

## DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA FRACASADA DEL DELITO

DESISTANCE IN CASES OF FAILED ATTEMPT, WITH THE POSSIBILITY OF STILL PERFORMING A CRIMINAL OFFENCE

*Santiago Betancourt Rodríguez\**

---

**Resumen:** El siguiente artículo tiene como objetivo abordar el dilema que supone la exclusión (o no) del privilegio del desistimiento en la tentativa fracasada del delito, existiendo la posibilidad de realizar aún el tipo y proponer una solución. Para ello se utilizó el método de investigación analítico sintético. La estructura del artículo, luego de la introducción, inicia con el tratamiento de cuestiones generales sobre la tentativa, y los argumentos que la doctrina utiliza para justificar la punibilidad de la tentativa. En la segunda parte, se trata el desistimiento y su naturaleza contraria a la tentativa y las posiciones doctrinales que han justificado la (no) punibilidad del desistimiento. Finalmente, se plantea el conflicto existente en los supuestos de tentativa inacabada-fracasada impropia, las soluciones doctrinales planteadas, y los criterios jurisprudenciales; concluyendo así, que no resultan suficientes, por lo que se propone un sistema propio de solución al conflicto con la aplicación de un sistema de circunstancias modificatorias en la responsabilidad penal.

**Palabras clave:** Tentativa, tentativa inacabada, tentativa fracasada, desistimiento, circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal

---

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito). Magíster en Derecho Penal por el Instituto Interuniversitario Andaluz de Criminología de la Universidad de Sevilla (España). Experto Universitario en Victimología por el Centro de Formación Permanente de la Universidad de Sevilla; Especialista en Derecho de daños por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Dogmática Penal Alemana por la Universidad de Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). [santiagobr@yahoo.com](mailto:santiagobr@yahoo.com)

**Abstract:** *This article aims to approach the dilemma posed excluding (or not) the privilege of desistance in cases of failed attempt, with the possibility of still performing a criminal offence. For this, synthetic analytical research method was used. The structure of the article, after the introduction, begins first of all, this study shows general issues about the attempt, and doctrinal arguments to justify its punitiveness. Secondly, it describes the desistance and its nature opposite to the attempting to commit the offence and the doctrinal positions that have justified the (non) punitiveness and benevolence of it. Finally, the article states the conflict in cases of failed attempt, with the possibility of still performing the criminal offence, the doctrine proposes, the jurisprudential rules, and the author proposes his own solution system, applying circumstances that modify the criminal responsibility.*

**Keywords:** *Attempt, Failed Attempt, Incomplete Criminal Offence, Desistance, Circumstances that Modify the Criminal Responsibility*

---

**Sumario.** I. Introducción. II. La tentativa. II.1. Conceptos y característica de la tentativa. II.2. Elementos. a) El elemento subjetivo de la tentativa. b) El elemento objetivo de la tentativa. II.3. Justificación de punibilidad de la tentativa. III. El desistimiento. III.1. Concepto y características del desistimiento. III.2. Elementos. a) Elemento objetivo. La no consumación del tipo penal. b) El elemento subjetivo. La voluntariedad del autor. III.3. Efectos del desistimiento. III.4. Justificación de no punibilidad del desistimiento. a) Teorías jurídicas. b) Teoría de la unidad. c) Teoría Goldene Brücke. d) Teorías premiales. e) Teoría de los fines de la pena. f) Teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal. g) Teoría del interés de la víctima. h) Teoría del cumplimiento o del saldo de la deuda. III.5. El desistimiento y la tentativa fracasada. a) Teoría del plan delictivo. b) Teoría del acto individual. c) Teoría de la perspectiva global. d) La posición de Roxin. III.6. La jurisprudencia. IV. Toma de posición. V. Conclusiones. Referencias.

## I. INTRODUCCIÓN

En 1956 Ernst Heinitz plantea algunas interrogantes sobre la teoría de la tentativa. Desde entonces, cuestiones relacionadas con el desistimiento han quedado sin resolver. Hoy como ayer, la doctrina se enfrenta con el problema de los borrosos y discutibles límites entre el desistimiento voluntario y la tentativa inacabada, específicamente la tentativa fracasada. Esta interrogante de la doctrina es el punto de partida de vivas discusiones teóricas, en tribunales europeos y latinoamericanos.

La libertad es un derecho humano intrínseco a la dignidad de todo ser humano. El autor de un delito, en ejercicio de este derecho, está en la capacidad de elegir entre estar fuera de la senda del derecho o respetar la norma. Esta imprevisibilidad del comportamiento humano ha llevado a la ciencia del *iter criminis* a crear la figura del desistimiento; sin embargo, el desistimiento tiene una identidad de génesis con otra figura del derecho penal, la tentativa. Desistimiento y tentativa tienen un mismo punto de inicio y es allí donde surge el cuestionamiento: ¿en qué parte se separan?

La importancia de esta diferenciación es vital para la doctrina penal, pues, las consecuencias jurídico-penales que cada una de estas figuras conllevan son contrapuestas. En el *iter criminis*, dentro de la fase ejecutoria, en el estadio previo a la consumación, es donde estas dos figuras se enfrentan o quizá coexisten. La tentativa, de naturaleza punitiva, busca “sancionar” los actos lesivos de la conducta del individuo, mientras desistimiento, de naturaleza bondadosa, busca “perdonar” cuando se ha dado un paso al costado en el cometimiento del delito.

Si bien es cierto, la doctrina ha hecho un extenso estudio sobre la tentativa y sus tipos, y esto ha solucionado gran parte de la problemática en ciertos tipos de tentativa, el problema complejo se presenta en la tentativa fracasada o fallida, pues, cuando el intento de cometimiento de un delito falla por completo, no cabe apreciar el desistimiento. Sin embargo ¿qué sucede cuando aún existe la posibilidad de realizar aun el tipo? ¿cabe el desistimiento?

Estas interrogantes son el preludeo del presente trabajo de investigación, en donde se analizan cuestiones básicas de cada una de estas figuras, criterios jurisprudenciales, posiciones doctrinales y finalmente, se plantea una solución al problema.

## **II. LA TENTATIVA**

En su acepción básica, tentativa es la «acción con que se intenta, experimenta, prueba o tantea algo» (Real Academia Española, 2001). Es intentar algo, probar, es la resolución que una persona toma para realizar un plan, conseguir una meta o realizar un proyecto con un fin determinado. Para el derecho penal, no todos los actos son relevantes; el derecho penal únicamente posa sus ojos cuando descubre una acción que resulta ser penalmente relevante, que pone en entredicho la protección de los bienes jurídicos de la persona.

En este sentido, el delito, tiene como fin la afectación de un bien jurídico protegido, y para ello, es necesario que el sujeto activo realice todo

un proceso para la correcta consumación, tanto formal como material del injusto penal<sup>1</sup>. Este camino hacia el delito, es lo que la ciencia penal ha denominado *iter criminis*, y dentro de este estadio previo a la consumación del tipo, fase *ex ante*, se pueden diferenciar dos tipos de actos, los preparatorios y los ejecutorios. Mir Puig (2016, p. 335), explica que en esta fase *ex ante* del delito, los actos preparatorios a la ejecución del hecho delictivo pretendido aún no han comenzado, y es solo cuando el autor traspasa esta fase e inicia los actos ejecutivos del tipo, que surge la figura de la tentativa y su importancia.

Al ser un estadio previo a la consumación del delito, la tentativa supone que aún no existe la afectación completa del bien jurídico protegido, sino que esta queda en la parcialidad. Así, por ejemplo, en un delito de resultado como el homicidio no se llega a conseguir la muerte del sujeto pasivo, aunque este pudo resultar herido en el intento (delito de lesiones).

### ***II.1. Conceptos y característica de la tentativa***

En el derecho romano no se encuentra doctrina de la tentativa del delito: se dejaba impune este estadio previo a la consumación del tipo. Surge así la necesidad de ampliar el ámbito de protección a este estadio previo de la consumación del tipo, pues la peligrosidad del autor ya ha sido manifiesta, demostrando una *resolución delictiva* que merece pena. Es solo en el derecho germánico, para el siglo XVIII, en donde existe un leve desarrollo en los casos “acechar” a una persona o el desenvainar una espada, donde se configuraba una tentativa de homicidio (García Falconí, 2014, p. 495).

Para Cobo del Rosal (1996, p. 654) la tentativa es la representación de una forma imperfecta de ejecución del delito, que tiene una especial caracterización por la no producción del resultado, ya sea porque hay un intento que fracasa, porque no se ha completado la ejecución del plan, o si se ha completado dicho plan, el resultado esperado no se ha producido.

El profesor Roxin (2014, p. 434) explica que la tentativa se la puede conceptuar como la creación de un peligro, a través de medios materiales

---

<sup>1</sup> La *consumación formal del delito* se presenta cuando existe la plena realización de todos los elementos del tipo. Por ejemplo, en los delitos de resultado (v.gr. homicidio) la consumación se presenta en la confirmación y conseguimiento del resultado (v.gr. muerte del sujeto pasivo). Muñoz Conde explica que la *consumación material del delito*, a diferencia de la formal, no necesita simplemente de la realización de los elementos constitutivos del tipo, se adiciona la satisfacción del fin que el sujeto activo perseguía con la consecución del delito (v.gr. el sujeto activo hereda al pariente que mato).

que, a partir del juicio sobre la base de la representación del autor, resulta próximo a la realización típica. Sin embargo, el profesor alemán es más exacto cuándo define la tentativa, como «una actuación próxima al tipo con dolo de realización típica». Además explica que de llegar a consumarse representaría una inminente lesión a un bien jurídico protegido.

Nuestra ley indica:

«La ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito» (COIP, art 39).

La tentativa, en definitiva, abarca todo el proceso de ejecución de un delito de inicio a fin, sin la efectiva consumación del tipo; es un mero intento fallido de un injusto penal buscado. La preparación, la planeación, no constituyen tentativa. Solo cuándo se cruza la línea de los actos preparatorios hacia los actos ejecutivos se puede presentar esta figura, que como *conditio sine qua non* requiere la no consumación del tipo<sup>2</sup>. Se ha de recordar que el delito intentado por naturaleza es doloso, requiere la resolución del acto por parte del autor, aunque finalmente la consumación formal y material no sea idéntica a la ideación subjetiva que el autor premeditó. La doctrina alemana considera que no puede existir una tentativa culposa o imprudente; el autor culposo o imprudente, al no tener el deseo de causar daño, no está iniciando la realización de una conducta que vaya a desencadenar la vulneración de un bien jurídico, ya sea porque no ve el peligro (imprudencia inconsciente) o porque confía en que no llegara a producirse (imprudencia consiente) (cfr. Roxin, 2014, p. 435).

## **II.2. Elementos**

### *a) El elemento subjetivo de la tentativa*

El elemento subjetivo reside en la voluntad del autor de consumir el tipo. Cuando el autor está resuelto en el cometimiento de un delito, se da la *resolución delictiva*. Sin embargo, por alguna circunstancia ajena o no prevista, el tipo no logra consumarse, empero, esto no modifica la voluntad del autor de poner en marcha su plan delictivo; luego, se puede concluir

---

<sup>2</sup> Siguiendo la línea jurisprudencial española, Mir Puig observa que *ex SSTS 1258/2000 de 13 de julio, 1737/2000 de 15 de noviembre, 1319/2001 de 31 de julio, 359/2006 de 21 de marzo y 789/2006 de 14 de julio*, cabe definir como tentativa «a todo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación».

que el elemento subjetivo de la tentativa es idéntico al elemento subjetivo del delito que no pudo consumarse.

