien, habiendo errado algún disparo previo, omite vaciar el cargador, pone de manifiesto que así renuncia voluntariamente a la consecución del fin de su acción que le era posible, al no disponer de la energía criminal necesaria para persistir en su empeño hasta consumir; por el contrario, ha compensado y desvirtuado la mala impresión generada por su primer intento (su peligrosidad para el bien jurídico protegido), lo que conduce necesariamente a que esté fuera de lugar la pena por tentativa.

Cabría objetar a este razonamiento que entonces sería simplemente el azar lo que abriría la posibilidad de desistimiento para el autor, al haber fallado el primer intento, por muchas veces que se

⁴⁸ En tal sentido, OTTO, *GA*, 1967, p. 150; en contra, considerando a la idea de que por el desistimiento puede prescindirse del efecto preventivo-especial de la pena sobre el autor como un pronóstico criminológico sumamente aventurado, BERGMANN: *ZStW* 1988, pp. 336 y 344 s. (quien, por su parte, prima la idea de la prevención general positiva), argumentando que cualquier intento singular realizado (con idoneidad para causar el resultado y ya no revocable sobre todo en caso de múltiples intentos frustrados seguidos de abandono del hecho en el último momento) demuestra precisamente que sí se posee la energía criminal reveladora de necesidades de prevención especial. En la misma línea, ESER (*StGB Kommentar*, 1982, § 24, núm. marg 17) aduce que si acaso cabe aplicar aquí un «principio de esperanza», pero nunca descartar la necesidad preventivo-especial.

haya repetido el intento y por prometedora de éxito que pareciera⁴⁹. Pero esta objeción no tiene en cuenta que en general en la tentativa no es raro que sea el azar el que abra la posibilidad de desistir, pues —evidentemente— sólo porque no se alcanza la consumación cabe el desistimiento. Desde luego, el azar ha configurado la situación resultante tras el intento fallido tal como es (con otras posibilidades de consumar), pero lo que en ese preciso contexto sabemos es que el autor vuelve al terreno del ordenamiento jurídico voluntariamente, actuando de modo valioso, *algo que nunca habríamos averiguado si el desenlace hubiera sido distinto: con resultado típico (consumación) o sin ulteriores posibilidades de conseguirlo (tentativa fracasada)*.

Y no parece haber razones para decidir de otro modo cuando lo que hay disponible es un medio no homogéneo con respecto al primero⁵⁰, p. ej. atropellar y apuñalar, o golpear y estrangular. Pues si fracasa el primer medio, aún queda disponible para el autor el segundo, y al no utilizarlo pone de manifiesto igualmente que le falta la energía criminal requerida para *perseverar* en el dolo del hecho hasta el final y por tanto ser susceptible de castigo.

A diferencia de la tesis jurisprudencial inicial, que no trataba por igual a autores que aún contaban con posibilidades de consumar (dependiendo de la circunstancia no determinante de que actuaran de acuerdo o no con un plan preconcebido), la tesis propuesta reserva un tratamiento jurídico-penal más favorable sólo para aquel que renuncia a una posibilidad de consumación de que dispone y que podría producir el resultado, razón por la que merece un reconocimiento⁵¹. Aun cuando el autor diera por sentado inicialmente que el resultado iba a producirse automáticamente con la primera acción, de desviarse los acontecimientos con respecto a lo previsto (esto es, si no parecía que fuera posible el resultado con esa primera acción), hay que tener en cuenta en su favor el que renunciara a emplear

⁴⁹ Eser, en SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER: *StGB Kommentar*, 1982, § 24, núm. marg. 17.

⁵⁰ RUDOLPHI: *SK*, § 24, núm. marg. 14. En sentido contrario, RANFT: *Jura* 1987, p. 534, quien estima que concurre ya una nueva tentativa cuando el autor recurre a un medio claramente heterogéneo para alcanzar la lesión pretendida. Se sobrevalora así, sin embargo, la importancia del medio, puesto que si, para mayor claridad, se plantea un desistimiento activo (en que no se pone en duda la exención de responsabilidad), p. ej., en el caso en el que el autor, tras un primer intento fallido de matar a puñaladas, en un caso continúa apuñalando, y en otro cambia el medio por el estrangulamiento, si en ambos supuestos salva la vida de la víctima llamando a urgencias, no se entendería que en esta segunda hipótesis no cupiera el desistimiento (el ejemplo es de RENGIER, Comentario a la sentencia del BGH de 12 de noviembre de 1987, en *JZ* 1988, pp. 932 s.).

