

Desistimiento activo y desistimiento pasivo Consideraciones sobre el rendimiento de la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas

Sumario

-
La distinción entre tentativas inacabadas y acabadas encuentra actualmente un respaldo evidente en el Derecho positivo español, al sugerirla la propia definición legal de la tentativa. No puede extrañar, pues, que tales categorías transiten plácidamente, sin apenas contestación, tanto por nuestra literatura jurídica como por las decisiones de nuestros tribunales. Sin embargo, resulta dudoso que a dicha clasificación, de base naturalística, puedan asociársele auténticas consecuencias necesarias en el ámbito dogmático (sin perjuicio de que, naturalmente, los términos puedan usarse en un sentido descriptivo, aludiendo a la realidad que convencionalmente se les decida asociar). Este trabajo, tras revisar en lo imprescindible el origen de la distinción, se centra en el más destacado de aquellos pretendidos efectos dogmáticos, el de su correspondencia con una determinada forma (pasiva o activa) de desistimiento, alineándose con las posturas que le niegan a dicha clasificación cualquier valor dirimente en ese campo. También se analiza, en relación con la forma del desistimiento, la proyección de la distinción en relación con estructuras que en realidad no fueron consideradas al diseñarla, como la comisión por omisión, los delitos de mera actividad o determinados supuestos de plurintervención en el delito.

Abstract

-
The distinction between incomplete and complete attempts currently finds clear support in Spanish positive law, being suggested by the legal definition for attempt itself. Thus, it is not surprising that such categories easily exist without much rebuttal in Spanish legal doctrine and in decisions made by Spanish courts. Nonetheless, it is doubtful that genuine necessary consequences can be associated to this naturalistic classification in legal dogmatics (naturally, notwithstanding, the terms being used in a descriptive sense, alluding to the reality that is normally associated with them). After reviewing the essentials behind the source of this distinction, this article focuses on the most significant aspect of the intended dogmatic effects—the correlation with a specific type of desistance (passive or active), aligning with the stances that refute any decisive value in the field for said classification. With regard to desistance, the article also analyses projected distinction in relation to structures that were not considered when designing it, such as commission by omission, conduct crimes or multiple accomplices to the fact.

Abstrakt

-
Die Unterscheidung zwischen unbeendeten und beendeten Versuchen wird derzeit eindeutig vom positiven Recht Spaniens gestützt, wie aus der gesetzlichen Definition von „Versuch“ selbst hervorgeht. Es ist daher nicht verwunderlich, dass solche Kategorien sowohl durch unsere Rechtsliteratur als auch durch die Entscheidungen unserer Gerichte friedlich und mit wenig Reaktion verlaufen. Es ist jedoch zweifelhaft, dass diese auf Naturalismus basierende Klassifizierung mit authentischen Konsequenzen verbunden sein kann, die im dogmatischen Bereich notwendig sind (unbeschadet der Tatsache, dass die Begriffe natürlich in einem beschreibenden Sinne verwendet werden können, was auf die Realität anspielt, mit denen sie üblicherweise assoziiert werden). Diese Arbeit konzentriert sich nach Prüfung des Ursprungs der Unterscheidung als wesentlich auf die wichtigsten

dieser angeblichen dogmatischen Effekte, nämlich die Entsprechung mit einer bestimmten (passiven oder aktiven) Form von Rücktritt, wobei sie sich an den Positionen ausrichtet, die dieser Klassifizierung jedweden entscheidenden Wert in diesem Bereich absprechen. In Bezug auf die Form der Rücktritt wird auch die Projektion der Unterscheidung in Bezug auf Strukturen analysiert, die bei der Gestaltung nicht berücksichtigt wurden, wie etwa die unechte Unterlassungsdelikte, Tätigkeitsdelikten oder bestimmte Fälle von mehrfachen Eingriffen beim Verbrechen.

Title: *Active and passive desistance of the attempted crime*

Titel: *Unbeendeter Versuch, beendeter Versuch und Art des Rücktritts.*

-

Palabras clave: *Tentativa, Desistimiento, Autoría mediata, Comisión por omisión, Delito de mera actividad.*

Keywords: *Attempt, Desistance, Perpetration-by-means, Commission by omission, Conduct crime.*

Stichwörter: *Versuch, Rücktritt, mittelbare Täterschaft, unechte Unterlassungsdelikte, Tätigkeitsdelikt.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2021.i3.02

-

Recepción
20/02/2021

-

Aceptación
20/05/2021

-

Índice

-

1. Introducción. Sobre la (escasa) utilidad dogmática de los criterios naturalísticos en la clasificación de las tentativas

2. ¿La distinción entre tentativas acabadas e inacabadas como criterio determinante de la forma de desistimiento?

3. La forma del desistimiento en estructuras específicas: ¿algún protagonismo de la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas?

3.1. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento en la participación y en la coautoría

3.2. Traslación y adaptación de la distinción en función de una forma predefinida de desistimiento

a. Autoría mediata

b. Comisión por omisión

4. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento en delitos de mera actividad

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción. Sobre la (escasa) utilidad dogmática de los criterios naturalísticos en la clasificación de las tentativas*

Entre las diversas distinciones posibles en el ámbito del delito intentado es seguramente la que separa entre tentativas acabadas e inacabadas la que más visible acomodo encuentra hoy en la letra de la ley. A ella viene a referirse expresamente la propia definición legal de la tentativa al diferenciar entre la práctica de *todos* o solo de *parte* de los actos que objetivamente deberían producir el resultado (art. 16.1 CP). Si bien –cabe observar– la terminología doctrinalmente adoptada, antes que plasmación directa de los mencionados términos legales –lo que apuntaría hacia la contraposición entre una tentativa (o, simplemente, una *ejecución*) *total* o *completa* y otra *parcial* o *incompleta*–, constituye más bien traslación (en sustitución de las anteriores categorías legales de tentativa y frustración) de la nomenclatura utilizada en Alemania (*beendeter* y *unbeendeter Versuch*), país en el que, por cierto, la distinción se sustenta, con relativa¹ buena salud, con menor apoyatura legal expresa,² aunque –convendrá precisarlo desde el principio– las categorías del mismo nombre no resulten realmente coincidentes en su contenido, pues tales conceptos conocen diversas acepciones producto de la distinta redacción legal que les sirve de base.

Ello debe ser puesto de relieve para advertir desde el inicio sobre la necesidad de manejar con cautela los desarrollos doctrinales obtenidos al amparo de otro tipo de legislación en la que, como es el caso de la alemana, prima el criterio subjetivo en la definición de la tentativa así como en la caracterización de ésta como inacabada o acabada, a la vez que, y por otro lado, deduce la distinción de la regulación del desistimiento, configurándola, por tanto, a la medida de esta sola cuestión. Conforme al §22 StGB, la tentativa existe en ese ordenamiento cuando el autor se dispone, según su propia representación del hecho (*nach seiner Vorstellung von der Tat*), a la realización del tipo de forma inmediata, con lo que su percepción se convierte en elemento central para la definición de lo punible. Con ese trasfondo, las precisiones doctrinales –y jurisprudenciales– han evolucionado en ese país contestando a preguntas que no se plantean en los mismos términos en el Derecho español. La primera, completamente lógica con aquella regulación, es la relativa al momento en que debe constatarse esa necesaria representación del autor, cuestión que dio lugar a la sucesión de dos planteamientos antagónicos, la teoría del plan del autor (*Tatplantheorie*), ya abandonada, y la posterior del horizonte del desistimiento (*Rücktrittshorizont*), que no son trasladables sin más a nuestro ámbito.

Pero también hay que aproximarse con suma cautela a la dicotomía entre las denominadas teoría del acto individual (*Einzelakttheorie*) y teoría de la consideración global (*Gesamtbetrachtungslehre*), asimismo manejadas en la doctrina alemana. Debe tenerse en cuenta que se trata de soluciones

* Autor de contacto: Antoni Gili Pascual, Antoni.gili@uib.es. Estudio realizado en el marco del proyecto DER2017-86336-R (FEDER/Mº de Ciencia, Innovación y Universidades/Agencia Estatal de Investigación).

¹ Pues, como advierte ROXIN, también “la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada (...) es rechazada ya desde antiguo –el autor cita aquí a BAUMGARTEN, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Stuttgart, 1888–, y de forma creciente en tiempos recientes, por superflua y fuente de errores. Se señala que la ley no conoce los conceptos de tentativa inacabada y acabada y que las consecuencias concretas no se derivan de dichos conceptos, sino de una interpretación teleológica de los términos ‘renunciar’ e ‘impedir’” (ROXIN, *PG*, 2014, §30/153).

² En el ordenamiento alemán la distinción constituye una deducción a partir de la regulación del desistimiento: el §24 StGB la lleva implícita, se entiende, al mencionar el abandono voluntario de la continuación junto con el impedimento de la consumación. También el anterior § 46 a. F. StGB se refería alternativamente a “desistir de la ejecución del hecho perseguido” y a “impedir la producción del resultado perteneciente a la consumación”.

(contrapuestas) ceñidas a un problema específico, cual es el de la identificación de la identidad de la tentativa en supuestos de reiteración de actuaciones, y ello en el marco de la denominada tentativa fracasada en sentido impropio, esto es, en supuestos en los que la producción del resultado delictivo falla en los precisos términos planeados por el agente, aunque éste sigue considerando que el objetivo delictivo sigue siendo factible de forma inmediata con los mismos u otros medios inmediatamente disponibles. El segundo de los planteamientos mencionados, en el sentido tomado en consideración en el ámbito alemán, permite afirmar el desistimiento pasivo a partir de la agrupación en el mismo intento de actos (inmediatos, pero a fin de cuentas futuros) que el autor, según su representación al ejecutar el último de los efectuados, podría haber llevado a cabo sin interrupción espacio temporal relevante, y ello por el hecho de que se abstuvo de realizarlos. En nuestro Derecho resulta en cambio preferible, en mi opinión, manejar un concepto objetivo de *tentativa terminada*, procediendo en su caso a la consideración conjunta de lo ya efectuado pero con carácter solo retrospectivo (y no prospectivo), sin ninguna servidumbre respecto de la representación que tuviese el autor en torno a la posibilidad de consumar el hecho con los mismos o similares medios a su alcance cuando decidió abstenerse de continuar la ejecución.

En suma, las diferencias indicadas (uso de un concepto eminentemente subjetivo y mimetismo con la problemática del desistimiento) justifican las prevenciones aludidas a la hora de acercarse a las soluciones patrocinadas en un ordenamiento distinto que, con todo, no puede negarse que ejerce una poderosa influencia sobre el nuestro también en esta cuestión.

También otras previsiones legales avalan la distinción, aunque no la recojan –y este matiz no es irrelevante– expresamente. Lo hace el art. 16.2 CP al diferenciar nominalmente entre un desistimiento de la *ejecución ya iniciada* (esto es, se sobrentiende, no acabada) y un impedimento de la producción del resultado. Y lo hace también, a decir de la doctrina, la regla penológica del art. 62 CP al aludir al *grado de ejecución alcanzado*, aunque esta referencia es aún más tenue que la anterior en lo que a su literalidad se refiere, y realmente solo adquiere la fuerza necesaria gracias a la sombra que sigue proyectando la regulación anterior, con la que sí se atribuían *ex lege* efectos penológicos distintos a la tentativa y a la frustración, precedentes de las categorías actuales.

En realidad, existen buenas razones para independizar ambas cuestiones. Lo que compete a la cuestión penológica es determinar “el grado de ejecución alcanzado” (art. 62 CP), y no una distinción entre “todos” o “parte” de los actos que objetivamente deberían producir el resultado (art. 16.1 CP). Lo anterior deja entrever que no tiene por qué ser necesariamente el mismo, en mi opinión, el criterio con el que se decida implementar cada una de esas previsiones legales. Así hay que observarlo claramente, por ejemplo, en relación con los supuestos en los que la ejecución no es íntegramente llevada a cabo de propia mano por el autor y, en particular, en los casos de instrumentalización de terceros. Esta cuestión no es compleja, y de hecho se complica únicamente cuando para responderla se quiere a toda costa pasar por el denominador común de una previa clasificación del intento en inacabado o acabado, máxime si se quiere en términos que a la vez sirvan para determinar la forma de un eventual desistimiento, cuando los problemas son distintos, y sobran las categorías comunes. En efecto, la consideración que debe merecer el tramo cuya ejecución corresponde al instrumento es distinta si la cuestión se plantea para fundamentar la motivación de la pena imponible al autor mediato o si se hace para predeterminar la forma mediante la que quedar impune por desistimiento. En el primer sentido, debe coincidir con la opinión que finalmente sostuvo, tras modificar su posición, MIR PUIG. Conforme a la misma, debe observarse que tanto la actuación del sujeto de la tentativa como la de sus instrumentos influyen en la gravedad del intento, condicionando la eficacia del mismo y, por tanto, su desvalor de resultado, de modo que se impondría para este problema la

utilización de un concepto objetivo, no personal.³ Téngase en cuenta, en todo caso, que el “grado de ejecución alcanzado” no sólo no necesita de una previa conceptualización de la tentativa en acabada o inacabada, sino que constituye un parámetro secundario, subordinado al del “peligro inherente al intento”, que representa el auténtico criterio dirimente de esta cuestión.