De forma unánime, la doctrina, sostiene que la voluntad de cometer el delito constituye el primer requisito de la tentativa; incluso, este elemento sirve de diferenciador en algunos casos típicos, en donde puede existir el concurso de delitos sobre una misma conducta. Así, por ejemplo, la intención del autor es lo que diferencia una tentativa de homicidio frente a un delito de lesiones. Pérez Ferrer (2008, pp. 63-65) sostiene que «el autor debe querer los actos que realiza; debe actuar con ánimo de consumir el hecho o al menos aceptando —con seguridad o probabilidad— que pueden dar lugar a la consumación». En ese sentido, se afirma que «en la tentativa la resolución delictiva es necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto. Una misma acción será o no tentativa de delito, según esté o no animada por la resolución delictiva» (Moreno Torres, 1999, p. 207).

Es criterio común afirmar que el elemento subjetivo de la tentativa es esencial. Sin embargo, bajo ese orden de ideas, se puede concluir que existe una identidad entre la tentativa y el delito que se pretende consumir, pues la tentativa es la realización de un mismo desvalor de acción encaminada a un mismo desvalor de resultado, sin la consecución de este.

#### *b) El elemento objetivo de la tentativa*

Es en el elemento objetivo donde existe la principal diferencia entre el delito buscado no consumado y la tentativa. El *iter criminis* que comprende la tentativa es el proceso de “ejecución”, la exteriorización de los actos planeados por el autor para conseguir la consumación del tipo. Sin embargo, aquí puede haber el problema de identificar cual es el *principio de la tentativa*, desde que acto inicia, lo que sirve para diferenciar los actos que requieren punibilidad y los que no (actos preparatorios).

El art. 39 del COIP (sobre el delito de tentativa) formula dos elementos objetivos que deben estar presentes en el delito de tentativa: (i) el inicio de los actos propios del tipo penal necesarios para su consumación, y, (ii) una ejecución que no logra consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

##### *(i) Inicio de la ejecución de los actos propios del tipo*

Hablar sobre el inicio de la ejecución de los actos del tipo, es la génesis propia de la tentativa. En el Ecuador, según el COIP, la tentativa inicia con la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito. El art. 16 del Código Penal español (en adelante CP) establece que es necesario «dar principio a

la ejecución del delito directamente por hechos exteriores». Tanto para el COIP como para el CP, la tentativa inicia con el principio de ejecución de los actos pertenecientes al tipo.

El concebir como génesis de la tentativa, el principio o inicio de la ejecución del delito, tiene su fundamento en el derecho penal francés de 1810, donde el art. 2 de la ley penal decía que «toda tentativa de crimen que habrá sido manifestada por actos exteriores y seguida de un principio de ejecución». Esto ha sido acuñado por varios códigos penales del mundo que siguen vigentes (Farre Trepas, 1986, pp. 137-138).

*(ii) La no consumación del delito por circunstancias ajenas al autor*

En el delito no consumado y la tentativa constituyen el elemento subjetivo es idéntico en los dos tipos penales, pero es en la consecución del resultado donde se marca su separación. Jescheck (2002) explica que para que se pueda hablar de tentativa es necesario que no se haya producido el resultado delictivo perseguido por el autor del proceso ejecutivo. Esta ausencia de resultado es el delimitante en donde el delito consumado continúa y la tentativa fenece.

Perez Ferrer (2008) explica que la doctrina penal considera que tentativa y delito consumado se diferencian en su aspecto objetivo y no en lo subjetivo. La diferenciación entre el delito intentado y el consumado es la presencia (o no) del resultado.

### ***II.3. Justificación de punibilidad de la tentativa***

En un principio, podría pensarse que al no existir una efectiva lesión a un bien jurídico protegido, no debería existir una pena, más allá de la responsabilidad que acaece en los daños a terceros o a bienes patrimoniales que el autor destruya en la ejecución de su plan delictivo. Sin embargo, esto no iría alineado con el sentido axiomático del derecho, que es la protección del correcto desenvolvimiento de la sociedad y los bienes jurídicos fundamentales. Si bien es cierto no existe una afectación a un bien jurídico, existe un desvalor de acción que merece pena, e incluso en algunos casos, si bien es cierto no se consigue el resultado del delito intentado, se consuma otro. Así por ejemplo sucede con el francotirador que dispara a un mandatario de estado, y por una ráfaga de viento mueve su fusil y erra el tiro, consiguiendo solamente herirlo y dejarlo invalido. No se consuma el delito de magnicidio, sino el delito de lesiones.

En esta línea de ideas es lógico aplicar una pena a la tentativa, que debe ser menor a la del delito consumado, que es distinto. En una tentativa obligatoriamente se debe reducir, o atenuar la pena. Esto va aparejado con

lo que el profesor Carbonell Mateu (2017) llama una correcta adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad). De no ser así, estaríamos frente a un derecho penal punitivista, con sanciones desproporcionadamente altas.

En la doctrina encontramos dos corrientes sobre la punición de la tentativa, que responden a criterios netamente objetivos (*teoría objetiva*) o a criterios solo subjetivos (*teoría subjetiva*). Además existe una tercera posición mixta, planteada por Roxin.

*La teoría objetiva*, es un criterio característico de la doctrina penal liberal del siglo XIX, defendida por Feuerbach en Alemania y Carrara en Italia. Para Roxin estas teorías se enraízan en la doctrina penal alemana que fue defendida hasta el siglo XX (que hoy en día ya no son una explicación suficiente para la punibilidad del delito intentado). Esta teoría fundamenta su análisis en un criterio valorativo netamente objetivo, marcado por la proximidad a la lesión del bien jurídico: argumenta que valorar y determinar el fundamento de la punición en un espectro subjetivo no sería viable porque dichos elementos tanto en la consumación como en la tentativa no sufren modificaciones. Mir Puig (2016, p. 347) explica que basarse en un criterio objetivo responde a la puesta en peligro del bien jurídico, y aunque nacen de una idéntica concepción subjetiva del autor se debe hacer una evaluación dependiendo de la mayor o menor proximidad de lesión del bien jurídico protegido. La teoría objetiva se justifica en base a la peligrosidad objetiva de la acción, que, según sus condiciones externas, se encuentra en una relación causal con el delito propuesto (Farre Trepal, 1986, p. 5).

Mir Puig menciona que para la doctrina española esta postura hoy goza de opinión mayoritaria. Las consecuencias jurídicas serían las siguientes: (i) se fundamenta el principio de impunidad de los actos preparatorios, puesto que están objetivamente lejos del bien jurídico protegido; (ii) la atenuada punición de la tentativa respecto de la consumación, toda vez que es objetivamente menos lesiva; y, (iii) la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, porque no es objetivamente peligrosa.

*La teoría subjetiva*<sup>3</sup> fue defendida en Italia por la escuela positiva de Garófalo y posteriormente por Welzel. Esta teoría se centra en la

---

<sup>3</sup> A diferencia de la teoría objetiva que nace de la ideología de un estado liberal, la doctrina subjetiva nace de una ideología totalitaria del estado. En oposición a la teoría objetiva, aquí se establece que la punición del delito no debe centrarse en el ataque de los bienes jurídicos, sino como una lesión a la norma de conducta planteada por el estado. El delito es una contravención de las obligaciones que el individuo mantiene con la sociedad,



punibilidad de la voluntad contraria a derecho manifestada por el autor (cfr. Mir Puig, 2016, p. 347). Se fundamenta en la voluntad del individuo. Toda conducta que contravenga una prohibición basada en la representación del individuo debe ser punible, pues lo importante es la valoración del punto de vista del autor, su voluntad y su representación de lesionar un bien jurídico protegido.

Farré Trepas (1986) explica que la teoría subjetiva centra su fundamento de punición en la voluntad del autor, objetivamente manifestada en cometer un delito; una voluntad de cometer una infracción a la norma penal desde el punto de vista del autor. En consecuencia, toda conducta que a criterio y representación del autor contravenga un mandato o una prohibición positiva del derecho penal debe ser penada.

Roxin denomina a esto una «puesta en marcha de una voluntad enemiga al Derecho», y menciona que en el derecho alemán esta teoría es de vital importancia. Así se evidencia en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* 1, 439 (Decisiones del Reichsgericht en materia penal) del *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Imperio alemán) que plantea dos argumentos:

Argumento 1: En primer lugar, el Tribunal Supremo alemán opina que no hay duda de que en la tentativa la voluntad criminal constituye el fenómeno contra el que se dirige la ley penal, en contraposición al del resultado antijurídico, derivado de la voluntad criminal, que se manifiesta en la consumación. Por ello, toda puesta en relación con la consumación, en tanto que justo lo contrario de la tentativa debe ser descartada, y no se debe exigir más que el hecho de que el pensamiento criminal se haya manifestado en acciones exteriores.

Argumento 2: No es posible distinguir entre tentativa peligrosa y no peligrosa, pues en cualquier tentativa falta la causalidad del resultado. Y, dado que no es posible diferenciar distintas formas de causalidad o de no causalidad, en realidad todas las tentativas son no peligrosas. Puesto que la acción no ha lesionado el bien jurídico en el caso concreto, ello prueba de forma incontrovertible que, en el caso concreto, no podía llegar a lesionarlo, y no estaba en condiciones de hacerlo, por lo que el bien jurídico no fue puesto en peligro por la acción.

Según Mir Puig, las consecuencias de esta corriente serían tres: (i) una expansión de punibilidad de los actos ejecutivos, reduciendo así la esfera de los actos preparatorios impunes; (ii) una idéntica punibilidad entre tentativa y consumación y finalmente; y, (iii) la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea.

---

lo importante no es la lesión efectiva del bien jurídico, sino, la representación que el autor tiene de su conducta, demostrando así su rechazo al derecho.

La *teoría de la impresión* (teoría mixta) utiliza la confluencia de elementos objetivos y subjetivos para justificar la punición de la tentativa. Nace especialmente de la teoría subjetiva, aunque limita el ámbito de acción con criterios objetivos. Según esta doctrina, la tentativa no necesita únicamente de la voluntad delictiva contraria a derecho, sino también de una *capacidad suficiente para producir conmoción social, una sensación de inseguridad, que hace preciso la aplicación de una pena*. Esta teoría incluye consideraciones sobre la necesidad de una alarma social: cuándo el acto del sujeto se ha elevado al último término y no ha sido posible impedir la natural alarma que debe resultar de tales hechos, la razón y la utilidad pública, la conciencia y la reflexión, todo reclama a la vez el castigo del delincuente (Farre Trepal, 1986).

Roxin (2014) explica que es una *impresión perturbadora del derecho*, ya que surge del comportamiento del autor, que degenera en un quebrantamiento de la paz social, del normal desarrollo social. Esta concepción, conjuga un elemento subjetivo y objetivo, siendo el primero la voluntad enemiga del derecho y el segundo la impresión sobre la comunidad, sin que se exija la puesta en peligro efectiva del bien jurídico. Esta teoría, hace una diferenciación entre la tentativa peligrosa y la tentativa supersticiosa, y establece que la graduación de su pena responde al nivel de alarma o impresión que estas reflejan en la sociedad.