⁵¹ BORCHERT-HELLMANN: *GA*, 1982, p. 435.

otros medios disponibles. No debe estimarse, pues, relevante, el que al comienzo de la actuación el sujeto tuviera una idea exacta o algo menos exacta sobre las acciones necesarias para propiciar el resultado, o que no pensara en ello en absoluto. Lo decisivo es si desde una consideración conjunta de todo el acontecer cabe deducir que no ha puesto de manifiesto la energía criminal necesaria para persistir en la ejecución hasta sus últimas consecuencias, esto es, hasta alcanzar el fin pretendido.

Lo acabado de indicar no contradice la concepción de la tentativa que sostengo⁵², la cual distingue, dentro del propio aspecto subjetivo del hecho, entre resolución genérica de realizar el tipo y actos de voluntad concretos que dan lugar a cada uno de los movimientos corporales necesarios para ejecutar la conducta típica según estaba anticipada en la resolución global, concepción que aparentemente conduciría a compartir la teoría jurisprudencial del plan del hecho y a no poder ofrecer solución para los supuestos de carencia de plan previo. Ciertamente, conforme a esta perspectiva, la ejecución se basa en tener presente continuamente la correlación entre los actos gradualmente ejecutados y los resueltos previamente en la decisión genérica. Pero ello no significa —la experiencia lo enseña— que todos los actos singulares hayan de estar perfectamente definidos en un plan previo de contornos nítidos (o que los supuestos con plan definido deban recibir distinto tratamiento que el resto), sino que la resolución de materializar el tipo, por su carácter global y genérico, puede depender en su ejecución concreta de lo que el autor va considerando necesario a partir de la ejecución de los actos iniciales, retroalimentándose, por así decir, a partir del efecto de éstos en la realidad y ajustando lo que aún ha de realizarse al efecto parcial de lo ya realizado, teniendo siempre presente alcanzar como desenlace la consumación prefigurada en la resolución global. Quien, en el marco de una situación ininterrumpida desde el punto de vista espacio-temporal, advierte el fracaso de los primeros movimientos corporales y, se guíe o no por un plan preconcebido y definido, o más o menos abierto, tiene consciencia de ulteriores posibilidades de conseguir el objetivo típico, sigue moviéndose en el ámbito de una misma resolución delictiva, lo que, en caso de no utilizarlas, entraña no haber desarrollado por completo el programa de actuación delictiva.

El criterio expuesto, sin embargo, no es de aplicación a toda circunstancia. Por el contrario, se aconseja decidir en sentido contrario allí donde los medios aún disponibles empiezan a diferir, o ya difie-

⁵² «La consumación prematura en la tentativa inacabada», en *La Ley* 2004, concepción basada en las aportaciones de FIEDLER y STRUENSEE.

ren sustancialmente de los utilizados, p. ej. cuando son más arriesgados o menos idóneos para conseguir el objetivo⁵³. En este contexto, el que el autor prescinda de ellos ya no permite deducir sin más que se aparte del delito y evidencie su falta de energía criminal. A este respecto sí puede servir de orientación la existencia de plan prefijado. P. ej., si el autor pretende matar con determinado veneno por ser difícil de detectar, lo que fracasa, y aún se puede matar de un disparo, el no utilizar esta segunda posibilidad no cabe calificarla de desistimiento, puesto que meramente supone la renuncia a un procedimiento sustancialmente distinto en la medida en que entraña un riesgo muy superior de ser descubierto⁵⁴.

Desde luego, no cabrá desistimiento si el sujeto ya no confía en la eficacia del medio utilizado, que aún podría volver a utilizar, y no cuenta con otros disponibles⁵⁵ en cuya eficacia pueda confiar. Y ello porque de un autor en estas circunstancias nunca podremos saber cómo se habría comportado si hubiera dispuesto de medios eficaces en la situación concreta, sino sólo formular hipótesis al respecto; mientras que sí sabemos en cambio que efectivamente desiste el que cuenta en verdad con ulteriores posibilidades de causar el resultado y no las utiliza⁵⁶.

Por otra parte, casi huelga advertir que cuando objetivamente existan medios disponibles y el autor no repare en ellos tampoco hay abandono voluntario del hecho, en la medida en que no se plantea la elección entre dos opciones consideradas posibles (dejar de actuar y seguir actuando).

