

George P. Fletcher

CONCEPTOS BASICOS DE DERECHO PENAL



b TEORÍA

CAPITULO DIEZ

Tentativa versus consumación

Asesinatos, hurtos, violaciones, robos y otros muchos delitos producen graves daños. En el asesinato la víctima muere; en el hurto o en el robo se le priva de su propiedad; en la violación se mancilla su cuerpo. Estos delitos consisten en un ataque contra un interés humano tangible. El delito se consuma cuando la vida, la libertad, la propiedad, la integridad física caen víctima de la intención criminal.

En el fondo del Derecho penal siempre hay una víctima. Una de las funciones del proceso penal es reconocer el sentimiento de la víctima que ha sufrido un daño injustamente. La víctima pide Justicia —tanto cuando pretende que se dé buena cuenta del delincuente, como cuando quiere que sufra el mismo daño que ella sufrió—. Pero la retribución no es la única función del castigo. El delito también amenaza la seguridad pública. Por eso, es el Estado el que se encarga de su persecución. Pero esta función de buscar la Justicia como respuesta al delito hace surgir eventualmente una cuestión aún más básica: ¿no sería más lógico intervenir y prevenir el daño antes de que ocurra? ¿Por qué no detener y castigar al delincuente cuando está a punto de cometer el delito? Aquí es donde surge el concepto de tentativa.

La tentativa es un concepto derivado del delito consumado. La primera diferencia entre ambos es que el daño —la muerte, la lesión, la penetración sexual, la privación de libertad o de propiedad— en la tentativa está ausente. Pero cuando el daño no se produce, no está claro hasta qué nivel debe llegar el sujeto para ser responsable de tentativa del delito. En el Derecho penal occidental el primer esfuerzo que se hizo para definir los límites de la tentativa fue en el Código penal francés de 1810. Los redactores de dicho Código consideraron tan importante este problema que lo definieron ya en el art. 2 del mismo, destacando que lo más importante en dicho concepto era *le commencement d'exécution*, expresión que fue luego acogida en la mayoría de los Códigos penales occidentales. Sólo en ese momento en el que comienza la ejecución, y no antes, es cuando el sujeto responde penalmente de lo que hace. Un

estándar análogo se encuentra también en la jurisprudencia inglesa del siglo XIX¹ y, con ligeras variaciones, en otras legislaciones penales europeas².

Desde luego, no es tarea fácil saber cuándo ha comenzado una ejecución. ¿Lo es ya el traer una escalera al lugar donde se piensa cometer el robo, esterilizar los instrumentos con los que se pretende realizar un aborto ilegal o incendiar una casa para defraudar a la Compañía de Seguros? En todo caso, aunque la fórmula francesa no sea fácil de aplicar, representa un esfuerzo para vincular la tentativa con una definición sustantiva que, al ser dotada de contenido material, evita el peligro que podría tener una norma más elástica que los jueces pudieran aplicar a cualquier conducta que les disgustara.

Sin embargo, dicha vinculación con el delito consumado no es suficiente. El mismo razonamiento que convierte la tentativa en un delito distinto, lleva también a adelantar la exigencia de responsabilidad a etapas incluso anteriores a la ejecución. Si no hay que esperar a que se produzca el daño, tampoco hay por qué esperar a que «esté a punto» de producirse. Mucho mejor todavía sería atrapar al delincuente potencial antes de que tenga siquiera la oportunidad de comenzar a ejecutar el delito. Sin embargo, la mayoría de los Códigos penales occidentales trazan, en principio, un límite entre preparación y tentativa. La mera preparación no es punible³. No obstante, algunos sistemas penales totalitarios eliminaron incluso esta restricción⁴ y el Model Penal Code pone el límite del concepto de tentativa en un momento tan lejano («cualquier paso sustancial» hacia la comisión del delito) que, virtualmente, cualquier acto realizado con intención de consumir el delito es

¹ Regina v. Eagleton, 6 Cox Crim. Cas. 559 (1855) («actos inmediatamente conectados con la comisión del delito»).

² StGB, art. 22: «Realiza tentativa de un delito el que *de acuerdo con su concepción del hecho comienza la realización del supuesto de hecho (zur Verwirklichung des Tatbestands ansetzt)*».