### III. EL DESISTIMIENTO

La figura ha sido tratada en el derecho antiguo. Ya en el Digesto<sup>4</sup> se reconoce una naturaleza absolutoria del desistimiento. De igual manera, en las Partidas<sup>5</sup> se hace una regulación que aplica a los delitos leves.

La discusión se plantea, cuando la tentativa tiene su razón de punibilidad, en el mismo espacio temporal en donde el desistimiento tiene su razón de no punibilidad. Esta discusión no se plantea solo en doctrina, sino también tribunales. Una sentencia española de 15 de diciembre de 1986 señalaba que «el análisis del desistimiento voluntario de la tentativa es uno de los temas más precisados de delimitación en toda la dogmática penal y derivada aplicación en la praxis».

---

<sup>4</sup> Ahí se establecía que *qui falsam monetam percusserint, si id totum formare noluerunt sufragio justae poenitentiae alsolventur*.

<sup>5</sup> En este cuerpo el Rey Sabio decía que «más en todos los otros yerros que son menores destes, maguer no pensaron los omes de fazer, e comienza a obrar, si se arrepintieren, antes que el pensamiento malo se cumple por fecho, no merecen pena ninguna».

### III.1. Concepto y características del desistimiento

Varios son los conceptos que se pueden dar sobre el desistimiento, el diccionario jurídico lo define como la «interrupción o apartamiento voluntario del delito intentado, de aquel cuya ejecución se había iniciado» (Cabanellas, 2008, p. 126).

Por su parte, Roxin (2014, p. 605) señala que el desistimiento se da «allí donde el autor podría aun causar el resultado, en una reversión consumada (o al menos intentada) de la puesta en peligro». Y apoyándose en Jager, explica que en el desistimiento lo que sucede es una *reversión del peligro*, pues el sujeto renuncia a continuar con la ejecución del hecho (el que volviéndose a casa con las manos vacías, a pesar de que completar la realización típica era posible), o impide el hecho (desarmando el aparato explosivo que estaba ya colocado) con lo cual pone de manifiesto una conducta que va en sentido contrario a su intención inicial, revirtiendo así el peligro creado.

En el Ecuador el art. 40 del COIP sobre el desistimiento establece que: «quedará exenta de responsabilidad penal por la infracción tentada, la persona que voluntariamente evita su consumación, al desistir de la ejecución ya iniciada o al impedir la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los actos ejecutados». Compárese esta disposición con el CP español, que establece:

«Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito» (art. 16.2).

De los artículos citados se extraen características propias del desistimiento, así como sus elementos constitutivos, que son los siguientes: (i) la exención de la pena (característica básica del desistimiento); (ii) una infracción-delito intentado<sup>6</sup> (presupuesto básico); (iii) la voluntariedad del autor (elemento subjetivo); (iv) la no consumación del tipo penal (elemento objetivo); (v) o por desistir de la acción ya iniciada; (vi) o por impedir la producción del resultado; y, (vii) la responsabilidad por los actos ejecutados (consecuencia jurídica adyacente).

---

<sup>6</sup> Cuello Contreras explica que el desvalor de acción está representado en derecho penal por el comienzo de la tentativa. Desde este punto, algunos autores han considerado a la tentativa como la génesis del desistimiento. Concebir a la tentativa como génesis del desistimiento me resulta equivoca, toda vez que la génesis del desistimiento (en su parte objetiva) es el tipo penal buscado, porque al autor desiste del cometimiento del delito: no desiste del cometimiento de la tentativa del delito, sino del delito *per se*.

Con fines didácticos, se han agrupado estos elementos en objetivos y subjetivos, todo lo cual se analiza a continuación.

### **III.2. Elementos**

#### *a) Elemento objetivo. La no consumación del tipo penal*

En los delitos de resultado, como el homicidio, se debe verificar la no existencia de la muerte, para que el desistimiento pueda ser aplicado. Esta no consumación del delito, se la puede presentar de dos maneras: o bien por el desistimiento de la acción ya iniciada (tentativa inacabada) en donde se requiere de un mero dejar de actuar, o bien por el impedimento de la producción del resultado (tentativa acabada), en donde el desistimiento es activo, el autor debe realizar una acción para evitar la consumación.

Muñoz Conde explica que, en algunos casos, a pesar de existir un desistimiento por parte del autor, el delito se consuma. En estos casos se habla de un “desistimiento voluntario malogrado”<sup>7</sup>. Esto no genera impunidad. En la legislación española, si bien es cierto se consuma el delito, se le da un trato especial y se le atribuye el tipo penal de tentativa con la atenuante de contribuir a la reparación del daño. Adicionalmente, existe el caso del desistimiento en los tumultos, en donde a pesar de que haya desistimiento malogrado, la impunidad sí alcanza a los que impidieron o intentaron impedir la consumación del hecho<sup>8</sup>.

#### *b) El elemento subjetivo. La voluntariedad del autor*

Este es el elemento más importante del desistimiento, pues esa voluntariedad del autor, desde un punto de vista preventivo, es merecedora de impunidad (Muñoz Conde, 2015, p. 453). La voluntad del autor es un tema controversial al momento de hablar sobre el desistimiento, de tal manera que se han formulado una serie de teorías, dedicadas a su estudio. Principalmente, podemos encontrar dos vertientes: las teorías psicológicas y las teorías valorativas (o normativas).

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, un sujeto coloca una bomba, pocos minutos después se arrepiente e intenta desarmarla; sin embargo, esta termina explotando.

<sup>8</sup> Por ejemplo, en un delito de violación colectiva a una mujer entre cinco hombres: si uno de ellos al momento de la penetración logra impedir la consumación del delito se beneficia del desistimiento (desistimiento eficaz). No obstante, al ser cinco hombres, tres de ellos someten a quien quiere impedir el delito, quien no puede evitar que el quinto consuma la violación. Aquí también está cubierto por los beneficios del desistimiento, aunque este hubiese sido malogrado.

(i) *Teorías psicológicas*

Estas teorías comprenden a la voluntariedad como un fenómeno psicológico. El desistimiento debe ser una decisión libremente adoptada del sujeto, libre de coacción o presión psicológica. Al centrarse básicamente en una influencia síquica, cuándo se elimina la capacidad de decisión del individuo ya no existe voluntariedad (Martínez, 1994, p. 5).

Las teorías psicológicas nacen a partir de la *Frank'sche Formel* (formula de Frank), la cual explica que: «voluntario es el desistimiento únicamente en el caso de un motivo independiente autónomo, si, en otras palabras el autor se dice a sí mismo: yo no quiero alcanzar o llegar a la meta, aun cuándo puedo». En todos los demás casos el desistimiento es involuntario. Sería involuntario si el autor dijera: «yo no puedo llegar a la meta aun cuando quiero» (Muñoz Conde, 1972, pp. 83-85).

Frank centra su argumento de voluntariedad en las premisas de “puedo, y no quiero” y “quiero, y no puedo”. Para esta fórmula el desistimiento es aplicable al “mero dejar de hacer”, sin tomar en cuenta factores externos que pudieron haber llevado a que el autor “no quiera” continuar con el delito. Según Mir Puig (2016, p. 336), en muchos casos el desistimiento no debería considerarse voluntario, pues con frecuencia tal voluntad se guía por un factor exógeno a la conciencia del sujeto. Luego el autor plantea el ejemplo del ladrón que deja de tomar el dinero de la caja, aunque podría hacerlo, porque oye llegar a la policía, o del sujeto que deja de disparar a la víctima al entrar la policía, pese a que aún podía matarla.

A la problemática planteada se pretende dar solución añadiendo algunos criterios. La jurisprudencia alemana añadió el presupuesto de la *racionalidad*, es decir, que el autor del delito puede racionalmente, según la experiencia, llegar a la consumación. Hay que distinguir un *motivo autónomo* de un *motivo heterónimo*. Solo el primer caso debería ser considerado como una conducta desistida. Ayuda mucho distinguir los motivos: si el motivo del desistimiento fue un cambio esencialmente desfavorable para el autor (*motivo heterónimo*), o si existe voluntariedad, caso en el cual la situación del hecho permanece intacta, sin modificarse (*motivo autónomo*) (Muñoz Conde, 1972, p. 85). Este complemento que se hace a la *Frank'sche Formel* da respuesta al problema por el profesor Mir Puig en el ejemplo anterior, pues en ese caso, no operaría el desistimiento por la existencia de motivo psicológico heterónimo.

Dohna incluye una nueva posición y aumenta nuevos criterios para la determinación de la voluntariedad o no voluntariedad. Al respecto afirma que ha de considerarse el *plan del autor*, y hacer un enfrentamiento entre lo planificado y lo realmente sucedido. Entonces, si la divergencia resulta ser

abismal, la voluntariedad debe ser excluida. Así, por ejemplo, cuándo el ladrón tenía planeado cometer el robo de una caja fuerte sin que nadie lo viera; pero sucede que en el cometimiento del delito es observado por un tercero y por ello desiste de la consumación. En este caso particular el autor del delito frena la consumación del delito, no por un motivo autónomo, sino porque había imaginado realizar el delito impunemente y este propósito ya es irrealizable (Muñoz Conde, 1972, pp. 84-86).

(ii) *Teorías valorativas o normativas*

Las teorías valorativas o normativas centran su fundamento en valorar los motivos que inspiraron a la renuncia de consumación del delito y afirman que deben merecer impunidad cuándo las razones para desistir puedan ser valoradas positivamente desde la óptica del ordenamiento jurídico. Lo decisivo, está marcado por el aspecto cualitativo, por la ética, por la definición de si aquello es o no valioso para la sociedad. Estas teorías argumentan que la voluntariedad depende solo de la valoración: el barómetro para identificar la voluntariedad o no responde a un aspecto cualitativo, y no psicológico (Martínez, 1994, pp. 5-7).

Bockelmann (1972) explica que el desistimiento corresponde una *gracia* a favor del individuo que desiste, que al evitar el delito demuestra —a manera de expectativa—: su voluntad de no volver a delinquir, su voluntad reducida de cometer el delito, así como su voluntad de volver a la senda del derecho, lo cual es merecedor de perdón. Al respecto señala:

«Meritorio es solo el desistimiento cuyos motivos pueden pretender el reconocimiento del Ordenamiento jurídico (...). La cualidad moral de los motivos no es, por tanto, indiferente, sino decisiva... Los criterios morales hay que aplicar no deben extraerse de una ética subjetiva, de una religiosidad o ideología específicas, o de una doctrina de una iglesia determinada, sino que se encuentra en la Moral esotérica del Derecho».

Para Bockelmann, el desistimiento es voluntario solo desde una visión moral del derecho. Los motivos son éticamente valiosos o por lo menos, no reprobables. No merece perdón quien desiste de una violación cuando espera conseguir su propósito más tarde de una manera más cómoda y menos peligrosa; esta persona, en el mejor de los casos, ha cambiado su papel de violador al de seductor.