⁵³ Así también FAHRENHORST: «Zur Abgrenzung des fehlgeschlagenen Versuchs vom unbeendeten und beendeten Versuch», comentario a la sentencia del BGH de 10 de abril de 1986, en *NStZ*, 1987, p. 279. Para JAKOBS (*Op. cit.*, 26/9a), no se opone al desistimiento un fracaso que es reparable, siempre y cuando la parte fracasada y la que la reemplaza constituirían un comportamiento delictivo, entendiéndose que el fracaso es reparable sólo cuando el autor dispone de una probabilidad de resultado como *mínimo igual* que la que le ofrecería el comportamiento fracasado.

⁵⁴ En contra FELTES (*GA*, 1992, p. 406).

⁵⁵ Como tampoco, según la teoría general de la tentativa fracasada, si, aun contando con ulteriores posibilidades de consumación, se abandona el hecho porque ya se ha conseguido el objetivo o se confía en conseguirlo por un procedimiento no delictivo (p. ej., se abandona la tentativa de violación porque la víctima se ofrece a entregarse tras un respiro), o si la realización del tipo carece ya de sentido para alcanzar el objetivo extratípico.

⁵⁶ Así, OTTO, *GA*, 1967, p. 151. En sentido semejante, ROXIN (en *Festschrift für Heinitz*, pp. 268 s.), para quien sólo el autor que puede continuar actuando hacia el resultado *sin aumento del riesgo* que él corre cabe estimar que desiste, pues sólo entonces no realiza lo que es razonable para el delincuente, teniendo en cuenta que concibe lo voluntario como aquello que no sería razonable para el delincuente «modelo».

Dudosos son, en cambio, los supuestos en que el autor percibe los medios posibles (p. ej., puede estrangular a la víctima a la que previamente ha intentado atropellar), pero no se siente capaz de ponerlos en práctica (p. ej., no tiene valor para estrangular a la víctima, pese a su superioridad física)⁵⁷. Aquí, en realidad se plantea un problema del alcance del desistimiento en general, no circunscrito, por tanto, a los casos que estamos analizando, en que el autor ya ha «quemado un cartucho»: el de si puede conceptuar como desistimiento voluntario dejar de realizar una acción objetivamente posible, pero para la que el sujeto concreto carece del valor suficiente, esto es, su ejecución le resulta *personalmente* «imposible». La peculiaridad en los supuestos con intento inmediatamente anterior fallido reside en que la *imposibilidad* subjetiva induciría a pensar que entonces no se cuenta con medios realmente *disponibles*. No parece aventurado, sin embargo, afirmar que quien en estas circunstancias no continúa actuando pone de manifiesto su falta de energía criminal para llevar a término la ejecución del tipo, comportándose precisamente como de él espera y exige la norma del desistimiento.

El criterio acabado de indicar permite abordar asimismo los supuestos en que la situación que se encuentra el autor difiere de la que esperaba encontrar, en cuanto a las posibles consecuencias del hecho. Si, debido a la distinta situación, el resultado alcanzable difiere en más o en menos del inicialmente perseguido, p. ej., si la acción posible va a afectar a más o menos víctimas, o en mayor o menor grado a la misma víctima (p. ej., se renuncia a un ulterior robo con violencia tras haber intentado infructuosamente hurtar), hay que distinguir⁵⁸: Quien desiste de utilizar los medios aún disponibles porque el daño a bienes jurídicos superaría a aquel con el que contaba, pone de manifiesto la falta de energía criminal suficiente y desiste de forma eficaz, mientras que, en cambio, quien lo hace ante un posible resultado delictivo que no colma sus expectativas (p. ej., el ladrón desprecia los cien euros que hay en la caja fuerte, pues esperaba encontrar los mil que necesitaba, o el asesino desiste de lesionar a la

⁵⁷ Supuesto de RENGIER: *JZ*, 1986, p. 964. No creo que recurrir a si el medio aún no utilizado estaba o no excluido *del plan* el autor (como propone JESCHECK: *op cit.*, § 59 II 3, para los supuestos de participación) incida en el núcleo del problema, ya que lo decisivo debe ser la posición del sujeto en el momento de desistir, no al inicio del hecho.