Con la cobertura legal indicada, no es de extrañar que los términos *tentativa inacabada* y *tentativa acabada* transiten plácidamente, sin apenas contestación, tanto por nuestra literatura jurídica como por las decisiones de nuestros tribunales. Asoman con profusión en los escritos sobre los dos campos señalados, tanto el penológico como el del desistimiento, temas ambos a los que, como se ha visto, parece que les invita expresamente a participar la propia regulación legal. Pero su presencia no se detiene ahí, pues su uso se extiende a un abanico de cuestiones dogmáticas tales como el aspecto subjetivo de la tipicidad (donde se maneja la idea de un dolo de tentativa acabada) u otras relacionadas con la extensión de la tentativa, desde el inicio de su ejecución (distinto, desde determinados posicionamientos, para la tentativa acabada) hasta su terminación, que precluye la posibilidad de desistir. Su presencia resulta hasta tal punto naturalizada que se diría incluso que tales categorías llegan a adquirir vida propia, adaptándose si es preciso a las peculiaridades de estructuras en las que no encajan con facilidad (como la comisión por omisión o los delitos de mera actividad) debido, sencillamente, a que se concibieron sin pensar en ellas (pues la distinción viene diseñada pensando únicamente en comisiones activas de delitos de resultado, siempre por parte del autor, y no de otros intervinientes).

Pues bien, este trabajo se centra en el principal de esos efectos dogmáticos que le son habitualmente atribuidos a la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas, esto es, en la supuesta predeterminación a través de ella de la forma activa o pasiva que debe revestir el desistimiento, dejando de lado, por razones de extensión, las otras cuestiones indicadas. La tesis que el lector verá expuesta en las siguientes páginas asume que en esta cuestión –al igual que ocurre en realidad con las demás mencionadas, aunque no serán objeto de esta exposición– no se precisa realmente de tal distinción como criterio dirimente, exponiéndose el que en su lugar se considera aplicable. En cualquier caso, ello no prejuzga, naturalmente, que los términos puedan usarse en un sentido descriptivo, aludiendo a la situación naturalística que

³ MIR PUIG, PG, 10ª ed., 2015, L. 13/65-69.

convencionalmente se les decida asociar⁴ y obteniendo de ello el rendimiento explicativo correspondiente.⁵

Queda también al margen de este trabajo, en fin, la cuestión de la relevancia penológica de la distinción,⁶ aunque pueda señalarse, con carácter general, que tampoco en esto existe una correspondencia necesaria con la clasificación previa de los intentos en inacabados o acabados,⁷ pese a la abundancia de resoluciones que hayan podido mantener, en una u otra medida, la inercia del Código anterior.⁸

Por último, y empezando ya a contextualizar esa relativización de la utilidad dogmática de la distinción, no estará de más poner de relieve en esta presentación que dicha clasificación ni es reciente ni surge en realidad de las necesidades de la construcción dogmática contemporánea, aunque a veces se la asocie con alguna función específica.⁹ Al contrario, se trata en realidad de

⁴ Normalmente la doctrina española, aunque nominalmente lo califique como criterio mixto (objetivo-subjetivo), maneja en realidad un concepto objetivo para trazar la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas. Tal criterio, enunciado en los años ochenta y asumido por monografistas de referencia en el estudio del delito intentado, implica atender al punto de vista de un espectador objetivo *ex ante*, aunque tomando en cuenta el plan del autor (FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, pp. 260, 273; EL MISMO, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., 2011, pp. 314, 330; ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, p. 488. Un planteamiento subjetivo es, en cambio, el acogido por BACIGALUPO, siguiendo los dictados de la doctrina alemana del plan del autor: BACIGALUPO ZAPATER, *PG*, 4ª ed., 1997, p. 348). Aquel último matiz (la atención al plan del autor), de carácter aparentemente subjetivo, es el que le vale al criterio el calificativo conjunto de solución mixta. Pero se trata, a la postre y como decía, de un criterio esencialmente objetivo, en la medida en que en él la referencia al plan del autor se relega a mero parámetro de interpretación del sentido (objetivo) de la conducta, sin convertir en ningún caso la representación del agente en factor dirimente del carácter inacabado o acabado del intento, ni capacitarla para convertir lo que se inicia como acabado en inacabado o viceversa (ROXIN, *PG*, 2014, §30/163, 164) en función de la convicción que pueda albergar el autor, en el momento de abstenerse de continuar ejecutando, acerca de si se llegará a producir o no el resultado. (En el Derecho alemán, en cambio, habría *tentativa inacabada* en función de este criterio cuando el sujeto, en el momento en que desiste de continuar con el hecho, parte de que el resultado no se va a producir. En cambio, si el sujeto, en ese momento, no sabe si con lo hecho hasta entonces se va a producir o no el resultado y, por tanto, cuenta con ambas posibilidades, la tentativa sería *acabada*. Véase ROXIN, *PG*, 2014, §30/163, 166).

⁵ Así, por ejemplo, son usadas para obtener una mayor precisión en la gradación de lo injusto de la tentativa y, con ello, en la concreción de su penalidad: véase ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, pp. 485, 449 ss.

⁶ Sobre la cuestión penológica, en general, DOVAL PAIS, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001.

⁷ Puede verse, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, pp. 477 ss.

⁸ Un rápido repaso a la evolución jurisprudencial en este campo puede verse, por ejemplo, en la STS 471/2018, de 17 de octubre, ponente de Porres Ortiz de Urbina, sentando en todo caso que, tras una línea doctrinal ya superada (p.ej., STS 625/2004, de 14 de marzo, ponente Maza Martín), lo determinante no es actualmente “reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento”. A lo largo de dicha evolución, en todo caso, convivieron sentencias más antiguas que ya relativizaban la correspondencia penológica estricta (p.e., STS 252/2006, de 6 de marzo, ponente Giménez García), con otras posteriores que, sin embargo, la mantuvieron (p. e., STS 82/2009, de 2 de febrero, ponente Monterde Ferrer).

⁹ Como la de determinar hasta cuándo se puede desistir (véase, MOLINA FERNÁNDEZ, «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ *et al.* (ed.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. A. Jorge Barreiro*, vol. I, 2019, p. 676).

una distinción antigua, surgida con pretensiones a lo sumo meramente penológicas, y trazada a partir de criterios puramente descriptivos de una realidad cronológico-fenomenológica, por más que al aparecer tal realidad referenciada a un resultado final reclame un mínimo esfuerzo relacional o valorativo. Lo primero, que podría remontarnos incluso para identificar sus precedentes históricos remotos a la primitiva distinción entre un *conatus remotus* y un *conatus proximus*, trazada por los prácticos italianos¹⁰ y utilizada ya como medida de la pena en algunas legislaciones anteriores a la codificación,¹¹ es una cuestión meramente anecdótica. Pero no lo es lo segundo, pues nos indica que por su origen la distinción no quiso ser diferente de la que puede establecerse respecto de cualquier sucesión de acontecimientos, naturales o humanos, en el sentido de que pueden segregarse del resto del acontecer general y contemplarse como un proceso con sentido propio o autónomo, permitiendo adjetivar ciertos estados de cosas como inacabados o acabados respecto de él. Una funcionalidad meramente descriptiva, como se ve, que perfectamente permitiría prescindir de la distinción en la definición legal de la tentativa, que técnicamente puede perfilarse mejor, a mi juicio, incidiendo solo en la generación de un peligro concreto con dolo de consumación, de modo que se considere que hay tentativa cuando el sujeto genera conscientemente, por acción u omisión, un riesgo inminente de compleción del tipo.¹² Del mismo modo, y por otra parte, el desistimiento puede configurarse mejor incidiendo solo en la evitación de la consumación objetivamente imputable¹³ al comportamiento (sea activo o pasivo) del desistente.

2. ¿La distinción entre tentativas acabadas e inacabadas como criterio determinante de la forma de desistimiento?

1. El efecto dogmático por excelencia atribuido a la distinción aquí tratada reside, sin lugar a dudas, en el ámbito del desistimiento, que puede considerarse por ello su terreno de juego natural. Son innumerables los pasajes doctrinales y jurisprudenciales que dan por bueno el dogma en virtud del cual la caracterización como inacabada o acabada de una tentativa

¹⁰ Por bien que su contenido (que abarcaba tanto acciones ejecutivas como preparatorias) no pueda equipararse sin más con el de las fases delictivas manejadas en la actualidad. Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. VII, 2ª ed., 1977, pp. 460 ss. Explica JIMÉNEZ DE ASÚA que "en Alemania se naturalizó el sistema bipartito con la terminología empleada por SCHAVETER, después apoyada por MITTERMAIER [*Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, 1816], y que llega hasta hoy, de *tentativa inacabada (unbeendigter Versuch)* y *acabada (beendigter Versuch)*" (p. 463). Y, asimismo, que en vista de las diversas acepciones atribuidas a los diferentes tipos de *conatus*, acertaron autores como ZACHARIAE [*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttingen, 1836-39] "en reemplazar esa antigua terminología, sobre todo para la finalidad de mensurar la pena, por la de 'tentativa acabada y no acabada' (*beendigter und nicht beendigter Versuch*), según se hallaba también en el Código penal de Wurtemberg (arts. 64 y 65) (...)" (p. 464).

¹¹ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., 2011, p. 290. En el Derecho codificado español, la distinción entre tentativa y frustración puede verse prácticamente desde sus inicios. Esta última categoría, cuyo contenido se identifica habitualmente con el de la tentativa acabada, aunque en realidad son distintas, aparece por primera vez en el Código de 1848, manteniéndose después de forma ininterrumpida en todos los posteriores, hasta su desaparición como *nomen* específico en el Código vigente. Sobre las razones de su desaparición, GILI PASCUAL, «Pérdida de control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret*, (2), 2012, pp. 6 s.

¹² Entre sus ventajas, tal definición incorpora una concepción cognitiva del dolo, aclara la posibilidad de tentativa en la comisión por omisión y en los delitos de mera actividad (que no quedan excluidos al hacerse referencia a la compleción del tipo) y despeja posibles dudas en cuanto a resultados diferidos, aludiendo a la inminencia del peligro y no necesariamente a la inmediatez temporal del resultado, sin fiar tampoco el inicio de ejecución a la pérdida del control del riesgo en esos casos.

¹³ En mi opinión, por ser expresión del principio de máxima seguridad en la salvación.

determina, respectivamente, la forma pasiva o activa que debe adoptar su desistimiento. Tal es el arraigo de esta convicción que la correspondencia se llega a considerar válida en ambas direcciones, esto es, entendiendo no solo que una vez clasificada la tentativa se obtiene la forma (pasiva o activa) requerida para desistir, sino que, recorriendo el camino en sentido inverso, se considera también que uno de los principales test acerca de si la tentativa está acabada o inacabada estriba en preguntarse por aquello que (acción u omisión) debe llevar a cabo el autor.¹⁴ Ello como si –cabría plantearse– una vez conocida ya la forma del desistimiento apta para conferir la impunidad tuviese aún alguna utilidad en sí misma la adscripción de la tentativa a una de las dos categorías convencionales. También demuestran el arraigo comentado, en fin, los esfuerzos doctrinales dedicados a mantener a toda costa la terminología de referencia (tentativa inacabada/tentativa acabada), incluso aplicándola para ello de forma analógica a estructuras que, como la autoría mediata o la comisión por omisión, no parecen soportarla con naturalidad. Sobre ello volveré más adelante.

A mi juicio, pueden encontrarse varias explicaciones para esta convicción tan asentada. La principal seguramente tiene que ver con la apariencia naturalística en la que viene envuelta esta asociación de ideas, que se asume así como directamente derivada de la propia naturaleza de las cosas. Con ella se refleja una imagen muy plástica, que se ve potenciada por su sencillez, y que resulta coincidente además con el uso habitual del lenguaje. Pues tan obvio como que las cosas, en general, pueden estar inacabadas o acabadas, lo es que si no lo están basta con no seguir adelante para que no se completen, mientras que si está todo hecho resulta (habitualmente) necesario actuar para poder evitarlas.