³ Una definición similar contiene el art. 16,1 del Código penal español de 1995: «Hay tentativa cuando el sujeto *da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...*».

⁴ Véase, por ej., English Criminal Act, 1981, art. 1(1) (la tentativa requiere «un acto que es más que meramente preparatorio para la comisión del delito»).

⁵ En el Código penal ruso art. 30(1) y (2), la preparación sólo es punible en caso de delitos «graves» y «muy graves».

ya suficiente⁵. Hay muchos Códigos penales en Estados Unidos que prevén ya penas de prisión para cualquier acto realizado con propósito criminal⁶.

El fin de proteger a la sociedad lleva a esta desmesurada exigencia de responsabilidad en estadios en los que el designio criminal está todavía muy lejos del daño.

I. La búsqueda del delito primario

Históricamente la tentativa se deriva del delito consumado. Pero una vez que fue reconocida como uno de los conceptos básicos de los Códigos penales decimonónicos, los penalistas teóricos comenzaron a preguntarse, por lo menos en relación a algunos delitos, si no sería bueno convertir la tentativa en el concepto por excelencia del delito. En los casos de producción de consecuencias dañosas —homicidio, incendio, daños—, el sujeto puede hacer todo lo que está de su parte para producir el resultado y, a pesar de ello, no producirse éste. Dispara para matar a alguien, pero el disparo da en la pared. Tira una bomba contra un edificio, pero la bomba no explota. Le da un hachazo a su enemigo, pero no lo alcanza. Este elemento accidental que se da en los delitos de consecuencias dañosas, y que hace que a veces éstas no se produzcan, permite plantear si realmente no sería la tentativa el tipo básico del delito, y la consumación sólo un efecto posterior aleatorio.

Nuestra sensibilidad ordinaria nos dice que, desde luego, es peor matar que disparar con ánimo de hacerlo y errar el tiro. El homicida que consigue su propósito merece una pena mayor que el no consigue realizarlo. O al menos esto es lo que piensa el hombre de la calle. Tanto en el Derecho, como en el baloncesto, la regla usual es: si no hay daño, no hay falta. Nadie con una sensibilidad ordinaria pedirá la pena de muerte para un mero intento de matar. Pero, a pesar de ello, muchos destacados penalistas, por lo menos en el mundo de habla inglesa, mantienen el criterio de que la consumación del delito intentado es una

⁵ MPC art. 5,01(1)(c). En su preocupación por limitar la responsabilidad a actos cercanos a la consumación, el MPC incluye un catálogo de actos preparatorios que «no deben ser considerados un paso sustancial» para la misma.

⁶ Así, por ej., el Código penal de Illinois, art. 8-4(a); Estatuto de Oregón, art. 161.405.

mera cuestión de posibilidades y que, por tanto, no debe ser castigada más gravemente que la tentativa⁷.

El argumento básico para esta posición comienza con la muy atendible premisa de que la pena debe ser impuesta en base a la responsabilidad o culpabilidad. De aquí se deduce un punto más controvertido: la única base fiable para determinar la culpabilidad son las acciones que pueden ser controladas —es decir, lo que podemos conseguir con seguridad con un movimiento de nuestro cuerpo, como hablar, apretar el gatillo del revólver, echar veneno en el café o poner una bomba—. En este concepto no se incluyen las consecuencias que pueden producir estas acciones que también puedan producirse con la intervención de fuerzas naturales. Según la lógica de este argumento, estas consecuencias posteriores no pueden ser cargadas en la culpabilidad del sujeto. Este es el razonamiento que lleva a muchos sesudos penalistas a sostener el criterio de que el delito primario es la tentativa —es decir, lo que el sujeto puede controlar— y que el fundamento del castigo debe ser, por tanto, también la tentativa y no los efectos posteriores a la misma.

El criterio más tradicional, en cambio, para la determinación de la antijuricidad, parte del daño producido, y pregunta: ¿quién es responsable de este daño y en qué extensión? La tentativa es sólo una mera aproximación a este daño, sólo crea un riesgo del daño y, por tanto, debe dar lugar a un menor grado de antijuricidad, lo que, a su vez, implica una pena más leve^{8, *}.