⁵⁸ Considera, en cambio, HERZBERG (en *Festschrift für Blau*, 1985, p. 105) que concurre desvío esencial en estos supuestos de desengaño sobre el objeto del hecho o la presencia de circunstancias que obligan a realizar el delito de modo distinto, de donde se deduciría la renuncia a un *nuevo* hecho y se cerraría el paso a apreciar desistimiento.

víctima, una vez que llega a la conclusión de que carece de medios para matarla) no se ve enfrentado a una situación en que al resolverla evidencie la falta de energía criminal y por tanto no puede entenderse que desista en sentido jurídico-penal.

5. La singularidad de los casos de dolo eventual (¿desistimiento tras haberse alcanzado el objetivo?)

La singularidad estructural de los casos de dolo eventual en este contexto se ha esgrimido en contra de la teoría de la consideración unitaria o global. Así, se ha aducido el argumento de que privilegia al autor que obra con intención con respecto al que lo hace con dolo eventual (o con dolo directo de segundo grado), pues quien no persigue objetivo típico alguno tampoco tiene motivo para desistir⁵⁹. En efecto, parece que p. ej. aquel que ha conseguido su objetivo de lesionar a la víctima habiendo asumido que podía acaecer un resultado mortal, no puede ya desistir, pues el dejar de actuar se entiende únicamente como abandono del dolo directo de matar. De este modo, el autor que obra con dolo eventual (p. ej. de homicidio) se encuentra en peor posición que el que obra con dolo directo, ya que éste, al contar aún con posibilidades de perseguir la consumación, se haría acreedor a la exención por desistimiento, que le estaría vedada a aquél, que al no pretender la consumación, sino un objetivo extratípico, no puede invocar la posibilidad de alcanzarla todavía, y ello pese a que aquél ha llevado a cabo una actuación conceptualizada como de mayor gravedad⁶⁰.

Sin embargo, ha de tenerse presente que quien, persiguiendo un objetivo extratípico (o que realiza un tipo distinto y menos grave, como el de lesiones frente al de homicidio), aún no lo ha conseguido, si dispone de la posibilidad de seguir persiguiéndolo, al hacerlo, igualmente seguiría actuando a la vez con dolo eventual referido al tipo. Luego el autor que obra con dolo eventual o con dolo directo de segundo grado, al igual que el que obra con dolo directo de primer grado, puede invocar que abandonó su resolución de consumir el tipo, haciéndose acreedor al beneficio del desistimiento. Para ello es fundamental que el autor que obra con dolo eventual *no haya conse-*

⁵⁹ Así, HERZBERG en *Festschrift für Blau*, 1985, pp. 113 y ss.

⁶⁰ A este respecto, PUPPE (*NStZ*, 1986, p. 17) apunta algo evidente: que si para la teoría del acto singular no se plantea el problema es porque previamente ha excluido todos estos casos (tanto de dolo directo como de dolo eventual) del ámbito del desistimiento.

guido aún su objetivo. Imaginémoslo, en el ejemplo anterior, que el objetivo consistía en disparar a la víctima para dejarla fuera de combate y que el primer disparo yerra el blanco. Si este autor deja de poner en práctica el dolo (eventual) de matar, dejando de disparar porque ya no quiere conseguir el fin de dejar fuera de combate a la víctima, nada se opone, según la teoría de la consideración global, a que se aprecie el desistimiento.

Cuestión distinta es que ya el primer intento revele la imposibilidad de conseguir el objetivo pretendido (que puede consistir en otro tipo, como en el presente ejemplo, el de lesiones, o ser típicamente irrelevante, p. ej., fugarse), o que precisamente con él se consiga el objetivo, casos ambos en que se pone de manifiesto lo superfluo de continuar actuando.

Como señalábamos más arriba, determinante es si, desde una consideración global o conjunta del acontecer, cabe deducir que el sujeto no ha puesto de manifiesto la energía criminal suficiente como para persistir en la ejecución hasta sus últimas consecuencias, esto es, hasta alcanzar el fin pretendido⁶¹. Que este fin coincida con el resultado típico (dolo directo) o no (dolo eventual; caso en que el resultado típico es meramente una circunstancia derivada de la actuación encaminada al objetivo y —según la doctrina al uso— asumida) en nada modifica la idea básica antes señalada, pues en ambos casos se trata de saber si, para imponer su voluntad, el sujeto no duda en realizar un tipo delictivo dolosamente (coincidente con el objetivo o meramente medio para conseguirlo), o por el contrario, prescinde de realizarlo, renunciando así a conseguir su meta.