El Derecho positivo, aunque siempre maleable a través de la interpretación, parece dar también un holgado acomodo a esta correspondencia, al distinguir por una parte entre la realización de todos o parte de los actos necesarios (aptdo. 1º, art. 16) y aludir acto seguido (aptdo. 2º, art. 16) a dos modalidades de comportamiento consistentes bien en impedir el resultado, bien en desistir “de la ejecución ya iniciada” (a contrario, no acabada). Mayor vinculación entre ambas realidades puede entenderse que ofrecen otros ordenamientos y, en particular, el Derecho alemán, en esto referente principal para la doctrina española, cuando distingue (§ 24 StGB) entre un “renunciar a la prosecución de la ejecución” (*die weitere Ausführung der Tat aufgeben*), y un “evitar la consumación” (*die Vollendung verhindern*), dando pie a una distinción entre tentativas inacabadas y acabadas que en aquel país, en la época contemporánea, se desarrolla estrictamente vinculada al ámbito del desistimiento, de modo que aparece recortada justamente a la medida de aquél. Ello no ha sido en absoluto ajeno a nuestra doctrina, que ha recogido la influencia de los desarrollos doctrinales surgidos al amparo de aquella regulación (empezando –como ya apunté en el epígrafe introductorio– por la propia terminología) pese a que, como también se ha apuntado,¹⁵ aquéllos deben manejarse con mucha cautela al ajustarse a una regulación sensiblemente distinta.

2. Pese al arraigo comentado, la correspondencia aludida resulta seriamente matizable; falsa, para mayor claridad, si no se aportan esos matices necesarios. Para contextualizar esta afirmación a contracorriente, se puede empezar ofreciendo algunos ejemplos –acompañados de las explicaciones oportunas– de tentativas acabadas en las que resulta suficiente un

¹⁴ CUELLO CONTRERAS, *PG*, vol. II, 2009, p. 91.

¹⁵ Véase, *supra*, 1.

desistimiento pasivo, junto con otros de tentativas inacabadas que requerirán, en cambio, de un comportamiento activo para desistir.

a) Como ejemplo de tentativa acabada con desistimiento pasivo puede pensarse en la conducta de quien, queriendo provocar un incendio, enciende la mecha tras todos los preparativos necesarios, pero, arrepintiéndose a continuación y con la situación aún bajo su control, observa impasible cómo un animal, o una racha inopinada de viento, desbaratan el proceso: el significado de su comportamiento podrá ser equivalente al de una actividad suya de propia mano en la misma dirección (p.e., un pisotón).¹⁶ Lo mismo podrá decirse, respecto ahora de un delito de apropiación indebida, si el autor, jefe responsable del reparto de mercancías en un centro comercial, ordena a un repartidor que coloque ciertos productos en una furgoneta de su uso particular, observando después, sin corregirle, como el empleado, confundido, acaba colocando las cajas en una furgoneta distinta, que sí saldrá a reparto. Se trata en ambos casos de tentativas acabadas *no terminadas*, en las que el riesgo generado, siendo suficiente para la consumación, permanece aún activo y es, por ello, susceptible de desistimiento, en la forma (activa u omisiva, esto es secundario) que se adapte a los requisitos derivados del fundamento de esta exención. Sobre tales requisitos volveré de inmediato.

Distintos de los casos anteriores deben considerarse los supuestos en los que, habiéndose creado también el peligro suficiente para la consumación, éste se ha agotado objetivamente. Aquí se está ante *tentativas terminadas*,¹⁷ que en realidad no admiten el desistimiento, sea éste pasivo o activo. Pero son supuestos que deben traerse ahora a colación puesto que pueden inducir a confusión en el ámbito aquí tratado, por cuanto, si se sigue un determinado posicionamiento doctrinal –en concreto, la teoría de la consideración global en los términos en los que es utilizada en la doctrina alemana (*Gesamtbetrachtungslehre*)–, se concluirá que se está también (equivocadamente para el Derecho español, a mi juicio) ante tentativas acabadas con desistimiento pasivo. De hecho, si se toman en consideración como tales este tipo de casos, no se estaría ante una excepción menor a la regla de la correspondencia, ya que, como se ha observado en alguna ocasión,¹⁸ se trata de situaciones en la práctica mucho más frecuentes de lo que pudiera parecer. Ejemplo académico de ello es el muy socorrido caso de quien, disponiendo de seis balas en el cargador, dispara la primera sin acertar a la víctima, y "desiste" a continuación –pasivamente– de matarla, aunque podría hacerlo sin dificultad disparando las balas restantes. Pero existen multitud de supuestos reales que responden a ese mismo patrón, en ocasiones con esa misma nitidez y en otras siendo menos fácilmente identificables, como ocurre tal vez con los hechos que dieron lugar a la STS de 15 de diciembre de 2015,¹⁹ en la que se adjetivó expresamente como tentativa acabada de abusos sexuales la conducta de quien se bajó los pantalones ante unas niñas a la vez que les solicitaba, con distintos trucos, que le tocaran el pene, a lo que las menores se negaron, entendiéndose el Tribunal que "el acusado practicó todos los actos que estaban a su alcance para cometer el delito de abuso sexual". Tal adjetivación, correcta según la definición usual al haber hecho el autor todo lo necesario para conseguir el resultado pretendido, no impediría, sin embargo, que el simple cese en tal comportamiento –abrochándose el pantalón y yéndose a casa, por ejemplo– fuese suficiente para evitar el resultado (entiéndase éste en sentido

¹⁶ GILI PASCUAL, *InDret*, (2), 2012, p. 25, nota al pie de página n° 120.

¹⁷ Sobre la distinción, GILI PASCUAL, *InDret*, (2), 2012, p. 29.

¹⁸ ALASTUEY DOBÓN, «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *RDPC*, (5), 2011, p. 22.

¹⁹ STS 820/2015, de 15 de diciembre, ponente Sánchez Melgar.

jurídico, no material, al tratarse de un delito de mera actividad),²⁰ lo que nos situaría ante un desistimiento pasivo según los parámetros habituales, pues el autor podría haber seguido insistiendo en su execrable actitud. Sin embargo, y como se ha adelantado, la realidad de estos casos es otra –son tentativas terminadas–, lo que hace que deban considerarse no desistibles, ni pasiva ni activamente.

Son, en efecto, tentativas acabadas, pero la cuestión realmente relevante en relación con ellas se dirime en otro terreno de juego, que no pasa por esa clasificación previa del intento. La clave estriba en determinar si el desistimiento (en la modalidad que sea) es aún admisible, o si ha concluido en cambio esa posibilidad. La teoría de la consideración global, en los términos manejados en la doctrina alemana, lo considerará posible, asociando para ello lo ocurrido a repeticiones futuras viables sin interrupción espacio-temporal relevante y sin cambiar sustancialmente la forma de ejecución (tales son los criterios habituales para afirmar la unidad de la tentativa). Personalmente, no comparto esa agrupación de carácter prospectivo, condicionada por el peso que el §22 StGB atribuye a la representación del autor. Conforme a la regulación española de la tentativa, de corte objetivo, la agrupación podrá hacerse, en mi opinión, sólo con carácter retrospectivo, entendiendo que la repetición de diversas acciones ya efectivamente ejecutadas, aunque por sí solas pudieran considerarse ex ante suficientes para producir el resultado, integran sin embargo un único intento. De este modo, la no realización de actos futuros posibles sin cesura espacio-temporal relevante no abriría la puerta a un eventual desistimiento pasivo.

b) En sentido inverso, también pueden encontrarse ejemplos de tentativas inacabadas que, pese a serlo, requerirán de un comportamiento activo para desistir. Puede pensarse en supuestos en los que el autor, pese a no realizar por sí mismo todo lo necesario para la producción del resultado, active con su tentativa acciones neutrales de terceros que le obligarán a una intervención positiva de evitación. O en delitos en los que parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado no permanecen en la esfera de organización del autor, sino en el de la víctima, como ocurre en el caso del engañado en la estafa, que, en tal sentido, constituye un delito de autolesión (*Selbsbeschädigungsdelikt*).²¹ Podrá entonces suceder que un engaño bastante ajeno se integre en la esfera de organización del autor, quien, como garante de la veracidad, se verá obligado a estabilizar el riesgo típico proporcionando, activamente, la información veraz necesaria. No hacerlo activamente, en otras palabras, no garantizará, por el mero hecho de tratarse de una tentativa inacabada, la impunidad por desistimiento. En otro tipo de supuestos, como en los hechos de los que trae causa la STS de 17 de octubre de 2018,²² el Tribunal adjetivó también como inacabada la conducta del recurrente, quien tras presentar, junto a otros, denuncia mendaz para engañar al seguro en relación con un accidente de tráfico, no compareció después al juicio de faltas, renunciando así (pasivamente) a realizar el último y fundamental acto para poder consumir la estafa procesal. Tal actitud no conllevó, sin embargo, la aplicación automática del art. 16.2 CP –como pretendía la defensa–, sino que su actitud fue considerada insuficiente, reprochándosele la falta de un comportamiento activo eficaz, dado que su incomparecencia no determinó que la acción ilícita concluyera. Y es que los demás partícipes sí comparecieron, formularon pretensiones y se dictó sentencia, no consumándose el delito de estafa procesal porque el recurrente desistiera, “sino –como sentencia el Tribunal de casación– porque el juez descubrió la falsedad de la denuncia”.

²⁰ Sobre la posibilidad de apreciar la tentativa (acabada e inacabada) en delitos de mera actividad, *Infra*, 4.

²¹ IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, 2018.

²² STS 471/2018, de 17 de octubre, ponente de Porres Ortiz de Urbina.

En estos casos, la explicación por la cual no funciona la correspondencia indicada (esto es, si la tentativa es inacabada será pasivo su desistimiento), es otra. Los ejemplos de tentativa inacabada propuestos se refieren, sencillamente, a estructuras que no se tuvieron en cuenta al construir la distinción, por lo que sus pretendidos efectos tampoco funcionan adecuadamente en relación con ellas. En el primer ejemplo de estafa, se está ante un supuesto de comisión por omisión, que requerirá de un comportamiento activo. En el segundo (tentativa de estafa procesal), ante un supuesto de plurintervención en el delito (coautoría), en el que no basta para desistir, como ocurre también en los supuestos de participación delictiva, con retirar o interrumpir la propia aportación.²³

Lo que ocurre en realidad es, pues, que la distinción de referencia se diseña pensando solo en un grupo de supuestos, los de comisión activa de delitos de resultado material en autoría única e inmediata. A partir de esta apreciación, pudiera tenerse la tentación de extraer como conclusión que los efectos de la distinción en el desistimiento sí se cumplen en los casos señalados, para los que sí fue concebida, con lo que la separación entre tentativas inacabadas/acabadas y su correspondencia en cuanto al desistimiento podrían seguir usándose con la única precaución de aplicar el dogma solo en los supuestos propicios. Ello permitiría seguir entendiendo que el autor único desiste eficazmente en delitos comisivos con un comportamiento activo en las tentativas acabadas y con otro pasivo en las inacabadas. Pero no es esa, a mi juicio, la conclusión adecuada. Desplegar, por ejemplo, un comportamiento activo en una tentativa acabada, aunque vaya unido a la no producción del resultado, no es en todos los casos un desistimiento válido. De modo que, y en definitiva, los requisitos de la acción de desistimiento, que es lo realmente importante, trascienden su forma externa (activa o pasiva), atendiendo a otros criterios que paso a explicar a continuación.

3. A mi entender, la forma del desistimiento debe derivarse directamente del fundamento de la institución, prescindiendo en ello de cualquier correspondencia con la clasificación previa de los intentos en inacabados y acabados. Y dicho fundamento no debe localizarse, según creo, en la anulación de los presupuestos de la pena (en particular, en el desvanecimiento del injusto); comparto, en cambio, la opinión que sostiene que la exención se explica mejor localizando su razón de ser no en el hecho de que la pena se torne inmerecida, sino innecesaria, haciéndose descansar la justificación de la impunidad en los fines de aquella²⁴ y, en particular, en una especial valoración en ello de la prevención general positiva y de la idea a ella asociada en virtud

²³ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, 2009, pp. 27 ss.