La crítica a esta teoría se centra en determinar cuál es el elemento valorativo normativo general. A esta interrogante Gutmann plantea como solución la existencia de una “valoración jurídica de los motivos”, en donde debe tenerse en cuenta si el desistimiento representa una voluntad criminal y una peligrosidad del autor atenuadas, o si más bien, es un

resignarse a lo inevitable (en el primer caso existe voluntariedad y en el segundo no). Por otro lado, Roxin señala que la voluntariedad debe responder a la racionalidad del delincuente: si el desistimiento no responde a dicha racionalidad no tiene sentido dejarlo impune. El profesor explica que en la jurisprudencia alemana los casos en que se excluye la voluntariedad del desistimiento tratan siempre de un *delincuente empedernido*, que es frío y calculador. No se da en un novato aprendiz. Este delincuente analiza detenidamente los riesgos y posibilidades de su plan delictivo. Entonces, quien se ve descubierto y desiste, actúa en base a las normas del ordenamiento jurídico, lo cual no merece impunidad. Situación contraria sucede con un delincuente novato que al momento de cometer un hurto se deja dominar por el pánico, el miedo y la vergüenza, y sale huyendo. La reacción es irracional. Un delincuente experimentado no se deja llevar por aquellos sentimentalismos, sino que hace un análisis frío y calculador de los riesgos a los que se expone (Roxin, 2014, p. 152).

### ***III.3. Efectos del desistimiento***

Distinta de la tentativa es la *supresión de la pena*. Esta impunidad, según Muñoz Conde, se configura como una causa personal de exclusión de pena, o excusa legal absolutoria, siempre y cuándo se hayan configurado los elementos descritos anteriormente. Para Jescheck el desistimiento deja intacta la tipicidad y la antijuridicidad, ya que presenta únicamente un grado atenuado de la culpabilidad del autor.

La segunda consecuencia, es la *responsabilidad por los actos ejecutados*. El hecho de que el desistimiento exima o atenúe la responsabilidad del autor por la no consumación del delito intentado, no exime de una pena por las consecuencias accesorias en que incurrió al momento de buscar la consumación del tipo penal principal. Como se sabe, en la búsqueda de lesionar un bien jurídico principal, se pueden lesionar bienes jurídicos accesorios. Muñoz Conde (1972) aclara que si la tentativa constituye la consumación de otro delito (tentativa cualificada) la impunidad del desistimiento no alcanza a este. Por ejemplo, el desistimiento de un homicidio no exime de las lesiones consumadas.

En la misma línea, Cuello & Mapelli (2015) plantean que cuándo se desiste de la tentativa, el desistimiento no excluye la punibilidad por lo ya hecho y lo constitutivo del delito autónomo. El desistimiento no tiene afectación alguna sobre la responsabilidad penal que acaece de los tipos consumados por parte del autor. De igual manera, se plantea en el problema de los llamados “delitos medio”, que el desistimiento no tiene afectación alguna sobre aquel delito.

### **III.4. Justificación de no punibilidad del desistimiento**

La consecuencia inmediata del desistimiento es la exención de la pena. Funciona como un incentivo al autor que no ha consumado su fin último. Al respecto la doctrina ha desarrollado las teorías que a continuación veremos.

#### *a) Teorías jurídicas*

Esta teoría parte de la “eliminación del hecho”, es decir, entra en una reversa y se “hecha hacia atrás”. En este revés de la conducta delictiva, retrotrae no solo la actividad exterior del hecho, sino también la mala voluntad del autor dirigida al cometimiento del delito. En ese sentido, Binding observa que retirarse voluntariamente de la consumación elimina la “causa de un resultado perjudicial”, lo cual elimina la antijuridicidad.

«Sin embargo, aquí existe un problema; y es que, la “eliminación del hecho”, no tiene sentido alguno ya que, si bien es revertido, este no ha sido eliminado; no se puede hablar de una “no existencia del hecho”, el delito intentado sigue siendo un delito intentado, aunque opere el desistimiento. Además, existe otro problema en cuestiones de participación; específicamente en el autor intelectual y el autor material. Si el autor material desiste de la consumación del delito (y se eliminaría el hecho), esto repercutiría directamente también en la situación del autor intelectual, pues no existiría un hecho por el cual recibir pena» (Roxin, 2014, pp. 594-596).

#### *b) Teoría de la unidad*

El fundamento de esta tentativa, parte de la concepción de que tentativa y desistimiento, forman una sola unidad, el desistimiento es más bien una parte inescindible de la tentativa, en donde al ser una unidad, la tentativa no existió jamás ya que fue eliminada retroactivamente a través del propio desistimiento. Jescheck (2002, p. 581)<sup>9</sup>, afirma que esta teoría tiene una concepción “global”, y su objetivo es superar aquella concepción en que tentativa y desistimiento son vistos como *contrarius actus* y así unificarlos.

La teoría de la unidad es el preludio de una teoría jurídica, pues es el propio Binding quien más adelante desarrollaría esta teoría hasta plantear la teoría jurídica (cfr. Pozuelo, 2003, pp. 96-97).

---

<sup>9</sup> Jescheck la denomina como “teoría unitaria”; Pozuelo la llama “teoría de la unidad”.



c) Teoría *Goldene Brücke*<sup>10</sup>

Jescheck, explica que el fundamento de esta teoría se encuentra en que el Estado, al librar de pena al delincuente, brinda un “estímulo” siempre y cuando el delincuente abandone el proceso consumativo del delito, así como en los casos de evitar el resultado. La teoría del *Goldene Brücke* consta en el *Reichsgericht* (Tribunal Supremo del Imperio alemán) y en el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia de Alemania, en adelante “BGH”) aunque por muy poco tiempo (cfr. Jescheck, 2002, pp. 578-580). Feuerbach planteó por primera vez esta teoría:

«Si el estado no deja sin castigo a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, entonces apremia en cierta manera consumir el delito: pues el desafortunado que se dejó arrastrar a una tentativa sabe por el contrario que ya nada importante tiene que ganar con el arrepentimiento y ya nada significativo que perder con la terminación del hecho» (Feuerbach, 1804, p 102).

Roxin explica que este estímulo es una promesa que hace el Estado al delincuente de que la tentativa no será punible. Von Liszt replica que el hecho no puede anularse hacia atrás, ni desaparecer del mundo: «sin embargo la legislación puede, por motivos político-criminales, tender a quien ya se ha convertido en autor punible un puente de plata para su retirada» (Lizts, 1919, p. 201). La crítica de la teoría es convincente, pues la promesa de impunidad, en el momento decisivo de cometer el delito, no tiene influencia alguna sobre el autor, sobre todo porque en gran medida resulta ser desconocida. El conocimiento de estas reglas técnicas de derecho las conoce el jurista, no el delincuente. Sobre ello, Roxin (2014, pp. 595-597) señala que: (i) luego de una revisión de las sentencias del Tribunal Supremo alemán y del BGH, no existe ningún caso en que el autor retrocediera en su actuar porque quería ganar la impunidad; no se puede encontrar fundamento de esta teoría en la praxis judicial; y, (ii) los casos de desistimiento voluntario con posibilidad de consumación sin riesgo y miedo de ser descubierto, no dan al delincuente razones para buscar la impunidad.

---

<sup>10</sup> Esta teoría tiene varias acepciones, como teoría político criminal, teoría del puente de oro o teoría puente de plata. La primera acepción responde a que el fundamento de esta teoría centra su idea fundamental en razones de política criminal. Las dos siguientes acepciones, tienen un extraño matiz: la traducción de la expresión *goldene Brücke* corresponde a “puente de oro”. Sin embargo, Javier de Vicente Remesal, traductor de la obra del profesor Claus Roxin, afirma que la expresión usual debería ser “puente plata”.

#### *d) Teorías premiales*

Esta teoría es de gran aceptación en el derecho penal alemán; surge, a partir de la idea de una “gracia, indulgencia o premio” que el ordenamiento jurídico otorga al autor del delito por el *mérito* que ha tenido al desistir. Esta teoría, plantea, un sistema de pesos y contra pesos entre tentativa y desistimiento, los cuales puestos en una balanza generan un equilibrio en la sociedad; la acción negativa se equilibra con la positiva, por lo que dicho equilibrio no es merecedor de pena, es más bien necesario concederle clemencia.

Sobre esta teoría, Jescheck (2002, p. 579) explica que el sujeto se hace merecedor al premio porque se esfuerza seriamente en evitar la consumación, aunque en algunos casos, de todos modos, la consumación se dé; la paz comunitaria es balanceada parcialmente, la impresión jurídica perturbadora del hecho se ve puesta en igualdad con la actuación de la vuelta a la senda del derecho del autor.

La crítica sobre esta teoría se fundamenta en que el legislador no es competente para optar por una gracia o indulgencia por encima del derecho. Además, Muñoz Conde observa que es poco lógica la idea de una coexistencia entre un derecho sancionador y un derecho premial.

#### *e) Teoría de los fines de la pena*

Jescheck (2002) explica que esta teoría se fundamenta en el *desaparecimiento del fin de la pena*. Cuando el delincuente se abstiene de manera voluntaria de la consumación del delito, demuestra que su voluntad hostil contra el derecho no es suficiente; por ello la aplicación de una pena no es aconsejable, ni por motivo de prevención general ni especial, pues la pena ya perdió su fin.

El BGH se ha pronunciado sobre esta teoría y ha dicho lo siguiente:

«Si el autor desiste voluntariamente de la tentativa ya iniciada, se manifiesta entonces en ello que su voluntad criminal no era tan fuerte como habría sido necesaria para ejecutar el hecho. Su peligrosidad, que se había expresado inicialmente en la tentativa, posteriormente resulta ser sustancialmente menor. Por esta razón, la ley prescinde de castigar “la tentativa como tal”, ya que una pena no le parece necesaria para disuadir al autor de cometer delitos en el futuro, para intimidar a otros y para restaurar el ordenamiento jurídico vulnerado» (STC BGHst 9, 48, 5).

#### *f) Teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal*

La teoría dice que si la voluntad del delincuente no fue lo suficientemente intensa para llegar a la perfecta realización del delito, esta no representa una peligrosidad tan lesiva como la peligrosidad del

delincuente que consuma la acción. Esta teoría cuenta con varios seguidores, como Maurach (1962, p. 518), quien manifiesta que desde el punto de vista constructivo, el desistimiento representa la consecuencia derivada de «la conclusión de que el autor que desiste voluntariamente muestra una voluntad criminal menos intensa». De igual manera, Welzel (1969, p. 196) decía que «el verdadero sentido del privilegio para el que desiste radica en la pequeñez de su culpabilidad, que se evidencia con el desistimiento».

Finalmente, Gutman muy acertadamente hace un análisis partiendo desde la justificación de la punibilidad de la tentativa, para justificar la no punibilidad del desistimiento. Afirma que lo que justificaba la punición de la tentativa encuentra su fundamento en la voluntad criminal del autor, la rebelión contra el ordenamiento jurídico y el derecho mismo. Estos elementos en el desistimiento se ven atenuados, ya que, al desistir de su idea inicial, el hecho y el autor del hecho, han anulado esta rebelión, y con ello la necesidad de punibilidad de la tentativa llegaría a su fin. El reproche de la culpabilidad se compensa (sistema de peso y contrapeso) con la conducta meritoria de desistir (cfr. Muñoz Conde, 1972, pp. 31-32).

#### *g) Teoría del interés de la víctima*

Para teoría existe una íntima relación entre el autor del delito y la víctima. De ahí que el fin de protección de la norma sea el interés de la víctima. El desistimiento produce una “conciliación de intereses”, pues, si ya se ha producido el delito intentado, el interés de integridad de la víctima se ha puesto en peligro, pero todavía no se ha consumado la lesión efectivamente. Es justamente en este momento cuándo el autor del delito se encuentra en dos escenarios: (i) tiene la posibilidad de cometer una tentativa (punible); y, (ii) tiene la posibilidad de evitar el resultado. El sujeto que desiste toma el segundo camino y demuestra un “interés por desistir”, y este interés se equipara con el “interés de la víctima”, lo que termina en una conciliación de intereses (Pozuelo, 2003, p. 96).