Carece, pues, de trascendencia a los efectos objeto de estudio el que el sujeto actúe con dolo directo o eventual. Los principios antes expuestos son de aplicación también para la actuación con dolo eventual. Si el delincuente sorprendido dispara a un policía (con dolo eventual de homicidio) para evitar ser detenido y falla el disparo o le hiere levemente⁶², puede asimismo desistir del homicidio

⁶¹ Desde una perspectiva levemente distinta, BERGMANN (ZStW 1988, p. 354) habla en estos casos de que, una vez conseguido el objetivo último pretendido, distinto al tipo intentado con dolo eventual, no le resulta posible al autor «corregir el mal ejemplo ya dado».

⁶² En casos de p. ej. tentativa de homicidio con dolo eventual en que se producen lesiones y «no es improbable el resultado», existe alguna propuesta aislada (FELTES: GA, 1992, pp. 420 y ss., especialmente p. 425) de requerir para el desistimiento un esfuerzo por evitar el resultado, y no el mero cese de la ejecución. Tal criterio no se puede compartir si se exige algo más que la evitación de la propia muerte (esto es, si se reclama incluso perseguir la curación de las lesiones, que se refieren a un tipo distinto y con respecto al cual cabe plantear separadamente la posibilidad de desistimiento).

abandonando la decisión de seguir disparando para así conseguir el objetivo de su plan: asegurar la fuga. No puede ya desistir por abandono del hecho, en cambio, cuando, a pesar de no haber causado el resultado típico (muerte del policía), sí ha conseguido su objetivo de asegurar la huida (p. ej., hiriendo en una pierna al policía)⁶³. Y ello, no debido a haberse actuado con dolo eventual, ni a que la tentativa sea acabada (por el contrario, es inacabada, puesto que puede fácilmente continuarse), sino únicamente porque ya ha conseguido su finalidad de escapar.

Si el autor ha alcanzado su fin extratípico, ello implica su pérdida de interés en realizar el resultado típico, que se percibió desde el principio sólo como consecuencia secundaria de lo que realmente se quería conseguir (objetivo primario). Por eso, al perder el interés, el no seguir actuando ya no se puede interpretar como vuelta al ordenamiento jurídico. De acuerdo con la teoría del fin de la pena como fundamento del desistimiento, falta aquí todo comportamiento con el que el autor neutralice la impresión hostil al Derecho puesta de manifiesto con la tentativa, no poniendo de manifiesto que sea incapaz de consumir el hecho planeado. Se trata de un supuesto simétrico de aquel en que carece de sentido continuar la ejecución porque ya no cabe conseguir el propósito último; aquí en cambio se consigue el fin extratípico propuesto sin que se llegue a la consumación del tipo imputable a título de dolo eventual o directo de segundo grado. Ni quien ya no puede conseguir su objetivo extratípico ni quien ya lo ha conseguido puede entenderse que desisten de consumir el delito, puesto que en ninguno de los dos casos tiene sentido impulsar el curso causal hacia una consumación que nada tiene que aportar ya a la consecución del fin. Allí no cabe desistimiento por ser la tentativa fracasada; aquí, aun no habiendo fracasado, el autor que ha conseguido su objetivo ya no puede abandonar el hecho. Falta, pues, en ambos casos el requisito del abandono voluntario de la ejecución ulterior del hecho.

El problema que plantean estos supuestos en que no se continúa actuando una vez perdido el interés, es que en ellos no cabe negar la existencia de un genuino abandono del hecho, el cual requiere, como es sabido, el no proseguir el ataque al bien jurídico en una situación con posibilidad de elegir entre hacerlo o dejar de hacerlo. Aquí el sujeto podría haber continuado perfectamente actuando hasta lograr la consumación, puesto que no se lo impide ningún obstáculo objetivo. Cuestión distinta es si cabe apreciar la voluntariedad del abandono

⁶³ Así, RUDOLPHI, comentario a la sentencia del BGH de 26 de noviembre de 1990, en *JZ*, 1991, p. 526, que resuelve en el mismo sentido; PUPPE: *NStZ*, 1986, p. 17.