²⁴ ROXIN, «Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada», en EL MISMO, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. de Diego Manuel Luzón Peña), 1976, p. 266 s. Alude ROXIN tanto a la ausencia de razones preventivo generales (por cuanto no se produce el resultado) como preventivo especiales (puesto que el autor ya ha vuelto a la legalidad). No obstante, tanto las exigencias preventivo generales negativas como las preventivo especiales deben ser matizadas. Estas últimas, en la medida en que la impunidad por desistimiento en nada depende de un pronóstico individual sobre el desistente y su potencial criminal (SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 11/69, p. 365), confirmando tanto la existencia de la tentativa cualificada como del llamado desistimiento parcial la desvinculación del desistimiento respecto de este fundamento (véase, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 151). Tampoco es sin más sostenible que la prevención general negativa deje de tener sentido en supuestos de desistimiento, pues siempre cabe argumentar un mayor efecto intimidatorio y protector del bien jurídico si queda constancia de que la pena merecida se impondrá en todo caso. Incluso se ha sugerido en este sentido (*cfr.* JAKOBS, «La conducta de desistimiento», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 551), que la previsión de impunidad por desistimiento no desincentivaría el delito, sino que antes cabría pensar que lo induce. Subsisten con mayor claridad, en cambio, las razones de prevención general positiva.

de la cual el recurso a la sanción resulta innecesario en los casos de desistimiento para estabilizar la vigencia de la norma que prohíbe la tentativa, revirtiendo la demanda de respuesta que aconsejó su inicial defraudación.²⁵

En ese escenario, en el que el desistimiento operará como subrogado de la pena, la evitación del resultado (el requisito de la *eficacia* del desistimiento) no constituye sólo un elemento accesorio –no conceptual o esencial–, sino un componente sustancial e irrenunciable, pues solo la ausencia del resultado lesivo será capaz de imprimir al hecho una menor trascendencia social, pudiendo la acción de desistimiento revocar completamente la defraudación de la vigencia de la norma²⁶ y operar así como auténtico subrogado de la pena. Desde luego, si la innecesariedad se valora contemplando el desistimiento desde la perspectiva del bien jurídico,²⁷ parecería en principio evidente que su configuración reclama la eficacia como requisito para poder conceder la impunidad, pues mal se entendería que una acción efectivamente lesiva para el bien tutelado se condonase a cambio de otra no efectivamente salvadora.²⁸ Pero también si esa innecesariedad se valora atendiendo especialmente a la dimensión colectiva, a la vigencia de la norma –posición con la que muestran su mayor afinidad estas líneas a la hora de aproximarse a la concreta figura del desistimiento–, la conclusión parece obligada, y ello, si cabe, con mayor rotundidad que desde la perspectiva anterior. Pues en efecto, el decaimiento de la necesidad de pena, esencia que comparten diversos institutos, encuentra en el concreto del desistimiento su específico mecanismo de producción sólo a partir de la evitación del resultado, ya que es justamente su producción la que torna en más visible el quebrantamiento de la norma.²⁹ De modo que si éste ha terminado produciéndose de forma objetiva y subjetivamente atribuible al agente difícilmente podrá sostenerse, por más que la vigencia de la norma tolere reparaciones simbólicas, que la misma, pese a su infracción, se mantiene intacta y que se ha neutralizado la repercusión psico-social de su total quebrantamiento gracias a una simple acción bien encaminada del infractor.

²⁵ Si en lugar de primar la perspectiva colectiva, de vigencia de la norma, en la comprensión del desistimiento se pone el acento en el bien jurídico (perspectiva, en cualquier caso, que no significa que el planteamiento aquí seguido desatienda), la razón de ser de este instituto tenderá a encontrarse más en lo que de estímulo para la protección de aquel bien jurídico pueda tener. Desde el punto de vista aquí acogido, en cambio, ese intento de insuflar desde el sistema nuevas energías motivadoras para el respeto de la norma que prohíbe la consumación (ese estímulo para la protección del bien) se torna más bien en efecto reflejo de la inclusión de una previsión de impunidad por desistimiento, pero no en fundamento del mismo. De todos modos, no cabe objetar con carácter general que carezca de sentido una nueva motivación sobre la base de que ya se desatendió una primera, pese a que ofreciera incluso una impunidad segura y no meramente potencial –JAKOBS, en JORGE BARREIRO (COORD.), *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 551–, pues el autor se encuentra ante una nueva situación en la que ya ha hecho algo punible (merecedor de pena), pero no irreparable (irreversiblemente necesitado de pena), lo que bien puede justificar el recurso a una nueva motivación.

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *RPJ*, (63), 2001, p. 101.

²⁷ En general, pueden reconocerse dos grandes perspectivas con las que abordar la cuestión del desistimiento, según se ponga el acento en el bien jurídico o en la vigencia de la norma. Véase, ALCÁCER GUIRAO, *RPJ*, (63), 2001, pp. 101 ss.; EL MISMO, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, 2002, p. 48, citando a WEINHOLD.

²⁸ No obstante, no debe perderse de vista que esta perspectiva en la contemplación del desistimiento conduce a su fundamentación como estímulo a la protección de bienes. De modo que, y en la medida en que el mantenimiento de ese estímulo puede ser conveniente respecto de cualquier comportamiento con potencial de éxito en la salvaguarda del bien, el planteamiento también podría recomendar la ampliación de la impunidad por desistimiento a comportamientos fallidos.

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, *RPJ*, (63), 2001, p. 100.

Antes al contrario, y desemboco con ello en la cuestión que ahora me interesa subrayar: partiendo siempre de la ausencia de resultado, el planteamiento comentado llevará a exigir mayores requisitos que enriquezcan incluso la calidad de la acción para poder imputarle esa evitación, demandando, en este sentido, que con ella no se dejen activos riesgos residuales que pudiesen haber desembocado en el resultado; llevará a no conformarse, en definitiva, con la máxima que encierra el adagio “bien está lo que bien acaba” (*Ende gut, alles gut*).³⁰ Si, tras apuñalar mortalmente a su víctima, el autor se limita a dejar entreabierto la puerta del piso, con la esperanza de que algún vecino de la finca pueda pasar a tiempo por el rellano y advertir la situación, llamando a una ambulancia, no habrá desistimiento aunque lo indicado acabe sucediendo y la víctima salve, así, la vida. Nada tiene que ver para la impunidad, como se ve, que la tentativa sea acabada y que el desistente haya desplegado un comportamiento activo en este caso, puesto que no puede considerarse suficiente.

Ese refuerzo exigible en la calidad de la acción de desistimiento para que éste pueda operar realmente como subrogado de la pena –con base en el fundamento de la exención expuesto y, debe destacarse, sin apartarse con ello de la letra de la ley– se traduce en la necesidad de respetar el principio de la máxima seguridad en la salvación, obligando al agente a optar por la acción óptima de evitación, sin conformarse con acciones subóptimas que dejen margen a riesgos residuales o al azar (en el ejemplo propuesto, se exigiría proveer la asistencia sanitaria adecuada, bien avisándola de un modo eficaz si puede llegar a tiempo, bien llevando a la víctima al hospital). Solo de ese modo, exigiendo el dominio pleno del curso salvador, sin contentarse con su mera causación, podrá imputarse realmente la evitación a la conducta del desistente, cuestión cuya comprobación es previa –y distinta– a la de la voluntariedad del desistimiento, y requisito necesario para la exención.

Desde luego, a favor de la exigencia de la acción óptima (o la más apropiada entre las *a priori* adecuadas que pueda tener el autor a su alcance) juegan también argumentos dogmáticos consistentes. Por una parte, el funcionamiento del dolo eventual, desde el momento en que en caso de utilizar medios de salvación subóptimos que dejen riesgos residuales activos, la concreción de éstos en el resultado permitiría sin dificultad imputar el hecho consumado doloso. Por otra, la mecánica de la comisión por omisión, ya que ante la generación imprudente de un riesgo la posición de garante por injerencia en la que queda situado el autor le obligará a ocuparse también de la mejor manera posible en su evitación.³¹

Pues bien, expuesto a grandes trazos el planteamiento seguido, parece evidente que en él la clasificación previa del intento como acabado o inacabado resulta de todo punto irrelevante, no ejerciendo papel alguno en la concreción de la forma que debe revestir el desistimiento en el caso

³⁰ ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, pp. 48 ss.

³¹ No obstante, lo relevante a los efectos aquí tratados no es tanto que se acepte la concreta tesis de la exigencia de la acción óptima, como advertir con claridad que la distinción tradicional entre tentativas inacabadas y acabadas es innecesaria para fijar la forma del desistimiento; que la distinción resulta, en otros términos, ajena a la solución del problema planteado.

En relación con aquella exigencia, también se han defendido soluciones diferenciadoras. Respecto del Derecho alemán, ROXIN consideró suficiente en las evitaciones de propia mano que la evitación fuese imputable al comportamiento (al entender que el tenor literal de la ley impedía otra opción). En la evitación del resultado por terceros, en cambio, exigiría que se hubiesen utilizado las mejores posibilidades de salvación cognoscibles por el autor, considerando aquí que el tenor literal no obligaría ya a admitir la mera apertura de oportunidades como forma válida de desistimiento (ROXIN, *PG*, 2014, §30/243, 246).

concreto para conllevar la impunidad. El criterio dirimente en esta cuestión es –debería ser, a mi juicio–, el que resulta de la aplicación del principio de la máxima seguridad en la salvación, principio que se cumplimentará en ocasiones con actuaciones “pasivas”, mientras que lo hará con actuaciones “activas” en otras, sin condicionantes previos. Si el autor enciende la mecha queriendo provocar un incendio, en el ejemplo antes propuesto, importa poco el aspecto externo de la actividad (acción/omisión) que lo impide (y sí, sólo, que el comportamiento que pertenece al desistente sea el óptimo para la evitación). El significado de su actividad o de su pasividad puede ser, lógicamente, equivalente.

Podrá combatirse el ejemplo propuesto, tal vez, insistiendo en que se trata de una tentativa acabada y por ello se ha requerido de un comportamiento activo, aunque no lo haya realizado de propia mano el autor (sino un animal o incluso un suceso natural). Pero lo relevante es a quién pertenece lo ocurrido, y lo que aquí se sostiene es que la evitación no será imputable al autor si abandona el lugar simplemente contando con la posibilidad de que el comportamiento requerido sea realizado por otro, aunque ello efectivamente ocurra.

La misma línea de argumentación, que conduce asimismo a la identificación de la “prestación óptima” como criterio normativo determinante de la forma que debe adoptar el desistimiento, es seguida también por H. A. DAVID.³² Para el autor no es el tipo de tentativa, como concepto predeterminado, lo que debe determinar la forma del desistimiento, sino que “primero hay que evaluar si la pretendida conducta de desistimiento responde al principio de la ‘acción de salvación más segura’”, para, a partir de allí, “definir si alcanza con el ‘abandono’ o si es necesaria una ‘evitación’ positiva”. La clave, para este entendimiento normativo (y no puramente descriptivo) de los términos “abandono” e “impedimento” reside en determinar si la conducta por cuya aptitud como desistimiento nos preguntamos deja o no riesgos residuales fuera del control del sujeto, lo que, en caso de ocurrir, impediría interpretar en términos comunicativos que el sujeto ha restaurado completamente el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Como observa el autor, esta concreción puede no resultar necesaria en los casos más simples, pero ciertamente existen supuestos en los que se generan riesgos concretos de lesión que no son totalmente eliminados con la acción pretendidamente desistente, en los que la precisión expuesta sí adquirirá toda la relevancia.

4. Finalmente, debe dejarse constancia de que la negación de la utilidad de la distinción entre tentativas acabadas e inacabadas para precisar la forma (activa o pasiva) del desistimiento no solo ha sido sostenida desde el patrocinio del principio de la máxima seguridad en la salvación como criterio dirimente, sino también desde otros planteamientos.³³ Tal correspondencia (entre tentativas inacabadas/acabadas, de un lado, y la modalidad pasiva o activa del desistimiento, de otro), aunque muy arraigada y generalmente asumida, también ha resultado cuestionada especialmente en el ámbito alemán, lo que tiene particular significación si se tiene en cuenta que la distinción encuentra su razón de ser en aquel país precisamente al abrigo de la cuestión del

³² DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, 2009, p. 163 ss.

³³ En España, admite también la irrelevancia de la distinción entre tentativa inacabada y acabada para concretar la forma del desistimiento ALASTUEY DOBÓN, *RDPC*, (5), 2011, p. 23, si bien su exposición se orienta más a identificar la frontera con la tentativa fracasada (no desistible) en supuestos en los que la reiteración de actuaciones resulta todavía posible por parte del agente (op. cit., *passim*).

desistimiento. Como señala ROXIN,³⁴ lo decisivo vendrá a ser si lo actuado se corresponde o no con el sentido de la ley a la hora de conceder un desistimiento, no lo que se derive de un concepto previo de tentativa inacabada o acabada.³⁵ No obstante, hay que destacar que esta consideración sobre lo inservible de la distinción a los efectos aquí comentados no lleva al autor a prescindir de ella, sino a caracterizar las categorías de tentativa inacabada y acabada a partir de esa reflexión.³⁶

Lo mismo puede decirse sobre la postura de DAVID, antes comentada, quien tras sentenciar – correctamente a mi juicio – que debe ser la relevancia práctica del fundamento de la impunidad por desistimiento, con su influencia sobre el requisito de la eficacia, la que aporte el criterio material para definir el contenido concreto de una acción de desistimiento eficaz, acaba concediendo sin embargo que a partir del criterio de la “prestación óptima” se pueda seguir caracterizando, si se quiere, a una tentativa como inacabada o acabada.³⁷ Ello debe dar pie a mi última observación: en mi opinión, las categorías de tentativa acabada e inacabada son sencillamente superfluas, prescindibles, en relación con este concreto cometido de determinar cómo desistir válidamente, de modo que carece de sentido volver a aterrizar en ellas redefiniéndolas en función del auténtico criterio dirimente en esta cuestión (pues tampoco con esa nueva definición estarán llamadas a ser utilizadas en otros menesteres). Luego lo único necesario para conceder la impunidad será comprobar la existencia de un inicio de ejecución – debe haberse llegado al punto crítico de peligro que éste representa para que haya una tentativa de la que desistir (lo que puede aceptarse en general concurrente cuando no existan actuaciones intermedias esenciales para la realización del tipo)– y que el acto de desistimiento constituya, en función de lo que requiera cada caso concreto, expresión del principio de la máxima seguridad en la salvación, sin necesidad alguna de pasar por el peaje que representan hoy las categorías de la tentativa inacabada y la acabada. Si ello se traduce en un comportamiento activo en unos casos, bastando una inactividad en otros, es algo del todo secundario.³⁸

Esta alternativa entraña una simplificación nada desdeñable en diversos frentes, al despojar la cuestión de lastres innecesarios. Desde luego, una determinada faceta de esta simplificación se haría especialmente perceptible en sistemas que emplean un concepto subjetivo basado en la representación del propio autor para la definición de la tentativa. Tal representación confiere, por así decir, una alta volatilidad a la calificación del intento (pudiendo, por ejemplo, lo que empezó siendo una tentativa acabada tener que calificarse en un estadio posterior como

³⁴ ROXIN, *PG*, 2014, §30/153, con ulteriores referencias bibliográficas.