Esta conciliación de la víctima *versus* el interés del delincuente por desistir se fundamenta en que el interés de la víctima es satisfecho por el autor del delito cuándo este desiste; entonces la amenaza penal a la tentativa pierde sentido, y la paz jurídica ha quedado repuesta.

#### *h) Teoría del cumplimiento o del saldo de la deuda*

Esta teoría está apoyada en el derecho civil en el principio de liquidación o saldo. La teoría busca incorporar al derecho penal el principio de que «las amenazas coercitivas se invalidan con la igualación o

compensación del comportamiento de partida» (Roxin, 2014, p. 600). Partiendo de este principio la teoría dice que la punición al desistimiento debe ser eliminada, ya que el autor, mediante una actuación atribuible a él, cumple su deber de terminar y reparar el comportamiento injusto que ha dado lugar a la amenaza. «Quien desiste voluntariamente se libera de la amenaza coercitiva estatal porque salda su culpa saldando y cumpliendo su deuda mediante una actuación atribuible a él» (Roxin, 2014, p. 600).

La primera objeción que se presenta a la teoría es que no se puede trasladar al derecho penal este principio. En derecho penal no existe un principio en que se busque favorecer la posterior reparación del daño, y que dicha reparación anule la punibilidad, como sí sucede en el derecho civil en donde al momento de cumplir con la deuda el proceso termina. Las cosas se retrotraen a su estado inicial y el problema jurídico queda resuelto. El estado inicial al que se retrotraen las cosas tiene un efecto meramente civil, más no penal.

La segunda objeción se plantea en los casos de desistimiento no voluntario y la tentativa fracasada, pues al no poner limitante a la voluntariedad, estas dos serían merecedoras de no punibilidad. Es el caso del ladrón que es sorprendido en flagrancia por un guardia de seguridad de la casa, y como consecuencia de ello abandona el botín, el autor retorna a la senda del derecho y cumple su deber jurídico de respetar el derecho a la propiedad privada (Roxin, 2014, p. 601).

### ***III.5. El desistimiento y la tentativa fracasada***

Como se expuso, la voluntariedad es un elemento esencial del desistimiento. Sin embargo, un delito puede llegar a no consumarse, por un fracaso en la ejecución del plan delictivo, y con ello, generar una serie de inconvenientes técnicos de compleja resolución, y es que, es importante recordar que el desistimiento conduce a la impunidad únicamente en los casos en que, la consumación del delito depende de la voluntad del individuo, más no en los casos de influencia por un elemento exógeno.

El fracaso de una tentativa suele ser un tema complejo y nos lleva a pensar en algunas situaciones que se pueden presentar. Si el primer intento falla, el segundo puede ser certero. El fracaso total o parcial de la tentativa es de imprescindible delimitación, porque frente a una tentativa que fracasa definitivamente el desistimiento es inoperante, mientras que cabe preguntarse si es aplicable el desistimiento en una tentativa que aún deja abierta la posibilidad de conseguir el resultado. Aquí importa distinguir aquellos casos en que al autor no le queda otra posibilidad que el desistir tras haber fracasado en su primer intento (tentativa fracasada propia), y los

que, tras el parcial fracaso, el autor puede seguir actuando y alcanzar la meta propuesta (tentativa fracasada impropia).

Como dijimos, la *tentativa fracasada propia* es aquel proceso ejecutivo en que el autor en un momento determinado cree haber errado su meta y no puede conseguirla, aunque lo siga intentando varias veces. Debe tomarse en cuenta la representación subjetiva que tiene el autor, ya que no importa si objetivamente la tentativa está fracasada y no existe otra forma de cometer el delito. Todo depende de si el autor cree que ha fracasado. De igual manera es la tentativa fracasada si el autor cree no poder conseguir ya su meta, aunque objetivamente existan otras posibilidades.

Las causas del fracaso para el autor pueden ser de orden técnicas (su ganzúa se rompe), física (la víctima sale corriendo y un tercero inmoviliza al delincuente) o psicológica (por los nervios se olvida la clave de la cerradura). La voluntariedad de desistir en estas situaciones lógicamente debe ser negada, ya que lo que interrumpe la consecución del delito no es la voluntad del individuo sino más bien, un obstáculo externo. Así sucede en un robo donde aparecen los dueños de la casa que pretendía robarse, en la estafa cuando la víctima se da cuenta del perjuicio y reclama, y en la falsificación de monedas cuando los billetes salen mal hechos (Muñoz Conde, 1972, p. 107). Estos supuestos son más una frustración, pues es una situación externa lo que frena la consumación, no la voluntad. Por ello, no hay desistimiento.

*La tentativa fracasada impropia* es donde el autor ve fracasado su intento de consumir el tipo; sin embargo, piensa que aún lo puede conseguir si es que sigue actuando o se sirve de otro medio. Un ejemplo es el del ladrón que quiere abrir con una ganzúa una ventana para penetrar a una casa y esta se rompe; luego observa que puede entrar a la casa por el balcón que está encima de la ventana y es fácil de escalar. Ahí se plantea la interrogante de si cabe o no el desistimiento, donde el “fracaso” se ve más como un inconveniente. Como explica el Serrano (2005), en la comisión de un delito el concepto de fracaso es más un obstáculo, lo que se ve puesto a prueba justamente cuándo, bien la consumación del delito ha fracasado en el alcanzar la consumación que no es imposible y basta con solamente *repetir el intento* (poner medios homogéneos con respecto al primer intento) o con *utilizar otros medios que el delincuente tiene a su disposición* (medios heterogéneos a los del primer intento). Esta conjunción entre desistimiento y tentativa fracasada impropia se puede presentar en distintas situaciones. Piénsese en una mujer que se proponía matar a su novio golpeándolo en la cabeza con una botella, y que al fracasar en el intento toma un cenicero para acertar el segundo golpe, y en aquel momento se echa para atrás. ¿Cabe aquí el desistimiento?

El supuesto ha sido planteado en el *Caso de Rodríguez, Rodolfo Iván s/Robo con armas*<sup>11</sup>, que se presenta a continuación:

En el supermercado “DIA”, Rodolfo Iván Rodríguez se acerca a Maximiliano Gabriel Ludeña; este último se encontraba barriendo la vereda del supermercado, y al notar la existencia de un desconocido (Rodríguez) que se acercaba, intento apurarse a fin de cerrar las puertas del establecimiento y procurarse a salvo. Sin embargo, Ludeña es sorprendido por Rodríguez, quien le exhibe un cuchillo y le exige entregue todo el dinero existente en la caja del establecimiento; ante lo cual, Ludeña manifiesta que no es posible ya que el dinero ya estaba en caja fuerte y no había dinero en las cajas. Rodríguez, ante la situación de imposibilidad de consumar su delito, sale del supermercado intentado darse a la fuga, momento en el cual Ludeña da aviso a un motorizado policial conducido por el cabo Gustavo Basterrex, quien advertido de lo sucedido procede a la detención de Rodríguez (Dias, 2017).

A partir de los hechos relatados, el Tribunal condenó a Rodolfo Rodríguez a la pena de tres años de prisión por considerarlo autor del delito de robo agravado por el uso de arma, en grado de tentativa. Contra dicha sentencia se plantea recurso de casación, argumentando que se estarían cumpliendo los requisitos necesarios para la aplicación del desistimiento voluntario, y por tanto debe considerarse impune. La Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional rechazó el recurso y confirmó el fallo recurrido. La deliberación tuvo como trasfondo una ardua discusión doctrinaria con un voto salvado, donde se argumentó la existencia de la figura del desistimiento voluntario.

Para analizar las soluciones propuestas por la doctrina, Roxin utiliza un caso práctico que copiamos:

BGHSt 10, 129, caso de la petaca. Durante un viaje en automóvil el acusado pidió a su antigua novia, de la que se había separado, que volviera con él. En vista de su negativa, le golpeo en la cabeza, con intención directa de matarla, con una petaca de 3/8 de litro. Esto no dio lugar al resultado porque, debido al espacio reducido del automóvil, no pudo golpearla con suficiente fuerza. A continuación, el acusado pasó a estrangular a la mujer, hasta que esta perdió el sentido. Finalmente se alejó de ella, porque (debemos apreciarlo así, por ser la hipótesis más favorable) lo pensó mejor. La chica sobrevivió.

### *a) Teoría del plan delictivo*

Esta teoría analiza si el plan del autor se dirigía a causar el tipo a través de un determinado medio (por ejemplo, matar mediante golpes con

---

<sup>11</sup> Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de la Capital Federal, en el fallo CNCCC, Sala III, 7/9/15, causa CCC 12701/2014/TO1/CNC Reg. n° 437/2015.

la petaca). El fracaso de aquel medio es lo que genera el fracaso de la tentativa y por ello el desistimiento ya no es operante; el pasar a un nuevo medio constituye un nuevo plan delictivo, un nuevo hecho delictivo. Sin embargo, si el autor no restringió su medio al simple golpe con la petaca y había contemplado más opciones (como el estrangulamiento) o simplemente no tenía un medio determinado para cometer el homicidio y lo encontró sobre la marcha, entonces el suceso debería ser valorado como una única acción homicida, y el abstenerse de estrangular a la víctima sí contemplaría la aplicación del desistimiento (Roxin, 2014, pp. 653-655).

El BGH resolvió bajo esta teoría el caso de la petaca, y se mantuvo esta tendencia doctrinaria hasta el año 1982, y aisladamente hasta el año 1984. De esta teoría surgen algunos inconvenientes que el mismo Tribunal encuentra y le obliga a replantearse los elementos de juicio, como por ejemplo, los casos en que el delincuente no cuenta con un plan.

#### *b) Teoría del acto individual*

Esta teoría supone que cada acto que el autor realiza es una tentativa autónoma; por lo tanto, su fracaso es una tentativa fracasada. Entonces, si en el caso de la petaca, el autor creía que podría matar a su novia a golpes con la petaca, está incurriendo en una tentativa fracasada, incluso si desde un principio tenía planteado utilizar otro medio en caso de que el primero fracasase (Roxin, 2014, pp. 655-656).

Serrano (2005) explica que para esta teoría la tentativa se considera acabada, en los casos en que el autor ha realizado una acción ejecutiva que, según su representación, era idónea para producir el resultado, de tal manera que el abandono de una posibilidad ulterior no se acopla a la figura del desistimiento, sino que más bien constituye un nuevo intento. Por lo tanto, el desvalor de acción ya se ha exteriorizado y se ha completado (acorde a la representación del autor), por lo que resulta ilógico que se le aplique una forma de desistimiento pasivo.

#### *c) Teoría de la perspectiva global*

Esta teoría tiene como génesis la búsqueda de una solución al problema que planteaba la teoría del plan delictivo. Ve si existe o no un plan delictivo definido respecto a los medios para matar del autor del delito. Hay tentativa inacabada cuando los actos individuales fracasan y el autor puede seguir actuando de manera continua e inmediata, con lo cual existe la posibilidad de desistir. Mientras existan medios que le permitan al autor del delito consumir el resultado, la tentativa sigue siendo inacabada.