del hecho. A primera vista no cabe negarla, para una consideración psicológica, pues el autor se ha decidido por abandonar el hecho sin verse forzado a ello externamente o, dicho positivamente, se ha decidido por motivos autónomos. Sin embargo, en estos supuestos en que ha desaparecido el interés en el hecho la lógica de la situación en cierto modo le «impone» al sujeto la decisión de no continuar actuando debido a su falta de sentido, decisión que desde este punto de vista ya no parece tan obviamente «autónoma», aun cuando alcanzar la consumación no sea ya imposible. No cabe hablar de abandono en sentido estricto cuando no hay ya motivo para seguir actuando. Empleando una vez más el criterio determinante antes expuesto, de un autor que omite continuar actuando por haber perdido el interés en el hecho (en tanto que ha conseguido de camino su objetivo) *nunca sabremos* si en efecto carece de la energía criminal para perseverar hasta consumar y por tanto si hay razones de prevención que aconsejen la pena por la tentativa realizada.

A este respecto, se ha defendido una propuesta diferenciadora⁶⁴ entre los casos en que el fin último y el delito intentado con dolo eventual se encuentran en la misma línea de progresión, en que el desistimiento supone oponerse a la dinámica de tendencia a la consumación (y en que, por tanto, habría un motivo autónomo, de manera que nada se opondría el desistimiento) y aquellos otros en que, siendo de naturaleza distinta los bienes jurídicos, al perder todo su sentido un nuevo ataque al bien jurídico antes objeto de tentativa con dolo eventual, el abandono del hecho viene dictado por la situación, no produciéndose en ese caso una nueva orientación del autor que merezca el calificativo de voluntaria.

No obstante, en los últimos tiempos han surgido aportaciones jurisprudenciales y doctrinales contrarias a negar el desistimiento cuando se ha conseguido el fin. Así, el Pleno del Tribunal Supremo alemán (BGH), contradiciendo una línea jurisprudencial constante de varias Salas de lo Penal, decidió en favor del desistimiento en su sentencia de 27 de octubre de 1992. En el mismo sentido se han pronunciado SCHROTH⁶⁵ y PAHLKE⁶⁶, argumentando que la conducta del sujeto ha de valorarse exclusivamente desde la perspectiva del concreto menoscabo del bien jurídico, no desde la del objetivo primario de la acción, y apuntando las consecuencias injustas a que lle-

⁶⁴ Así, STRENG: JZ, 1990, pp. 218 s.

⁶⁵ «Rücktrittsnorm und außertatbeständliche Zweckerreichung», en GA, 1997, pp. 151 y ss.

⁶⁶ *Rücktritt bei dolus eventualis*, 1993, pp. 110 y ss. y 175; el mismo, «Rücktritt nach Zielerreichung» en GA, 1995, pp. 72 y ss.

va la posición aquí propugnada, como el mejor tratamiento para los supuestos de dolo directo que para los de dolo eventual⁶⁷, y la diferencia en el trato —dado el dolo eventual— con los casos de tentativa acabada, en que sí se admitiría el desistimiento activo, pese a haberse conseguido también el fin extratípico.

Para superar estas objeciones quizá quepa recurrir a complementar la teoría de los fines de la pena con la político-criminal como fundamento del desistimiento. En efecto, si lo que se trata de conseguir con la exención de pena es crear un aliciente para que quien tiene a su merced la suerte del bien jurídico se decida por no lesionarlo (o, si ha culminado la ejecución, por salvarlo), a la par que evitar que la amenaza de la pena por tentativa no impulse a concluir la ejecución o al menos a no contrarrestar lo hecho; se comprenderá que en los supuestos de dolo eventual, una vez que el sujeto ha conseguido su meta, no resulta ya necesario el aliciente de la exención de pena, puesto que la ejecución carece de sentido para él, mientras que sigue siendo necesario para quien obra con dolo directo y aún dispone de posibilidades de lesionar. Por otra parte, distinto es el caso cuando quien obró con dolo eventual y consiguió su propósito extratípico ha llegado a la fase de tentativa acabada, pues aquí vuelve a ser funcional que opere el aliciente para impulsar a contrarrestar la actuación eficaz antes llevada a cabo, ya que, de otro modo, se llegará ineludiblemente a la consumación.

En estos términos, pues, cabría plantear en adelante el debate en torno a la calificación de los supuestos de omisión de repetir un intento fallido doloso-eventual, desde luego aún necesitados de ulterior depuración conceptual.

⁶⁷ Hasta el punto de que la jurisprudencia en algún momento ha defendido que en la duda hay que apreciar la forma más intensa de dolo (directo) para permitir la posibilidad de desistimiento en caso de alternativa de actuación.