³⁵ Por ejemplo, en los casos en los que el autor no está seguro de las consecuencias de su actuación, su caracterización como “tentativa acabada” (y consiguiente exigencia de desistimiento activo) constituye una decisión valorativa, que se deriva de ponderaciones teleológicas y político-criminales (ROXIN, *PG*, 2014, §30/168 en relación con 167), atentas a la consideración de que un mero abandono no hace realmente que la pena se torne innecesaria.

³⁶ Entendiendo, en concreto, por tentativa inacabada “aquella en la que el autor piensa, en el momento de adoptar su decisión de renunciar, que la causación del resultado exige en todo caso una actuación ulterior por su parte” (ROXIN, *PG*, 2014, §30/155) y por tentativa acabada aquella en la que “el autor no sabe, en el momento de detenerse, si el resultado se producirá o no a consecuencia de los esfuerzos realizados hasta ese momento, por lo que cuenta con cualquiera de ambas posibilidades”. “En ese caso –dirá– el autor merece que se le reconozca un desistimiento únicamente si no se arriesga a que se produzca el resultado, sino que reacciona activamente para impedirlo” (§30/166).

³⁷ DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, 2009, pp. 168, 166.

³⁸ GILI PASCUAL, *InDret*, (2), 2012, p. 25.

tentativa inacabada, según esa representación), operación que, si se requiere como paso previo para determinar después la forma del desistimiento válido, evidentemente representa un problema añadido en tales sistemas.³⁹ DAVID trae aquí a colación el caso, también citado por ROXIN, que sirvió de base a una resolución de 1989 del Tribunal Supremo alemán (BGH 36, 224). En él, el acusado, con intención homicida, apuñaló a su víctima y, creyendo que el resultado se iba a producir, se detuvo, pero la propia víctima le sacó de su error con sus comentarios, pese a lo cual el autor no continuó apuñalándola, aunque podría haberlo hecho.⁴⁰ En este caso, el BGH entendió que la representación corregida del autor adquiriría importancia decisiva para el “horizonte del desistimiento”, admitiendo que el abandono implementaba el desistimiento, con la consiguiente impunidad. Pero, como señala ROXIN, parece claro que hacer depender la solución de si una tentativa acabada puede volver atrás y convertirse en una tentativa inacabada constituye un camino conceptual y metodológicamente equivocado, y ello sin contar con las complejidades añadidas que desde un punto de vista pragmático y probatorio se presentan, pues un adecuado asesoramiento llevaría siempre al autor a mantener que nunca consideró haber hecho todo lo necesario para producir el resultado. En mi opinión, en el ejemplo propuesto estamos en realidad, y de nuevo, ante un problema de terminación de la tentativa. En los supuestos de apuñalamiento indiscriminado generalmente no puede considerarse *ex ante* que la práctica de una sola incisión suponga ya el riesgo suficiente para producir el resultado, pues ese riesgo lo entraña normalmente la repetición de un número indeterminado de ellas. Si ese es el caso, y se han producido una o varias incisiones, la tentativa no se encuentra terminada y es por tanto desistible, bien porque no se ha llegado a desplegar aún el peligro suficiente para ocasionar la consumación (p.e., si se asestó una sola puñalada que no llegó a generar el riesgo crítico – tentativa inacabada–), bien porque el peligro sí suficiente generado permanece activo, sin haberse agotado (tentativa acabada no terminada).⁴¹ Pero lo que debe hacer el autor para acceder a la impunidad (acción u omisión) no ha de depender de la clasificación de su intento en función de su representación sobre si lo realizado ha sido o no suficiente. Sino del criterio de la máxima seguridad en la salvación, sin pasar por la tradicional distinción entre tentativas, lo que simplifica notablemente el tratamiento correcto.

Las complicaciones añadidas de un modelo subjetivo también se hacen patentes –y podrían evitarse– en los casos en los que el autor cesa en su actuación sin ni siquiera representarse nada sobre las consecuencias de dicho actuar, situación que ha llevado a la doctrina alemana a proponer proyecciones hipotéticas para decidir si el sujeto habría podido llegar a la conclusión de que el resultado no se produciría (en cuyo caso se trataría de una tentativa inacabada, constituyendo el cese de actividad un desistimiento válido –impunidad–) o habría podido reconocer la alta probabilidad del resultado (lo que sería considerado una tentativa acabada,

³⁹ DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, 2009, p. 164.

⁴⁰ DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, 2009, p. 164; ROXIN, *PG*, 2014, §30/154, 163.

⁴¹ Si, en cambio, en función del tipo de apuñalamiento (p.ej., una certera incisión en el cuello, calculada gracias a encontrarse la víctima inmóvil y desprevenida), la tentativa deberá considerarse terminada y por tanto indesistible (aunque el intento ni siquiera acabe rozando a la víctima o le produzca un leve rasguño debido a un movimiento inesperado de ésta en el último momento, cuando el autor lanzaba ya su golpe mortal).

requiriendo de un comportamiento activo).⁴² En esto, también el criterio de la acción óptima supone una simplificación.

Pero esa simplificación también puede hacerse patente en sistemas que, como el nuestro, no parten de un concepto subjetivo de tentativa, ni fían por tanto su verificación a la representación del autor. Ese rendimiento puede verse singularmente aumentado en relación con aquellas estructuras, ya aludidas, en las que casa mal la propia distinción binaria de continua referencia, y ello al representar, sencillamente, aquella parte de la realidad punible que no se tuvo en cuenta para elaborar la distinción, que, como se ha dicho, fue diseñada pensando solo en la comisión activa de delitos de resultado material con autoría única e inmediata. A esas *otras* estructuras y a las cuestiones específicas que en torno a ellas se han planteado en relación a la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas me referiré a continuación.

3. La forma del desistimiento en estructuras específicas: ¿algún protagonismo de la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas?

3.1. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento en la participación y en la coautoría

Si se acepta que el partícipe no realiza un injusto autónomo, la tentativa no tiene relevancia más que respecto de la conducta del autor.⁴³ Y si la tentativa es ajena a la participación –en ese concreto sentido–,⁴⁴ también lo es la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas, que de hecho se gesta, como ya se ha indicado, con la mirada exclusivamente puesta en la autoría única, sin pensar ni en la participación ni, dicho sea de paso, en otros supuestos de plurintervención en el delito, como la coautoría. Siendo lo anterior así, es inevitable observar que tampoco la supuesta correspondencia entre tentativas inacabadas/acabadas (del autor), por un lado, y el carácter omisivo/activo del desistimiento, por otro, habrá de tener ninguna trascendencia para decidir acerca de la forma que debe adoptar la desistencia de los partícipes. En una aproximación muy preliminar tal vez se tienda a pensar que, en la encrucijada entre comportamientos pasivos o activos, el desistimiento en la participación debería identificarse siempre con estos últimos, en la medida en que, al ostentar el dominio positivo del hecho otro interviniente (el autor), la opción de desistir eficazmente cesando simplemente en la propia actuación no estaría al alcance del partícipe. Pero tal observación es del todo inexacta. Por lo pronto, habrá casos en los que omitir la aportación acordada podrá desbaratar la entera ejecución del hecho (así, en supuestos de cooperación necesaria, en los que se ostenta el dominio negativo). De modo que el desistimiento del partícipe en una tentativa inacabada podría revestir tanto forma activa como pasiva, lo que por sí solo desvirtuaría ya la utilidad en este ámbito de la pretendida regla general. Pero en realidad no merece siquiera la pena profundizar en esta materia por ese camino, porque no será recorriéndolo como se hallará el criterio de aplicación.

⁴² Tal incertidumbre no se cierne del mismo modo sobre los casos en los que se considera que el sujeto cuenta (en términos de dolo eventual) con las dos posibilidades, situación que se identifica como tentativa acabada, requiriendo una conducta positiva de evitación.

⁴³ Sin entrar ahora en la cuestión de la eventual relevancia puntual de ciertas participaciones intentadas como actos preparatorios independientes.

⁴⁴ Pues en otros el inicio de ejecución (siempre por parte del autor) tiene una relevancia capital para esos otros intervinientes. Ostenta, de hecho, un valor constitutivo para su propia existencia, pues solo con él pasan sus aportaciones del ámbito de la libertad al de lo prohibido.

En realidad, el debate sobre la forma del desistimiento del partícipe se mueve en otros parámetros. Concretamente, entre las posiciones que se conforman con la neutralización de su propio aporte y la exigencia de evitar la consumación (añadiendo la precisión que desde cada uno de esos postulados resulte sobre el sentido que deba darse a la cláusula de *esfuerzo serio* recogida actualmente en la ley). A mi juicio, la opción correcta desde el punto de vista teórico es definitivamente la segunda, que requiere la evitación de la consumación imputable a la conducta del partícipe desistente, lo que debe ser destacado por más que en la práctica pueda no ser tan elevado el número de casos que acaben resolviéndose de modo distinto al que resultaría del otro planteamiento mencionado (ya que éste acaba requiriendo también la evitación en la mayoría de supuestos). La opción aquí sostenida descansa, por un lado, en el propio fundamento del desistimiento, del que como se ha visto deriva la consideración de la eficacia (exclusión del resultado) como elemento consustancial a la institución, con independencia de quien (autor o partícipe) la invoque, al ser el componente que permitirá al desistimiento operar como subrogado de la pena. Por otro, descansa en la consideración de la participación no solo como contribución a un hecho ajeno, perteneciente únicamente al autor, sino en la asunción de la pertenencia del hecho a la totalidad de los intervinientes, de modo que en realidad el partícipe no responde exclusivamente por su propia aportación, sino por el todo, por haber hecho suyo el hecho, habiendo generado una unidad de sentido con él. De este modo, retirar lo aportado no es, a mi juicio, desistir. Pues la perturbación social generada por la participación en la tentativa no se neutraliza replegando el concreto elemento de peligro que el partícipe desplegó, sino solo cuando el partícipe se coloca plenamente del lado del bien jurídico agredido, con independencia de que le hubiese podido resultar menos costoso situarse en su contra.⁴⁵ Esta insuficiencia de la retirada del propio aporte y la pertenencia del hecho a la totalidad de los intervinientes puede advertirse con total claridad en supuestos de coautoría.⁴⁶

Ello se traducirá en la necesidad de un impedimento⁴⁷ que, como el del autor, deberá guiarse por el principio de la máxima seguridad en la salvación, bastando con comportamientos pasivos en ocasiones, y requiriendo de intervenciones activas en otras, pero ello con total independencia del carácter inacabado o acabado de la tentativa del autor. Naturalmente, que tal distinción no

⁴⁵ GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso*, 2009, pp. 42 ss.

⁴⁶ Así lo entendió por ejemplo, correctamente, la STS 471/2018, de 17 de octubre, ponente de Porres Ortiz de Urbina, en un supuesto de estafa procesal. En ella se desestimó la pretensión del recurrente de ser absuelto por haber desistido voluntariamente de su acción inicial al no comparecer al juicio, último y fundamental acto que debía materializar el fraude. Como indica el Alto Tribunal, “su incomparecencia no determinó que la acción ilícita concluyera, (...) ya que los demás partícipes decidieron continuar con su acción, comparecieron a juicio, formularon pretensiones y se dictó sentencia”. Si el resultado no se materializó en este caso no fue, se apostilla, “porque el recurrente desistiera, sino porque el juez descubrió la falsedad de la denuncia (...). Su participación no se circunscribió al ejercicio de la acción que inicialmente pretendía ejercitar para la obtención ilícita de un beneficio económico, sino que se extendió también a los actos realizados por los demás partícipes, que continuaron con el plan hasta su desarrollo final en el juicio”. (De todos modos, debe indicarse que, en el caso concreto, la actuación del recurrente y su influencia en el hecho era más amplia, pues había ideado también la estrategia a seguir, por lo que también la tesis de la neutralización del aporte –hay que entender– acabaría requiriendo la evitación de la consumación para aceptar el desistimiento).