Bajo esta nueva teoría, en el caso de la petaca existe un solo proceso de ejecución, una sola tentativa que inicia desde la exteriorización objetiva de la voluntad subjetiva del autor, hasta el estrangulamiento. Roxin ejemplifica mejor cuando dice que si el autor del homicidio realiza varios disparos fallidos, desistirá, pese a ello, mientras renuncie a la posibilidad de realizar posteriores disparos.

El BGH justifica la aplicación de esta teoría en el caso BGHSt 34,53:

«El acusado intento matar a la nueva pareja de su antigua compañera, atropellándole. Al fracasar, debido a que la víctima saltó a un lado, el autor se arrojó sobre él, intentando estrangularle con ambas manos, hasta que este se desmayó. En ese momento, se dejó convencer de que se detuviese» (Roxin, 2014, pp. 656-657).

Aquí el BGH se inclina por la posición de determinar que existe un solo proceso de tentativa, y por ende aún puede desistir. El tribunal hace énfasis en que se debe tomar en cuenta un elemento esencial para poder considerar una tentativa desde una perspectiva global: la conexión entre cada intento. Así, no debe existir una interrupción temporal; es decir, los intentos deben ser inmediatos.

#### *d) La posición de Roxin*

Roxin plantea una *teoría modificada de la perspectiva global* como solución preferible. Para el profesor alemán la salida a este dilema es la perspectiva global con algunos matices.

Primero, inicia argumentando su postura en el sentido de que en los casos planteados (caso petaca y caso BGHSt 34, 53), existe un abandono de los esfuerzos posteriores que el autor podía realizar para obtener el resultado, por lo que existe desistimiento. Los autores de ambos casos aún tenían en sus manos el dominio de la producción del resultado de dar muerte; sin embargo, se abstuvieron de alcanzarlo. Para Roxin existe una reversión de la puesta en peligro merecedora de ser recompensada con la impunidad, sin dejar de lado los tipos penales adyacentes que se pueden presentar.

Segundo, establece que el desistimiento debe ser concebido por el autor. Es decir, el autor debe saber que está desistiendo, ya que la mera posibilidad de pasar a otro medio, tras el fracaso del primero (del golpe con la petaca, al estrangulamiento), o el hecho de no hacerlo, no es suficiente para plantear la posibilidad de existencia de un desistimiento. Es necesario que el autor sea consciente de que existe otra posibilidad a más de la que



ya utilizó y fracasó<sup>12</sup>. Como dice Roxin (2014, pp. 656-657), el desistimiento se lo puede apreciar *solamente cuándo el autor percibe la existencia de una posibilidad de continuación, que reconoce como adecuada para él y, pese a ello, se abstiene de llevarla adelante*.

Con lo cual, ha de examinarse la existencia de la voluntad en la utilización del nuevo medio; si dicho medio en ningún momento pasó por la mente del delincuente, no existe el desistimiento. Esto tiene una razón, y es que en la mayoría de los casos es muy probable encontrar medios idóneos para continuar con el delito, aunque esto no quiere decir que el autor los haya tomado en cuenta al momento de cometer el delito. De no ser así, de no existir ese conocimiento previo del delincuente sobre la existencia de otros medios para el cometimiento del delito, se dejaría la puerta abierta a un campo de declaraciones exculpatorias o de una “pelota de abogados hábiles” intentando justificar a sus clientes.

Para solucionar el problema, Roxin plantea su “teoría modificada de la perspectiva global”, por la que solo debe apreciarse un desistimiento cuándo el autor conscientemente haya renunciado a un medio para continuar el hecho que le parecía adecuado. Esta modificación es aceptada por el BGH, como lo indica la jurisprudencia cuando dice:

«Objetivamente todavía existiría la posibilidad de consumación del hecho, pero el autor no conoce, o no puede emplear, los medio que necesitaría para ello (bien sea porque objetivamente no los domina, o bien porque, desde el punto de vista subjetivo, no está en situación de emplearlos)» (BGHSt 34, 56).

Esta complementación de la teoría de la perspectiva global, con la concepción de la teoría del acto unitario, se basa en que en muchos casos se podría presentar una perspectiva global *simulada*, pues se presentaría una aparente continuación del delito, para beneficiarse del desistimiento.

Finalmente, Roxin precisa que debe existir una estrecha relación espacio-temporal entre los actos, pues resultaría ilógico excluir la unidad de la tentativa por una breve interrupción temporal, o por un cambio de lugar (por ejemplo, cuándo la víctima del asesinato logra escapar por breves segundos y es alcanzado diez pasos más adelante, o, el autor pretende apuñalar a la víctima, pero fracasa, y sucede un breve momento de tranquilidad antes de utilizar el siguiente medio). Lo que aclara el BGHSt es que no se debe considerar como tentativa única, cuándo el hecho

---

<sup>12</sup> Por ejemplo, el que ha disparado a su víctima y no se da cuenta de que puede continuar con su delito golpeando a la víctima con un martillo a sus espaldas. Si el delincuente no se da cuenta de que a sus espaldas tenía el martillo y podía aún utilizarlo, no estamos ante un desistimiento, porque según su subjetiva representación del hecho, este fracasó.

previo a la repetición se da en circunstancias distintas, como lo hace mediante jurisprudencia BGHSt 40, 75, en donde se juzga a un grupo delictivo que fracasa en un robo porque la ganzúa no abre la cerradura, y regresa al siguiente día. En ese caso se excluye una tentativa única, no se lo considera como un “hecho conjunto”; el BGHSt, rechazó considerar los tres intentos como un solo hecho, como un fenómeno existencial unitario.

### **III.6. La jurisprudencia**

El Tribunal Supremo alemán y el BGH aplicaron en su momento la *teoría del plan delictivo*. Para ellos la teoría cabía plantearla en dos aristas: por un lado, están los casos en que el delincuente cuenta con un plan delictivo compuesto por *un solo acto*, y por otro el plan compuesto de *varios actos*.

El Tribunal Supremo alemán analizó particularmente las sentencias referentes al delito de aborto, y hace esta distinción entre aquellos casos en que el resultado lesivo se lo pensaba alcanzar con una serie de actos (v.gr. una serie de baños con determinadas sustancias o una serie de tragos de determinada infusión), frente a aquellos casos en que el resultado lesivo se lo conseguía por medio de un acto individual (v.gr. una sola inyección, un lavado vaginal, o una sola infusión). Esta diferenciación es importante puesto que se debe determinar qué acciones considero necesarias el autor para el cometimiento del delito, y dependiendo de ello aplicar desistimiento o tentativa. Si el plan delictivo constaba de un solo acto y este se ve fallido, ha de considerarse una tentativa fallida. Si el plan delictivo constaba de varios actos, la situación se torna más compleja, y es necesario determinar si el autor realizó o no todos los actos que tenía establecidos en su plan delictivo para lesionar el bien jurídico protegido. Si el autor, no realizó todos los actos necesarios, se configura una tentativa inacabada con posibilidad de aplicación de desistimiento (cfr. Serrano, 2005).

Serrano (2005) plantea un inconveniente de esta teoría: ¿qué sucede con los delitos en que no existe un plan definido por el autor? Como la jurisprudencia alemana necesitaba un nuevo criterio de individualización de la tentativa a fin de determinar si la tentativa es acaba o inacabada, dijo que cuando el autor del delito no tenía un plan predeterminado y actuaba bajo un plan a grandes rasgos, tratando solo de conseguir su objetivo como fuera, se debe atender a: (i) si a criterio del autor del delito él ha realizado todo lo necesario para consumarlo, se puede hablar de tentativa acabada, y no existe desistimiento; o, (ii) si el autor no ha realizado todo lo que considera necesario para consumir el delito, estamos ante una tentativa inacabada y puede operar el desistimiento.

Esta salida plantea algunas dudas, como la inseguridad jurídica que conlleva depender de la voluntad del autor para determinar la decisión sobre si puede o no darse por concluido su plan delictivo. Eso es algo que le corresponde determinar al ordenamiento jurídico y no al criterio del autor. Por otro lado, este criterio termina por premiar al delincuente cuidadoso, calculador y sangre fría (el experimentado), quien es el que incluye en su plan todas las posibilidades para delinquir y no fallar (un sujeto más peligroso, frente al delincuente que pretende consumir su delito en un solo intento, y al fallar no sabe qué hacer), ya que incluso tendría más actos en reserva para cometer el delito. En palabras de Serrano (2005) «podría decirse que el sujeto calculador se hace con más posibilidades de desistir al proveer en su plan al poner en peligro otras veces más a la víctima». Además, este planteamiento teórico olvida los delitos pasionales, en los que casi nunca existe un plan delictivo predeterminado, sino que obedecen a un impulso.

El caso *Rodríguez, Rodolfo Iván s/Robo con armas*, juzgado por la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional argentina, contiene el criterio de los jueces Magariños, Jantus y Niño (este último disidente). En primer lugar, Magariños desarrolla su argumentación a partir de la teoría de Jakobs<sup>13</sup> sobre los fundamentos de la impunidad del desistimiento voluntario de la tentativa. Aquí el autor roba una caja fuerte y al abrirla la encuentra vacía. La sentencia indica que aquí hay una tentativa acabada de obligatoria punición:

«Dado que con la tentativa, esto es, con el comienzo de la ejecución, el autor ya quebrantó la norma (pues emitió un comunicado a través del cual expreso que ella no rige en el caso para él) y, en este sentido, ya realizó un comportamiento con significado prohibido, para la no aplicación de la pena es requisito que el desistimiento pueda anular, y, para que ello sea posible, necesariamente, debe tratarse de un hecho actual, de un hecho que pueda aun ser modificado; o dicho en otros términos, que el suceso pueda ser redefinido en su significado perturbador» (Dias, 2017).

Del voto de Magariños extraemos algunos elementos importantes. Si el autor se representa un fracaso en su tentativa, ya no puede redefinir su conducta, por lo tanto, no es merecedora de desistimiento, pues, salió de sus manos el control del resultado. Esta teoría planteada por el juez

---

<sup>13</sup> Según la teoría de Jakobs el quebrantamiento de una norma se manifiesta a través de la conducta del delincuente, y cuándo esta conducta se separa del comportamiento deseado, esta contradicción a la norma se convierte en algo del pasado en donde ya no tiene influencia alguna el delincuente. El desistimiento tiene cabida únicamente entre los actos ejecutivos y en los momentos anteriores a una tentativa acabada.

Magariños en la sentencia comentada, si bien es cierto no se centra en la solución de la delimitación de la tentativa fracasada, lo hace en las restricciones al desistimiento, ya que el desistimiento es aplicable únicamente en los casos en que pueda anular la tentativa. En el caso, Rodríguez ya no puede controlar el hecho de que la caja este vacía, él ya utilizó todos los medios para llegar a la caja fuerte y al verse imposibilitado se configura una tentativa acabada, es decir, una frustración.

Según lo estudiado comprendemos perfectamente que ya no se trata de un problema de voluntariedad, pues, evidentemente en el presente caso no existe. Jakobs concuerda con esta posición, he incluso argumenta que toda conducta posterior al momento en el que el autor admite al menos una posibilidad de perder el control sobre la inevitabilidad de la consumación es un acto que ya no puede desistirse, y que está fuera de su alcance anularlo. «No puede anularse lo que está perfecto en el mundo» (Jakobs, 1997, p. 330).