⁴⁷ El partícipe debe conseguir, al menos, que el hecho que acaso continúen los demás intervinientes sea *otro*, sin que quepa afirmar la *identidad de hecho*.

tenga ningún protagonismo en la cuestión analizada no significa que no pueda ser utilizada con cierto rendimiento con fines descriptivos o instrumentales.⁴⁸

3.2. Traslación y adaptación de la distinción en función de una forma predefinida de desistimiento

a. *Autoría mediata*

Desde el punto de vista estructural, la autoría mediata se ajusta a los parámetros de una tentativa acabada.⁴⁹ Desde el punto de vista del desistimiento, por su parte, rigen en ella los criterios generales (a mi juicio, ser expresión del principio de la máxima seguridad en la salvación), sin conceder protagonismo a las supuestas correspondencias derivadas de la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas. La institución no presenta, pues, singularidades a los efectos aquí tratados. No obstante, debe hacerse referencia a algún planteamiento doctrinal que, dentro de la tentativa acabada que en sí misma representa ya la propia autoría mediata, aprecia aún la distinción entre un estadio de tentativa inacabada y otro de tentativa acabada a ciertos efectos, estableciendo para ello determinados paralelismos con la distinción original.

En concreto, en posturas que identifican el inicio de ejecución en esta modalidad de autoría no propiamente en la conclusión de los actos que debe llevar a cabo el autor, sino en el posterior abandono del control del riesgo con ello generado, se ha sostenido que constituirían supuestos de tentativa inacabada aquellos casos en los que se produce tal abandono voluntario (necesario para que exista tentativa) pero sin representación o asunción subjetiva de la pérdida del control (p.e., si quien ha colocado un artefacto explosivo conectado a un interruptor del domicilio de la víctima –quien tardará horas en llegar–, sale a comer algo pero conservando la llave que le ha de permitir regresar sin dificultad a dicho domicilio). En cambio, constituirían tentativas acabadas los supuestos de abandono voluntario y consciente (siquiera en términos de dolo eventual) de la pérdida objetiva de control.⁵⁰

⁴⁸ Resulta útil, por ejemplo, para exponer de forma sistematizada las diferencias reales entre los resultados a los que se llega desde la tesis de la neutralización del aporte y los que arroja la tesis de la evitación de la consumación aquí sostenida, desglosando para ello las posibles combinaciones entre tentativas acabadas con y sin materialización plena del aporte participativo, por una parte, y entre tentativas inacabadas con y sin materialización plena del aporte participativo, por otra (véase, GILI PASCUAL, *Desistimiento y concurso*, 2009, pp. 61 ss.).

⁴⁹ Si se parte de un concepto personal, que tome en consideración para apreciar la tentativa solo las actuaciones que corresponde realizar al autor, con la autoría mediata se está, en efecto, ante la realización de todos los actos que deberían producir el resultado, solo que en este caso dicho resultado no vendrá determinado por el paso del tiempo o por un suceso natural o mecánico, sino por la actuación de un instrumento humano, ya sea un tercero o la propia víctima. Naturalmente, desde el punto de vista naturalístico cabría pensar también en tentativas inacabadas en la fase previa a la compleción de la conducta del autor (p. ej., cuando éste está a punto de verter el veneno en la bebida que servirá el instrumento). Pero se trata desde el punto de vista valorativo de supuestos en principio demasiado alejados de la lesión como para ser considerados penalmente relevantes, máxime si se tiene en cuenta que doctrinalmente cuando no existe una inmediatez temporal con el resultado el inicio de ejecución tiende a diferirse en algunas posturas aún más allá de la propia finalización de los actos que corresponde realizar al autor mediato.

⁵⁰ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, pp. 189 ss., 199.

Esta distinción se orienta en primer lugar a justificar un tratamiento distinto en caso de desistimiento ineficaz, poniendo para ello el acento en la consciencia o representación acerca de la pérdida del control: en el primer caso, si se intenta desistir y no se consigue se estimará procedente la imputación del resultado a título de imprudencia, en concurso con la tentativa –estructura de consumación anticipada–; en el segundo, será imputable el resultado doloso con, en su caso, la atenuante análoga de reparación.⁵¹ Yendo al punto de partida de esta posición, no parece en general conveniente aquel retraso del inicio de ejecución más allá de la creación del riesgo, hasta el momento de su abandono, al poder estar invadiendo con ello para la afirmación de la responsabilidad un espacio en realidad perteneciente al desistimiento. Creo, en consecuencia, que al no regir en dicho terreno las reglas de imputación que determinan el surgimiento de la responsabilidad (merecimiento de pena), un desistimiento malogrado en los supuestos de abandono voluntario del control pero sin asunción subjetiva de la pérdida del mismo no tiene por qué excluir, si se dan sus requisitos, la responsabilidad por el resultado doloso no evitado. En esto debe tenerse en cuenta que el desistimiento, aunque es un acto debido en la medida en que viene impuesto por la propia norma que obliga desde el principio a no atentar contra el bien jurídico –la norma que prohíbe la consumación– no constituye en cambio un deber en sentido estricto, pues tal calificación reclamaría como presupuesto la capacidad de cumplirlo, una capacidad cuya ausencia en el caso concreto, sin embargo, no excluye la obligación: si, siguiendo el ejemplo antes mencionado, el agente sale a comer algo conservando la llave del apartamento –sin, por tanto, asunción subjetiva de la pérdida del control sobre el riesgo–, y a la hora de regresar se lo impide un accidente, falleciendo finalmente la víctima en la explosión no evitada, tal resultado no deberá reputarse necesariamente imprudente por tratarse de una consumación anticipada.

Pero la distinción también extiende sus efectos a la forma del desistimiento, poniendo ahora el acento en la pérdida objetiva del control del riesgo y estableciendo una renovada correspondencia entre aquella forma de desistir y la consideración de la tentativa como inacabada o acabada según esta concepción revisada. El punto de conexión que sirve para trazar el paralelismo se hace residir ahora en el grado de dificultad que revestiría el desistimiento, es decir, en que “los medios a emplear para desistir serían de diferente intensidad”⁵² en cada caso: más livianos en el primero, en consonancia con la forma meramente omisiva que se atribuye habitualmente al desistimiento en una tentativa inacabada, y más costosos en el segundo, evocando con ello la mayor intensidad que se le supone al desistimiento activo requerido en una tentativa acabada convencional. En el primer caso –indica ALCÁCER– “el autor, a pesar de haber decidido abandonar el control, sabe también que en cualquier momento puede recuperarlo sin dificultades, sencillamente desandando sus pasos (ejemplo: volver a casa de la víctima con la llave que posee, o volver a su propia casa y tirar la sopa envenenada a la basura); en cambio, en el segundo supuesto el autor no sólo ha decidido abandonarlo, sino que además, sabe también que, por haberlo perdido y haberse, por tanto, cerrado el camino a una eventual recuperación del mismo, para evitar el resultado tendrá que realizar especiales esfuerzos y acciones extraordinarias, que disminuirán notablemente las posibilidades de éxito del desistimiento”. “Así, en el primer caso estaremos ante una autoría mediata en tentativa inacabada, en la cual el autor, a pesar de haber decidido abandonar el control sobre el riesgo, puede contar con la posibilidad de recuperarlo sin dificultad; mientras que en el segundo estaremos ante una tentativa acabada, en la que el autor ya no puede contar con recuperar

⁵¹ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 199.

⁵² ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 199.

fácilmente el control sobre el riesgo, sino que sabe que para ello será preciso poner en práctica especiales medidas de salvación, cuya dificultad aumentará sobremanera la probabilidad de producción del resultado”.⁵³

Es de esta forma como –a juicio del autor citado– esa diferencia entre un desistimiento pasivo y otro activo que se predica de las tentativas inacabadas y acabadas entendidas en el sentido habitual puede también apreciarse, si bien de forma adaptada, en las dos variantes estructurales que intenta distinguir en la autoría mediata, “acomodándolas a la particular conformación de esta figura”. “Lo que, entonces, diferenciaría la tentativa inacabada de la acabada en la autoría mediata es que en la primera el autor sólo tendría que deshacer el camino andado, invirtiendo (como si de una imagen inversa se tratara) los mismos pasos dados para crear y abandonar el foco de peligro, y sin acciones añadidas respecto de las que en dirección opuesta realizó para ello; en cambio, en la segunda, el autor para recuperar el control sobre el peligro y evitar el resultado tendría que realizar un plus de actividad respecto de la que inversamente realizó para llegar a crear el foco de riesgo, teniendo que tomar medidas extraordinarias y cualitativamente más intensas respecto de las que tomaría si no hubiera perdido objetivamente el control”. “En suma, la pérdida ‘objetiva’ de control del peligro y, por tanto, la tentativa acabada, vendría dada cuando aumentaran sobremanera las dificultades para recuperarlo, de forma que un desistimiento sólo podría realizarse mediante medidas activas de especial intensidad”.⁵⁴

Como puede verse, en suma, el mantenimiento de la nomenclatura clásica se sostiene en este planteamiento –influenciado por LÖNNIES y WOLTER – a costa de transmutar completamente la esencia, fundamentalmente naturalística,⁵⁵ de la distinción original y también sus efectos, dado que no se efectúa para proyectar después las utilidades básicas que se le suponen a aquella distinción convencional (determinar la forma pasiva o activa que debe revestir el desistimiento), sino que se asume en todo caso que el autor deberá realizar una prestación activa en ambos supuestos para desistir,⁵⁶ fijándose ahora en otras circunstancias (la intensidad de la actividad a desplegar para conseguirlo).

En cualquier caso, lo que interesa destacar en este momento es que la tesis explicada puede sostenerse igualmente, si se considera oportuno hacerlo, sin esa traslación y adaptación de las categorías clásicas. El recurso a ellas evidencia cuan profundamente han arraigado en el imaginario colectivo, pero no existe realmente ninguna necesidad de pasar por ellas para defender lo expuesto, ni de construir otras análogas o parecidas, amén de poder inducir esto último a confusión, por su carácter contraintuitivo. Téngase en cuenta que la denominación se mantiene aquí sin que exista siquiera similitud con el concepto o definición originaria (en ambos casos el sujeto ha realizado todo lo necesario para que se produzca el resultado, ergo se trata de una tentativa acabada según el criterio convencional), descansando el paralelismo solo en un mero parecido en el grado de dificultad para desistir, un efecto que, además, es contingente. Lo relevante, se reitera una vez más, será la adopción de la acción óptima de salvación en cada caso. Si –retomando el ejemplo antes calificado según esta adaptación como tentativa inacabada– se le atasca la llave al agente que simplemente salió a comer algo, nada le eximirá de tener que

⁵³ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 200.

⁵⁴ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 201.

⁵⁵ Aunque encierra también un ingrediente valorativo, por la necesaria puesta en relación con un resultado no producido.

⁵⁶ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 199.

tomar cuantas “medidas extraordinarias y cualitativamente más intensas” resulten necesarias para evitar el resultado.⁵⁷ Pasar a llamar a esta situación tentativa acabada⁵⁸ parece accesorio.

Esfuerzos similares a los explicados en relación con la autoría mediata para adaptar los conceptos de tentativa inacabada y acabada pueden observarse también en el ámbito de la comisión por omisión, que paso a comentar.

b. Comisión por omisión

Si se admite la tentativa en la comisión por omisión, lo que resulta perfectamente plausible,⁵⁹ habrá que entenderla seguramente restringida, si nos atenemos al significado de las categorías conforme a la bipartición clásica, a la modalidad acabada. A esta conclusión podrá llegarse por diferentes caminos. Por un lado, en la medida en que el art. 11 CP requiere un resultado material, sea de lesión o de peligro concreto, pero espacio-temporalmente separado de la conducta,⁶⁰ las posibilidades de cumplimentar aquella estructura omisiva se desvanecerían en relación con la tentativa inacabada (en el sentido en el que ésta es comúnmente concebida) desde el momento en que se carece en ella de un resultado separado de peligro, en puridad solo apreciable en la tentativa acabada. La misma conclusión podrá alcanzarse, por otro lado, si se decide situar el inicio de ejecución en el último momento en el que se puede evitar el resultado,⁶¹ cuando expira

⁵⁷ Y a la inversa: si, en otro ejemplo propuesto (ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 204), el autor deja listo el dispositivo electrónico para cuando la víctima vuelva de viaje en dos semanas, y entretanto se pone en riesgo a sí mismo (p.ej., juega a la ruleta rusa, o roba un banco a punta de pistola), se indica que “estaremos ante una *tentativa acabada completa*”, aunque falten días para la llegada de la víctima, “porque con esas situaciones el autor habrá dejado al azar el control objetivo del peligro”. No obstante –cabe observar– aunque dicho autor haya vivido peligrosamente, si conserva la llave para volver al piso no tendrá que hacer esfuerzos extraordinarios para evitar el resultado. El mayor o menor esfuerzo para desistir, la forma del desistimiento, en suma, no parece pues depender tampoco en esta postura de la calificación previa del intento (que sería según lo explicado “acabado” pese a tener una forma sencilla de desistimiento, sin medidas extraordinarias). En realidad, la cuestión más relevante que plantea el ejemplo es otra: la relativa a la terminación del delito intentado, o preclusión del desistimiento. Para ella, tampoco tiene utilidad el concepto de tentativa acabada, ni el clásico ni el adaptado para la autoría mediata según lo expuesto. A mi entender, mientras el peligro esté latente, aunque medien fases en las que su control se ha perdido provisionalmente, continúa abierta la posibilidad de desistimiento, que, en cuanto a su forma, deberá ser expresión del principio de máxima seguridad en la salvación. Sobre ello, GILI PASCUAL, *InDret*, (2), 2012, pp. 29 ss.