El voto de Jantus hace referencia a algunos argumentos de Roxin, aunque se adhiere en su totalidad al voto emitido por el juez Magariños. Entre los argumentos de Jantus está la existencia de una tentativa fallida. Siguiendo a Roxin, establece que la tentativa fracasada se da cuándo los bienes encontrados por el autor son menos valiosos que los esperados, como sucedió en el caso juzgado, porque Rodríguez encontró la caja vacía.

Finalmente tenemos el voto disidente del juez Niño, que muestra un planteamiento interesante, porque concibe el plan del autor en un sentido más general. Si bien es cierto que en los hechos relatados los jueces han delimitado que el plan del autor era “robar la caja”, Niño considera que el plan de Rodríguez era “robar plata”, por lo que no se habría producido un fracaso en la tentativa, pues aún podía robar las pertenencias y objetos de valor de Ludueña, o en su defecto tomar mercadería valiosa. Bajo esta óptica, cabría concebir un desistimiento, porque el Rodríguez aún podía continuar robando y se abstuvo de hacerlo.

Aunque esta posición resulta bastante interesante, se presentan algunos inconvenientes que merecen análisis. Si bien es cierto que el primer acto fracasó (el de robar la caja), y que luego desistió de la posibilidad de robarle las pertenencias a Ludueña (segundo acto), nos preguntamos: ¿hasta qué punto el carácter absolutorio del desistimiento del segundo acto cubre al primer acto? Es precisamente en esta interrogante donde surge lo esencial, para el desarrollo de este trabajo investigativo. Determinar en qué momento se considera fracasada la tentativa.

El juez Niño, una vez que ha planteado este dilema, trae a colación las teorías del acto individual y de la perspectiva global (para justificar la factibilidad del desistimiento). Niño se inclina por la perspectiva global y argumenta que no son importantes los actos individuales (el intento por

robar la caja). Se debería tomar en cuenta el suceso en conjunto, y bajo esas circunstancias Rodríguez aún hubiera podido continuar robando las pertenencias, por lo que no existe un fracaso y cabe desistir.

La sentencia del caso Rodríguez se decanta a favor de una tentativa fracasada; sin embargo, dicho fallo se orienta en esa dirección no por falta de fortaleza de los argumentos de Niño, sino más bien por una puesta en duda del objetivo del plan del autor. Tanto Jantus, como Magariños consideran que el objetivo principal era la sustracción del dinero de la caja registradora, más no las pertenencias de Ludueña. El cometido era «robar el dinero de la recaudación diaria del supermercado de la caja registradora», no «robar dinero». Concluyen así que parecería que el autor habría planificado el robo de la recaudación y que los otros objetos materiales quedan por debajo de sus expectativas, que no serían de su interés.

Sobre el criterio del Juez Niño, la sentencia considera que se trata de lo que en derecho alemán se conoce como un *sachverhaltsquetsche*, que en lengua cervantina se traduciría como “exprimir la situación en el derecho”; el juez Niño está interpretando los hechos de un modo amplio y equívoco, para subsumirlos en alguna figura jurídica.

#### **IV. TOMA DE POSICIÓN**

Las teorías sobre la no punibilidad del desistimiento pretenden apoyar la condonación de una pena, amparándose en la bondad del delincuente al revertir su conducta. El desistimiento y la tentativa aquí son antitéticos. Sin embargo, esta exacerbada bondad del desistimiento resulta cuestionable, y poco conciliable con el bien común. No intentamos asegurar que quien da un paso al costado o se arrepiente de cometer un delito no merezca *cierto grado de benevolencia*, pero no debe darse tanta como la que el desistimiento ofrece. Es necesario hacer un análisis desde las bases del derecho penal: dejar sin pena conductas que efectivamente lesionan un bien jurídico, no se apega al fin y la función propia del derecho penal.

Ferrajoli explica que el fundamento del derecho penal se sustenta en varias teorías. Algunas de ellas estarán a favor de la protección de bienes jurídicos concretos, sean derechos o bienes fundamentales; y otras en que la finalidad es protegerse a sí mismo y evitar el quebrantamiento de sus normas restableciendo la vigencia de la norma. Las primeras sostienen que el fundamento axiológico del derecho penal es la necesidad de tutela de bienes jurídicos concretos y la protección de la sociedad en su diario vivir, es decir, se centra en la reafirmación del valor del derecho violado, y volviéndole a dar a este la fuerza e importancia que requiere. Las segundas

las considera más bien como un problema de protección a “instituciones sociales”, y que el delito es una perturbación a la estructura normativa de la sociedad; es decir, son un daño social, son una conducta lesiva para el sistema social. La primera teoría, se denomina “teoría de los bienes jurídicos individuales”, en tanto que el segundo planteamiento lo llama “teoría del daño social” o de las “instituciones sociales” (cfr. Jakobs, 2008). Sin embargo, tanto una como otra, se enfocan en la protección del individuo y sus derechos fundamentales, pero de una manera distinta. La primera desde un enfoque individual, y la otra desde un enfoque normativo general (Ferrajoli, 2012).

Jescheck (2002, pp. 4-6) afirma que la protección social es la misión central del derecho penal: la *protección de la convivencia humana en la comunidad* para mantener el orden de paz y seguridad. Para ello se le atribuyen dos funciones básicas: una *represiva* y otra *preventiva*. La primera se da cuándo el derecho penal castiga una infracción ya cometida (represión), mientras la segunda se muestra previniendo infracciones jurídicas de comisión futura (prevención general y especial).

Beccaria (2012, p. 9) explica que en la mayoría de casos, la aplicación de una pena sirve a manera de ejemplo para la sociedad sobre lo que puede suceder cuándo un individuo quebranta el orden social impuesto por el derecho; es una especie de amenaza, una sanción que conllevaría el incumplimiento de tales normas. Esta coerción (la pena aplicada a un tercero) tiene un fin disuasorio en la sociedad, de manera que cada persona a sabiendas de las consecuencias negativas que supondría una conducta contraria al derecho, se abstendría de quebrantar la norma.

Bajo estos argumentos, resulta ilógico que el derecho penal conciba una figura en donde se abstenga de aplicar una sanción a un individuo que, si bien es cierto, se arrepiente de cometer un delito, ya que exteriorizó subjetiva y objetivamente la intención de dañar un bien jurídico. El derecho penal no puede doblegarse ante esta regresión delictiva, más bien debe proteger a la sociedad, pues el individuo, que ha intentado un delito, es un potencial riesgo para la sociedad. No aplicar una pena a un delito intentado contraría la misión propia del derecho penal, del fin mismo de la pena (como lo pretende hacer la teoría del fin de la pena); más bien difunde la idea de un derecho penal benevolente, suave y frágil, que sucumbe ante un criminal arrepentido y esta “premiando” por hacer lo que *se debe hacer* (no delinquir). Esto recuerda a las palabras de Streng (1990, p. 214) quien decía que el mundo jurídico tiene una especial debilidad por el pecador arrepentido. Con el desistimiento se premia a un sujeto porque actúa como debería actuar. De ser así, el derecho debería premiar a todos los ciudadanos que no cometen un delito (al que no roba, no mata, etc.).

La existencia del desistimiento busca que se elimine con una “buena acción” el daño que ya se ha causado (lo cual resulta ilógico), pues eliminar el hecho del mundo tangible no es posible, como lo explica Roxin en páginas anteriores. Aceptarlo sería no tomar en cuenta la existencia de una *resolución delictiva* y una *cadena de actos exteriores* que ya advierten sobre la peligrosidad del sujeto.

Serrano explica que el desistimiento constituye más bien un incentivo (zanahoria en vez de palo) que ofrece la ley para que el autor no llegue a la lesión del bien jurídico, y que la función de esta exención es motivadora. Una vez que la amenaza de pena no ha logrado evitar que el sujeto no cometa el delito, el sistema jurídico todavía ve factible salvar el bien jurídico apelando al autor, en la última hora, para que recapacite y dé marcha atrás. Frente a ello puede decirse que el delincuente al momento de cometer la infracción no hace una pausa para reflexionar acerca de este incentivo que le da la ley si se frena, sino que más bien está concentrado en cometer el delito, sin tomar en cuenta que las cuestiones técnicas del derecho pertenecen al dominio y conocimiento de los juristas.

Es comprensible que la voluntad regresiva manifestada en el desistimiento podría considerarse como un arrepentimiento de la resolución delictiva del autor. Sin embargo, primó sobre ella la voluntad primaria de delinquir, pues si hubiese primado la voluntad de respetar la norma, no hubiese delinquirido. Además, en ningún caso la tentativa fracasada impropia puede considerarse como una voluntariedad neta movida por el fuero interno del autor hacia algo bueno, pues siempre estará condicionada al fracaso de la acción. Me explico. Es normal en el individuo que, cuándo ha fracasado en un primer intento, tenga miedo, duda, inseguridad de volver a intentarlo, e incluso muchas veces puede quedar un rezago del fracaso anterior, y esto es lo que impide al autor del delito volver a lo que ya ha fracasado. El delincuente que ha intentado cometer un delito y fracasa, en la segunda ocasión puede replantearse la intención de volver a cometerlo, pero ese fracaso le vuelve a la realidad y le hace pensar mejor las cosas, en un sentido positivo (cuándo desiste de cometer el delito) o en un sentido negativo (cuándo busca otro medio para cometer el delito). Estas dos circunstancias condicionan el primer fracaso de la tentativa. Entonces, el desistimiento no nace de esa voluntad autónoma, del imperativo categórico de la moral kantiana que le advierte de regresar a la senda del derecho, sino más bien a un miedo a volver a fracasar o a la frustración que siente al haber fracasado.

El desistimiento podría caber únicamente hasta la fase de los actos preparatorios, lo cual no es necesario, pues bajo la lógica de un Estado liberal y de un derecho penal liberal estos no merecen pena. Las acciones

positivas que el delincuente haga después de la tentativa (como llevarlo al hospital luego de un disparo), o después del delito (devolver lo robado), en realidad se denominan *arrepentimiento* y no desistimiento.

Por otro lado, tomar una posición extrema sobre la anulación del desistimiento del sistema jurídico no es saludable. La naturaleza atenuante sobre la pena se debe mantener en el sistema jurídico (principio de proporcionalidad). Sin embargo, esa benevolencia ya está contenida en la graduación de la pena en los delitos de tentativa, se aplica una pena justa, acorde a los actos que el sujeto ha cometido, menor a la del delito consumado, y mayor a la de no cometimiento de un delito.

Si bien es cierto que en el desistimiento hay una “regresión de la resolución delictiva”, la manera en que el desistimiento opera no es la correcta. A nuestro criterio, la forma correcta de plantear esta benevolencia es como una *circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal*, como atenuante o agravante, y no como se lo ha planteado.

Justificaremos ahora esta última tesis expuesta. La pena impuesta debe respetar el principio de proporcionalidad: la pena debe ser proporcional al daño que el imputado ha causado. Por ello, que la ciencia penal ha buscado la forma de modificar la pena en ciertas circunstancias, y ha encontrado en estas circunstancias modificatorias la respuesta. En las situaciones que rodean la realización del delito o que —se supone— son condiciones especiales del autor, la pena sufre alteraciones. De acuerdo a los efectos que estas circunstancias modificatorias producen, se las ha clasificado en *agravantes* y *atenuantes*. Estas circunstancias se relacionan con la teoría del delito en la medida en que es posible apreciar en ellas elementos que, sin afectar la existencia de un delito, suponen que la gravedad del hecho o su culpabilidad se aumente o se disminuya (Muñoz Conde, 2015, pp. 510-512).