⁵⁸ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 202.

⁵⁹ Más comprometida se ha percibido doctrinalmente la admisión de la tentativa en los delitos de omisión pura (al interpretar que cualquier retraso en desplegar la acción debida implicaría la consumación), aunque no se ha descartado: sería posible si se sitúa la consumación solo en el último instante en el que el autor dispone de la posibilidad de intervenir, considerando que los hechos permanecen en la fase intentada en tanto se mantenga la posibilidad de cumplir con el deber requerido por la ley. La admite, por ejemplo, FARRÉ TREPAT, situando el inicio de ejecución en el “aumento del peligro de que la acción debida no podrá realizarse a tiempo”, si bien excluyendo la tentativa acabada (frustración), cuestión que condiciona a la naturaleza jurídica de la tentativa inidónea. Véase, FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*», *EPC*, (13), 1988-1990, pp. 52 ss.

⁶⁰ Excluye SILVA la consideración del resultado demandado por el art. 11 como resultado en sentido jurídico (lesión o puesta en peligro), requiriendo un resultado material, que puede ser de peligro concreto o de lesión: SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, 1999, pp. 482 s.

⁶¹ Ya en este sentido, KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 210 ss.

la última posibilidad de evitación, lo que estructuralmente impediría también apreciar una tentativa inacabada.

Naturalmente, el mantenimiento de la distinción podrá seguir postulándose si se sitúa el inicio de ejecución en el primer momento en que puede llevarse a cabo la actuación impeditiva (tentativa inacabada) y se reserva el último momento para ubicar en él la tentativa acabada.⁶² Pero si nos fijamos en la consecuencia fundamental que se le presume a la distinción –la forma omisiva o activa que debe adoptar el desistimiento– tal clasificación habrá de reputarse estéril, pues en principio el desistimiento solo podrá adoptar la forma activa –también en la tentativa inacabada así configurada– desde el momento en que seguir omitiendo es justamente lo que llevará, irremisiblemente, a la consumación. No cabría desistir, en otras palabras, sino llevando a cabo la acción positiva de evitación originariamente pedida por la norma.⁶³

No obstante, la distinción ha sido también sostenida al margen de lo anteriormente expuesto, adaptando cada categoría a un significado nuevo, derivándolo de una forma predefinida de desistimiento que se establece en función de su grado de dificultad, de forma análoga a lo ya explicado en relación con la autoría mediata. En este sentido ALCÁCER explica, matizando otros planteamientos doctrinales similares, que el inicio de ejecución (el surgimiento de la tentativa) en supuestos de comisión por omisión debe ubicarse no en el primer momento en que puede actuar el autor, sino en aquel en el que el sujeto abandona voluntariamente el control debido de un foco de peligro (entendiendo por tal abandono la pérdida objetiva y real del control de riesgo –al menos intersubjetivamente apreciable–, y no un mero abandono “subjetivo”).⁶⁴ Ello le permitirá, dirigiendo la mirada hacia la intensidad de las medidas que pueden resultar necesarias para recuperar ese control, distinguir entre una modalidad –adaptada– de tentativa inacabada y otra acabada, que vendrían caracterizadas por el diferente grado de control que se tiene sobre el peligro en cada fase y que se traduciría en un “diferente grado de seguridad en las posibilidades de recuperar el control sobre el peligro”. Desde este punto de vista, señala, “existirá una tentativa inacabada cuando el autor haya abandonado el control sobre el foco de riesgo sin, al mismo tiempo, haber perdido objetivamente ese control, por poder retomar el control del riesgo con seguridad, al no tener que emplear medidas extraordinarias de salvación. Existirá una tentativa acabada cuando el autor haya perdido objetivamente el control sobre el foco de riesgo, al no ser posible retomar el control del mismo y evitar el resultado de forma segura, dependiendo la salvación del bien jurídico de medidas extraordinarias y urgentes realizadas in extremis”.⁶⁵ La tentativa acabada, por tanto, se identificaría con una “situación crítica de peligro, por cuanto la lesión queda[ría] completamente a expensas del azar, al no ser ya segura la posibilidad de recuperar el control”.⁶⁶

⁶² Así, MAIHOFFER, «Der Versuch der Unterlassung», *GA*, 1958, p. 298 (cit. por ALCÁCER GUIRAO, «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *LL*, (5), 2002, p. 1455).

⁶³ Si bien cabe imaginar, de todos modos, supuestos en los que el garante no tenga por qué llevar a cabo un comportamiento activo de propia mano. Iniciada la tentativa, el mismo significado puede tener su pasividad, por ejemplo, cuando conoce que otra persona que actúe bajo su supervisión (p. ej., un subordinado, en el marco de la empresa) tomará las medidas necesarias para conjurar el peligro.

⁶⁴ ALCÁCER GUIRAO, «Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión», *CPC*, (73), pp. 24 ss.; EL MISMO, *LL*, (5), 2002, p. 1461.

⁶⁵ ALCÁCER GUIRAO, *LL*, (5), 2002, p. 1461.

⁶⁶ Conforme a este planteamiento, si, por ejemplo, con dolo de matar a su hijo de inanición la madre abandona la vivienda dispuesta a no volver, estaremos ante una tentativa inacabada por cuanto que, si se arrepiente y regresa al domicilio, podrá revertir la situación alimentándolo con normalidad. Se estará, en

Se perfila, de este modo, una forma diferente de desistimiento en cada modalidad de tentativa, lo que permite asimismo a este autor establecer un cierto paralelismo con las formas del desistimiento en el delito de comisión activa –según la concepción convencional–, entendiendo que “la posibilidad de desistimiento realizando la misma acción exigida en origen por el mandato (tentativa inacabada) equivale al desistimiento pasivo en la comisión, porque al igual que en ésta no se exige nada ulterior al propio contenido originario de la prohibición”. Mientras, en la tentativa acabada se precisa “un plus de exigencia, la adopción de medidas extraordinarias”, lo que en términos de desistimiento “se corresponde estructuralmente con el propio de la tentativa acabada del delito comisivo, por cuanto en éste se exige también un plus de actividad respecto del contenido inicial de la prohibición: una prestación positiva de evitación”.⁶⁷

A pesar de que a través del planteamiento expuesto se llega, como se ha visto, a una diferenciación en cuanto a la forma del desistimiento, no es realmente en este terreno donde el planteamiento despliega sus efectos más relevantes. Al fin y al cabo, se trata en ambos casos de desistimientos activos (lo que sigue invalidando los términos clásicos de la distinción –que apuntan a una modalidad pasiva y otra activa– en el ámbito de la omisión impropia), a la vez que se trata de modalidades de desistimiento que no vienen determinadas por una caracterización previa de las formas de tentativa, sino que, a la inversa, son las formas de tentativa las que vienen definidas y recortadas a la medida de la que se considera, desde otros criterios, la forma procedente de desistir.

Sin embargo, la distinción sí despliega importantes efectos derivados de la necesidad de imputación al dolo del resultado,⁶⁸ en particular en supuestos de desistimiento malogrado. En efecto, en la medida en que la distinción practicada permite discriminar, en función de la representación subjetiva del autor con respecto al peligro en cada fase, entre un “dolo de tentativa inacabada” y un “dolo de tentativa acabada”, la necesaria actuación con dolo de tentativa acabada (dolo de consumación) requerida para poder imputar el resultado al dolo impedirá la imputación a título doloso en los casos en los que el resultado se verifique antes de lo esperado, esto es, con dolo de tentativa inacabada, dado que el sujeto no se habrá representado todo lo necesario para la producción del resultado. En estos supuestos de consumación anticipada⁶⁹ lo procedente sería, según este planteamiento, castigar solo por tentativa (o, en su caso, por la tentativa en concurso ideal con el delito imprudente, en función de la previsibilidad del riesgo que se haya concretado en el resultado).⁷⁰

cambio, ante una tentativa acabada si se llega a la fase crítica en la que el estado de salud del niño empeore, de forma que no sea ya posible revertir la situación con la mera alimentación normal, sino que se requiera, p.ej., llamar a una ambulancia y trasladar al niño al hospital [ALCÁCER GUIRAO, *LL*, (5), 2002, pp. 1460 s.].

⁶⁷ ALCÁCER GUIRAO, *LL*, (5), 2002, p. 1461.

⁶⁸ Al igual que se sostiene en el campo de la autoría mediata.

⁶⁹ Por ej.: la madre, tras abandonar a su hijo en casa dispuesta a que muera de inanición (pero creyendo contar con la posibilidad de un control seguro del riesgo), decide a las pocas horas desistir y regresar al domicilio, encontrándose muerto a su hijo [ALCÁCER GUIRAO, *LL*, (5), 2002, p. 1463].

⁷⁰ También los supuestos en los que tras el abandono doloso del control resulta imposible su recuperación por circunstancias sobrevenidas requerirían un tratamiento específico, impidiendo según el planteamiento comentado imputar el resultado a título doloso si esa circunstancia fuese imprevisible (ej.: la madre, tras el abandono, decide regresar e impedir que su hijo muera de inanición, pero un atropello se lo impide: solo tentativa; alternativamente, se estaría ante una tentativa en concurso con el delito imprudente si la circunstancia en cuestión resultaba previsible, atribuible a la infracción de un deber de cuidado). Véase, ALCÁCER GUIRAO, *LL*, (5), 2002, pp. 1462 s.

Sin perjuicio de que pueda compartirse o no la calificación indicada en virtud de las razones expuestas, interesa ahora poner el foco en el hecho de que la misma solución puede sostenerse prescindiendo de la referencia terminológica a la tentativa inacabada/acabada. Para la adjetivación del dolo, puede aludirse simplemente a un dolo de consumación. Por su parte, la forma del desistimiento debe resolverse, a mi juicio, apelando una vez más al criterio general de la máxima seguridad en la salvación (lo que, por cierto, no impide imaginar desistimientos “pasivos” válidos, pues no hay necesidad de realizar forzosamente comportamientos activos de propia mano).⁷¹ En ello se antoja, pues, superflua la alusión a una tentativa inacabada y a otra acabada, distinción que tampoco resulta necesaria para contestar a las otras dos preguntas clave: dónde se sitúa el inicio de la ejecución en la comisión por omisión y hasta qué momento se puede desistir (preclusión del desistimiento).

4. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento en delitos de mera actividad

Finalmente, en esta relación de estructuras en las que puede encontrar difícil encaje la dicotomía convencional entre tentativas inacabadas y acabadas debe incluirse una mención a los *delitos de simple actividad*. La cuestión estriba aquí, en primer término, en la propia admisibilidad del delito intentado que, aunque resulta en general asumida en este ámbito, no lo es de forma unánime ni, en caso de serlo, lo es con el mismo alcance. Algunas posturas sencillamente la rechazan de plano (sin distingos, pues, entre intentos inacabados y acabados), pretextando una incompatibilidad estructural entre una institución referida –supuestamente– solo a delitos de resultado material y una modalidad delictiva que por definición carece de dicho resultado. Otras, más permisivas, admiten la tentativa, pero solo en la modalidad inacabada, conclusión que, en general, se alcanza separándose de los dictados de una estricta concepción objetivo-formal de la autoría, de tal modo que pueden cobrar así relevancia actos situados en el ámbito anterior a la realización del verbo típico. La extensión a la tentativa acabada, sin embargo, se considera desde estas posiciones inviable (a salvo, claro, de la tentativa inidónea fracasada), al considerar que la ejecución de todos los actos equivaldría ya a la realización total del tipo, esto es, a la consumación. La consabida pasarela entre la clase de intento y la forma que debe adoptar el desistimiento hace en ocasiones el resto en este tipo de argumentaciones y, así, se afirma a veces que la conclusión de todo ello es que en los delitos de mera actividad no cabría el desistimiento activo.⁷²

Pues bien, en relación con ello y a los efectos que interesan a este trabajo, proceden dos tipos de consideraciones. En primer lugar que, como resultará evidente, la admisión o inadmisión en ellos de la tentativa depende en realidad de un factor terminológico o conceptual, a saber, de cómo se decida integrar el término *resultado* usado por el art. 16 CP. Si se identifica con un resultado material separable de la acción, se alzaría lógicamente entonces un muro conceptual insalvable que imposibilitará la admisión de la modalidad imperfecta.⁷³ No es éste, sin embargo, el único

⁷¹ Igual que nota 63.