Esta forma de enlazar la teoría del delito y la teoría de la pena, es propia del derecho español. En cambio, en Alemania las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal se estudian únicamente dentro de la teoría de la pena. El sentido de estudiarlas dentro de la teoría del delito responde a que la teoría de la pena es la encargada de la determinación de la pena, mas no del delito, lo cual para el caso concreto no puede desvincularse del hecho principal, el delito (Mir Puig, 2016, pp. 615-616). Las circunstancias modificatorias pueden ser objetivas y subjetivas: las primeras hacen referencia a una modulación del injusto, mientras las segundas una modulación a la culpabilidad<sup>14</sup>. Sin embargo, no

---

<sup>14</sup> Esta diferenciación tiene imprescindible importancia en la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias. Así, las circunstancias que afectan al incremento de la



son los únicos tipos de circunstancias modificatorias que existen, pues también están otras que responden a la relación de finalidad preventiva de la pena, como en los casos de *arrepentimiento*.

Para el caso concreto de tentativa fracasada y su problemática de compatibilidad con el desistimiento, el tratamiento debe ser distinto. En principio, el desistimiento no debe existir como figura autónoma, pues la benevolencia de no aplicar una pena por un bien jurídico no lesionado, está contenida dentro de la graduación del delito en grado de tentativa. En sentido contrario, el primer intento fracasado se constituye una frustración, pero es una frustración del medio utilizado y no de la tentativa. Así sucede con el fracaso del golpe con la petaca, que no es un fracaso de la tentativa *per se*, ya que aún existe la posibilidad de alcanzar el tipo, ya sea repitiendo el mismo acto, o en su defecto cambiando el medio (dejar los golpes y proceder al estrangulamiento). Cuando el sujeto realiza el segundo intento, está reafirmando su voluntad delictiva, su designio de causar daño, el sujeto entra más bien en un estado de reincidencia, un nuevo intento (tentativa sobre tentativa) lo cual debería tomarse como una *tentativa con agravante*.

Para la determinación de la circunstancia agravante es necesario hacer una conjunción entre la teoría de la perspectiva global y la del acto individual. Por un lado, la teoría de la perspectiva global nos permite entender al proceso delictivo como un todo: existe un solo proceso de delito intentado sin importar el medio que se utiliza. Por otro lado, la teoría del acto individual permite singularizar cada uno de los intentos que el autor hace para llegar al tipo y cada uno de estos intentos son una reafirmación del sujeto por lesionar un bien jurídico, es una reafirmación de la voluntad y resolución criminal del autor. Entonces, el proceso de tentativa debe ser mirado bajo el lente de la teoría de la perspectiva global, y como un todo singularizar cada uno de los intentos que la constituyen desde la óptica de la teoría del acto individual. La teoría de la perspectiva global permite identificar el delito de la tentativa, en tanto que la teoría del acto individual identifica los agravantes dentro del tipo.

Implementar un sistema de atenuantes y agravantes en la tentativa, además de solucionar los problemas planteados por Heinitz (cfr, Roxin 1972) en los casos del concurso de normas (tentativa de homicidio y lesiones), en donde se pregunta si una tentativa de homicidio consumada podría juzgarse como un delito de lesiones consumadas. La dogmática penal ha encontrado la respuesta a esta pregunta en el *principio de*

---

gravedad del hecho se las extiende a todos los partícipes del delito, y las circunstancias que afectan a la culpabilidad del autor solo tienen alcance en él.

*alternatividad*, solución que deja algunos vacíos. El problema de este principio es que castigar uno u otro delito (ya sea solo tentativa de homicidio o lesiones) sería equiparar la pena que recibiría un sujeto que, en su representación quiso lesionar a una persona sin llegar a matarla (como una riña en la calle), a la de un sujeto que en su representación quiso quitarle la vida a otro y su tiro falló. La peligrosidad de estos sujetos es indiscutiblemente distinta, el desvalor del hecho es distinto. Esta solución desdibuja el principio de proporcionalidad, pues son supuestos distintos con una misma pena. Según el sistema de circunstancias modificatorias de la responsabilidad, estamos ante una tentativa agravada, pues el resultado de lesiones sería la circunstancia agravante de la tentativa de homicidio. Este sistema de modificación de la responsabilidad en la tentativa soluciona los problemas que nacen de la teoría de la tentativa y guarda armonía con el fin del derecho penal, que es la protección de los bienes jurídicos fundamentales.

## V. CONCLUSIONES

1. La tentativa y el desistimiento han sido objeto de vivas discusiones doctrinales en la ciencia penal durante años. Por un lado, la tentativa se la ve como el acto, o conjunto de actos ejecutorios, de una persona con el fin de cometer un delito, la misma que, por circunstancias ajenas a su voluntad, este delito no llega a consumarse; y, por otro, el desistimiento se lo ve como la interrupción o apartamiento voluntario de la consumación de un delito. Esta reversión del peligro se puede presentar en dos aristas, por evitar la consumación (el autor se abstiene de continuar actuando), o por impedir la producción del resultado (el autor actúa, pero en un sentido positivo de impedir el resultado).

2. Las consecuencias jurídicas de la tentativa y del desistimiento son opuestas. La consecuencia de la tentativa tiene una naturaleza punitiva, de sanción, aunque no exista una efectiva lesión del bien jurídico, mientras la del desistimiento tiene una naturaleza benevolente de condonar la pena.

3. Los argumentos de justificación de la punibilidad de la tentativa y la no punibilidad del desistimiento son varios. Por un lado, la punición de la tentativa se justifica en varias teorías: (i) las teorías objetivas, delimitadas por criterios valorativos que tienen como referencia a la potencial puesta en peligro del bien jurídico protegido; (ii) las teorías subjetivas que analizan la voluntad contraria al derecho manifestada por el autor; y, (iii) la teoría de la impresión, que analiza el grado de conmoción social —una sensación de inseguridad— que el delito provoca, de tal

manera que, es necesaria la aplicación de una pena. Por otro lado, la no punibilidad del desistimiento se explica por la sobrevaloración de premiar la “voluntad de echar hacia tras la resolución delictiva”. Estos argumentos resultan ser hasta cierto punto pasionales y sentimentales.

4. Tentativa y desistimiento no pueden ser considerados como una unidad, son figuras distintas. Dos ecuaciones podrían explicarlos:

Tentativa = resolución delictiva + actos ejecutorios externos + no consumación

En tanto que,

Desistimiento = anulación de resolución delictiva + anulación de actos externos  
+ no consumación

Ambas figuras solo comparten la no consumación del resultado.

5. La naturaleza contrapuesta de la tentativa y del desistimiento plantea un dilema en la praxis, sobre todo en los casos de la tentativa fracasada impropia en donde aún existe la posibilidad de consumir el tipo. En estos supuestos surge la duda sobre si cabe o no desistimiento.

6. La doctrina y la jurisprudencia han planteado varias soluciones, sin embargo, ninguna de ellas ha satisfecho las necesidades de este dilema, pues dejan abiertos ciertos espacios en donde se comprueba la tibieza de estas teorías. Ante esto es necesario repensar la estructura del sistema y plantear una solución distinta.

7. La solución que planteamos es la de implementar un sistema de agravantes y atenuantes en la tentativa, de tal manera que se mantenga esa naturaleza punitiva gradual de la tentativa sin caer en la exacerbación benigna del desistimiento. El desistimiento no debe existir como figura autónoma, pues la benevolencia de condonar la pena por un bien jurídico no lesionado, está inmersa ya dentro de la graduación del delito en grado de tentativa. En sentido contrario, el nuevo intento del sujeto activo del tipo, debe ser considerado como una reafirmación de la voluntad delictiva, y por lo tanto es una circunstancia agravante. Así además se diferencian desistimiento y arrepentimiento, definiendo ciertos supuestos que en la doctrina resultan confusos.

8. La solución aquí planteada se condice con el principio de proporcionalidad, pues la pena es proporcional al daño que un sujeto ha causado y al grado de afectación a los bienes jurídicos fundamentales y a la norma jurídica. Además, muestra una salida a otros dilemas que se plantean en la teoría de la tentativa, como el caso del concurso de normas.

## REFERENCIAS

- Beccaria, C. (2012). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Bockelmann, P. (1972). *Bemerkungen zur Reform des Strafvollzugs, zugleich ein Bericht über den Besuch einiger westeuropäischer Vollzugsanstalten*. Alemania: Goldbach Keip.
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Carbonell Mateu, J. (2017). *Derecho Penal y Principios Constitucionales*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Cobo del Rosal, M. (1996). *Derecho Penal. Parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cuello Contreras, J. & Mapelli Caffarena, B. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte general*. Madrid: Tecnos.
- Dias, L. (2017). *Tentativa fracasada del delito y desistimiento voluntario*. En [https://www.academia.edu/35087342/Tentativa\\_fracasada\\_del\\_delito\\_y\\_desistimiento\\_voluntario](https://www.academia.edu/35087342/Tentativa_fracasada_del_delito_y_desistimiento_voluntario) (último acceso 12-XII-2019).
- Farre Trepas, E. (1986). *La Tentativa del Delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Revista Nuevo foro penal*, 79(8), 100-114.
- Feuerbach, P. (1804). *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*.
- Feuerbach. (2014). La teoría de la tentativa. El desistimiento de la tentativa. En C. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Trad. de D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. Paredes Castañón & J. De Vicente Remesal, vol. 2, pp. 587-750. Pamplona: Thomson Reuters–Civitas.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado, Arts 1 al 78*, ed. 2, v. 1. Quito: Latitud Cero.
- Jakobs, G. (1997). *El desistimiento como modificación del hecho*. Trad. de E. Peñaranda Ramos, C. J. Suárez González y M. Cancio Meliá. Madrid: Ediciones Universidad Autónoma de Madrid–Civitas, 325-345.
- Jakobs, G. (2008). ¿Lesión de un bien jurídico o daño social? - Una contribución a la teoría del Derecho penal. *Conferencia sostenida en la Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid*. Madrid: Academia de la Legislación y la Jurisprudencia de Madrid.
- Jescheck, H. (2002). *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. de M. O. Cardenete. Granada: Comares.
- Liszt, F. v. (1919). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 22ª ed. Alemania: Auflage.
- Martínez, M. (1994). *El desistimiento en el derecho penal - Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid: Graficas Arias Montano.

- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de Córdoba Roda. Barcelona: Ariel.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Moreno Torres, F. (1999). *Tentativa del delito y delito irreal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz Conde, F. (1972). *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Barcelona: Bosch.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Bosch.
- Pérez Ferrer, F. (2008). *El desistimiento voluntario de la tentativa en Código Penal español*. Madrid: Dikynson.
- Pozuelo, L. (2003). *El desistimiento en la tentativa y la conducta post delictiva*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, ed. 2. Madrid: Espasa Calpe.
- Roxin, C. (1972). Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch. En *Festschrift für Heinitz*. Berlín.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte general*, v. 2. Pamplona: Thomson Reuters.
- Serrano González de Murillo, J. L. (2005). ¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 139-168.
- Streng, R. (1990). Rücktritt und dolus eventualis-Freiwillige Aufgabe der Tat trotz entfallenen Tatinteresses? *JuristenZeitung*, 45(5), 212-220.
- Welzel, H. (1969). *Das deutsche Strafrecht*. Berlín: Berlín de Gruyter.