⁷² En este sentido, MAÑALICH RAFFO, «La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales», *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), 2004, p. 161. La justificación de esta tesis, señala el autor, sería alternativa: “o bien porque no resulta concebible la tentativa acabada de un delito de mera actividad (por equivaler a su consumación), o bien porque de todas formas se trataría de una tentativa (inidónea) fracasada, respecto de la cual no resultaría operativo el desistimiento”.

⁷³ En relación con el código anterior, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Art. 3», en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, 1972, p. 106.

camino seguido en doctrina (ni, desde luego, el elegido por nuestra jurisprudencia).⁷⁴ Doctrinalmente, el término *resultado* se ha interpretado también en sentido no material sino jurídico (como afectación del bien jurídico o desvalor de resultado), punto de vista desde el cual no existirían ni problemas para la admisión de la tentativa en general, habida cuenta que dicho desvalor está presente por igual en todas las figuras delictivas, ni en puridad restricciones a las clases de tentativa posibles en función de que el tipo objetivo del delito en cuestión incluyese o no el elemento “resultado”, en parte también porque la clasificación atiende en último término no tanto a la construcción típica en sí como al plan de ejecución diseñado por el autor.⁷⁵ Asimismo, si por *resultado* se entiende el “resultado típico”, esto es, el consistente en la realización del tipo correspondiente de la Parte Especial, no existirá tampoco impedimento alguno para admitir la tentativa en los delitos considerados de mera actividad.⁷⁶ No lo habrá, desde luego, ni en relación con la tentativa inacabada inidónea ni con la tentativa acabada inidónea.⁷⁷ Pero tampoco en relación con las tentativas idóneas. La tentativa inacabada será apreciable sin dificultad en aquellos delitos que consistan en la realización de varios actos;⁷⁸ pero también en aquellos que no contemplen esa diversidad, cuando pueda afirmarse que lo llevado a cabo en el estadio previo representa ya un *inicio de ejecución*, lo que en principio deberá afirmarse, según opinión extendida, cuando no existan ya actos intermedios esenciales hasta la realización típica. Así, se ha apreciado tentativa inacabada por nuestros tribunales, por ejemplo, en relación con los abusos sexuales,⁷⁹ con el allanamiento de morada sin violencia ni intimidación,⁸⁰ con el apoderamiento de documentos⁸¹ o con el tráfico de drogas.⁸²

⁷⁴ Que en esto se ha venido manejando más bien con una identificación intuitiva del que estima que debe considerarse como punto crítico del riesgo admisible en relación con cada tipo de injusto concreto de la Parte Especial, sin sentirse en absoluto condicionada por la estructura típica (de resultado o de mera actividad) y, acaso, pasando después a calificar el intento, de forma si hace falta heterodoxa, como inacabado o acabado. Con este proceder se ha apreciado tentativa, por ejemplo y entre otras, respecto de las conductas de mera posesión de droga, acceso a información sin divulgación, falso testimonio o allanamiento.

⁷⁵ ACALE SÁNCHEZ, «Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural», en HURTADO POZO (ed.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código penal*, 2009, p. 109.

⁷⁶ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 97. Entiende el autor que no es obligado considerar que el legislador haya tomado partido expreso por la impunidad de la tentativa en estos delitos, y que no existe razón sustancial que impida entender en el art. 16 la no producción del resultado como no producción del delito. Véase, también, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 123.

⁷⁷ ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001, p. 98.

⁷⁸ Por ejemplo, cuando se ejerza la violencia o intimidación que constituya el medio legal previsto para la agresión (p.ej., a la libertad sexual, o a la intimidad domiciliaria, en la modalidad del art. 202.2 CP).

⁷⁹ P.ej., STS 613/2017, de 14 de septiembre, ponente Giménez García: comenzar a bajarse los calzones cuando es sorprendido el acusado por la tía de la menor.

⁸⁰ P.ej., SAP-Madrid (Sección 7ª) 71/2003, de 24 de septiembre, ponente Del Molino Romera: romper el cristal de la ventana de la cocina de la vivienda de la víctima, sin llegar a entrar en la misma al conocer que se ha avisado a los agentes policiales.

⁸¹ P.ej., SAP-Ciudad Real (Sección 2ª) 77/1999, de 25 de noviembre, ponente Villegas Mozos: introducir la mano en el buzón de las cartas con la finalidad de sustraer la correspondencia, no logrando el propósito al ser sorprendido por uno de los hijos del propietario.

⁸² La STS 1179/2006, de 5 de diciembre, ponente Bacigalupo Zapater, por ejemplo, calificó como *tentativa inacabada* un supuesto de tráfico en el que los compradores, pese a desplazarse al lugar donde iba a tener lugar la transacción, no llegaron a pagar el precio ni a disponer de la mercancía al abandonar dicho lugar quienes iban a venderla, alertados por la presencia policial.

Pero igualmente admisible debe considerarse la tentativa acabada, por más que tal opción haya podido generar más incertidumbre y recelo doctrinal. Dicha posibilidad resulta perfectamente viable si se maneja, como resulta lo correcto, un concepto personal de tentativa que tome en consideración solo los actos que corresponde llevar a cabo al autor. Así lo entienden también, sin mayores dificultades, las resoluciones de nuestros tribunales.⁸³

Sentado pues que no tiene por qué existir impedimento legal ni dogmático para la apreciación de estos delitos en grado de tentativa y que, si se quiere, pueden adjetivarse también tales intentos como inacabados o acabados al modo convencional, la segunda consideración anunciada es la siguiente: una vez más, que esta eventual caracterización de las tentativas como acabadas o inacabadas seguirá siendo irrelevante para determinar la forma (activa o pasiva) que debe adoptar el desistimiento, cuestión que habrá de seguir rigiéndose por los criterios generales (si se aceptan los aquí propuestos, exclusión de riesgos residuales relevantes para la consumación). En los hechos que motivaron la ya citada⁸⁴ STS 820/2015, de 15 de diciembre, por ejemplo, el Tribunal calificó como tentativa acabada de abusos sexuales la conducta de quien, tras enseñar el pene a unas menores, intentó persuadirlas de distintos modos para que se produjesen tocamientos. Dicha adjetivación (ciertamente más interesada en ese caso en las repercusiones penológicas) se limitó a aplicar el patrón al uso (a juicio del Tribunal de instancia, el autor había hecho todo lo necesario para que se produjese la consumación); sin embargo, ello no resuelve (no contesta correctamente) ninguna de las (dos) cuestiones relevantes que plantea el supuesto en relación con el intento (al margen de la estrictamente penológica). Nos dice, si tuviésemos que hacer uso de los efectos que se le suponen, que el desistimiento debería revestir forma activa; y guarda silencio acerca de si el desistimiento mismo es posible o no. Pues bien, centrándonos en la cuestión que sí contesta, debe remarcarse que la respuesta que se da lo es en la dirección equivocada, pues en el caso indicado la no continuación resulta suficiente para eliminar todo riesgo residual de consumación (en el sentido clásico, pues, desistimiento pasivo, no activo).⁸⁵ En cualquier caso, para que existiese realmente tal posibilidad de desistimiento pasivo los hechos probados deberían reflejar que el mantenimiento de la actitud persuasiva del autor hubiese podido llegar a dar sus frutos. Que el riesgo generado con su conducta, en otras palabras, permanecía activo, no terminado. Si así fuese, el cese podría considerarse entonces, efectivamente, desistimiento –sin perjuicio del exhibicionismo ya consumado–. Existe, sin embargo, otra cuestión a la que la caracterización como tentativa acabada no contesta: la relativa a si permanece abierta o no la propia posibilidad de desistir. El Tribunal de instancia que enjuició el asunto (la Audiencia Provincial de Sevilla) entendió que aquella posibilidad de conseguir el objetivo se había vuelto inviable, que estaba agotada, si no pasaba el autor a utilizar otros medios

El supuesto constituye, por cierto, un ejemplo de tentativa inacabada y sin embargo indesistible (no es relevante la pasividad, por constituir un caso de tentativa fracasada). Para esta cuestión de la “indesistibilidad” (irreversibilidad de la tentativa), tampoco sirve la clasificación de los intentos en acabados o inacabados.

⁸³ Sirva como ejemplo el supuesto de hecho de la SAP-Burgos (Sección 1ª) 384/2016, de 22 de noviembre, ponente Redondo Argüelles, en relación con el delito de revelación de secretos: el acusado, sirviéndose de sus conocimientos avanzados de informática, colocó en el portátil de sus hijas un dispositivo para poder escuchar las conversaciones de su ex mujer, con quien aquéllas convivían. Aunque realizó la llamada pertinente que lo habría activado, no consiguió su propósito al averiarse el dispositivo instalado.

⁸⁴ *Supra*, 2.

⁸⁵ En el ejemplo analizado, lo relevante es que la conducta llevada a cabo representa el cese de las actuaciones de persuasión desplegadas y, en ese sentido, supone un desistimiento pasivo, en el esquema tradicional.

diferentes (como la violencia).⁸⁶ Estaríamos, pues, ante una tentativa objetivamente terminada, un episodio cerrado y por tanto indesistible tanto activa como pasivamente.

5. Bibliografía

ACALE SÁNCHEZ (2009), «Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural», en HURTADO POZO (ed.), *Problemas fundamentales de la Parte General del Código penal*, PUC Perú-Fondo Editorial, Lima, pp. 107 ss.

ALASTUEY DOBÓN (2011), «Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), pp. 13 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2002), «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *La Ley*, (5), pp. 1454 ss.

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

————— (2001), «Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión», *Cuadernos de Política Criminal*, (73), pp. 5 ss.

————— (2001), *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid.

————— (2001), «La reparación en Derecho Penal y la atenuante del artículo 21.5º CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial*, (63), pp. 71 ss.

————— (2000), *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada.

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

CUELLO CONTRERAS (2009), *El Derecho penal español. Parte General*, vol. II, *Teoría del Delito (2)*, Dykinson, Madrid.

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

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

⁸⁶ Como dice la Sala sentenciadora (SAP-Sevilla (Sección 1ª) 309/2015, de 16 de junio, ponente Calle Peña), “el acusado practicó todos los actos que estaban a su alcance para cometer el delito de abuso sexual sobre cada una de las dos menores, niñas, que se hallaban presentes, sin conseguirlo, sencillamente porque ellas se negaron, razón por la cual ejecutó todos los actos necesarios para su consumación, pues si hubiera utilizado cualquier clase de fuerza o intimidación estaríamos en presencia ya de un delito de agresión sexual, como en el caso de la niña (...), hechos sucedidos en mayo de 2014”.

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

————— (1988-1989), «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa», *Estudios Penales y Criminológicos*, (13), pp. 44 ss.

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

GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.

GILI PASCUAL (2012), «Pérdida de control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado», *InDret*, (2), pp. 1 ss.

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

IZQUIERDO SÁNCHEZ (2018), *Estafas por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona.

JAKOBS (2005), «La conducta de desistimiento», en JORGE BARREIRO (coord.), *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 549 ss.

JIMÉNEZ DE ASÚA (1977), *Tratado de Derecho Penal*, t. VII: *El delito y su exteriorización*, 2ª ed., Losada, Buenos Aires.

KAUFMANN, Armin (1959), *Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte*, Schwartz Verlag, Göttingen.

MAÑALICH RAFFO (2004), «La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales», *Revista de Estudios de la Justicia*, (4), pp. 137 ss.

MIR PUIG (2015), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MOLINA FERNÁNDEZ (2019), «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ *et al.* (ed.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. A. Jorge Barreiro*, vol. I, UAM, Madrid, pp. 655 ss.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1972), «Art. 3», en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Ariel, Barcelona, pp. 61 ss.

ROXIN (2014), *Derecho penal. Parte general*, t. II: *Especiales formas de aparición del delito* (trad. de la 1ª ed. alemana, a cargo de LUZÓN PEÑA, dir.), Civitas, Madrid.

————— (1976), «Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada», en ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. Diego Manuel Luzón Peña), Reus, Madrid, pp. 248 ss.

SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht. Allgemeiner Teil (Studienbuch)*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

SILVA SÁNCHEZ (1999), «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. I, Edersa, Madrid.

————— (1997), *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.