La búsqueda del delito primario implica, pues, dos concepciones diferentes del delito. La basada en la culpabilidad centra exclusivamente su atención en el sujeto que ha expresado su propósito criminal y ha comenzado a llevarlo a cabo; si la acción provoca efectivamente una

⁷ Véase Sanford Kadish, Prólogo a *The Criminal Law and the Luck of the Draw*, U. Crim. L. & Crim. 84 (1994) pág. 679; Joel Feinberg, *Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad but Instructive Arguments Against It*, Ariz. L. Rev. 37 (1995) pág. 117. El art. 5,05(1) del MPC dice que, excepto en los casos de delitos más graves, la tentativa debe ser tratada como un «delito de los más graves» y considerada de la misma entidad que el delito consumado.

⁸ En Escocia, R.A. Duff se ha convertido en uno de los más destacados representantes de la teoría «objetiva» de la tentativa en el mundo de habla inglesa; véase R.A. Duff, *Criminal Attempts* (1996), págs. 348-349; también Lawrence Crocker, *Justice in Criminal Liability: Decriminalizing Harmless Attempts*, Ohio St. L. Rev. 52 (1992), pág. 1057; véase además mi *Rethinking*, págs. 139-146.

* En el Código penal español, la pena de la tentativa del delito debe ser siempre una pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado (cfr. art. 62).

víctima o perturba la paz, es irrelevante. Lo que importa es la potencialidad de la tentativa para producir el daño continúa en su progresión hacia su ejecución. El mal de la tentativa reside en su desafío a las normas jurídicas existentes para proteger los intereses de otros.

La concepción basada en el daño coloca en el centro a la víctima. El mal de la ofensa reside en el homicidio, en la violación, en el incendio; es decir, en la producción del daño a un individuo concreto. Cuando no hay una víctima efectiva, sino puramente potencial, hay por definición un menor grado de antijuricidad.

Desde el punto de vista psicológico, es verdad que aquéllos que no llegan a producir el daño tienen menos sentimientos de culpa y remordimiento⁹. Raskolnikov, el protagonista de la famosa novela de Dostoyevsky *Crimen y Castigo*, vive atormentado por haber matado a una anciana a la que quitó su dinero. Si la hubiera intentado matar y no lo hubiera conseguido, probablemente no hubiera tenido los mismos sentimientos de culpa. El remordimiento prueba la conexión existente entre la realización de un hecho injusto y el daño producido a la víctima. La existencia de una verdadera víctima a la que se ha dañado irreversiblemente, por ej., matándola, produce una respuesta humana radicalmente diferente que la que se produce cuando meramente se infringe una norma jurídica.

Aquellos que defienden que la tentativa debe ser el delito primario, y el delito consumado un mero efecto posterior contingente, deben en consecuencia mantener también que el daño producido es irrelevante en la determinación de la culpabilidad. De aquí se deduce la idea de que ya el hecho de crear un riesgo negligente o imprudentemente constituye en sí mismo un delito. Y efectivamente, el MPC contiene un delito general de puesta en peligro temeraria que ha encontrado eco en muchos Códigos penales¹⁰. Este delito podría, por ej., aplicarse a casos como el de disparar una pistola en un vagón del Metro repleto de gente. La tentativa está siempre vinculada a un delito consumado —de asesinato, de incendio, de lesiones, de violación—, pero el delito de puesta en peligro temeraria tiene su propia autonomía. No se puede, por ej., ser al mismo tiempo responsable de lesiones consumadas y de tentativa de

⁹ Véase *Rethinking*, págs. 482-83; Duff, *Intention, Agency, and Criminal Liability* (1990), págs. 338-341.

¹⁰ El MPC, art. 211,2, considera, como delito menos grave, causar temerariamente («recklessly») «peligro de muerte o de lesión corporal grave».

esas mismas lesiones, ya que las primeras derivan de las segundas. Sin embargo, sí es posible ser responsable de un delito autónomo de peligro y de un delito consumado de homicidio o de lesiones. Por eso, en el caso Goetz la acusación fue no sólo de tentativa de asesinato o de lesiones, sino también de puesta en peligro temeraria¹¹.

Algunos sistemas legales han intentado extender la definición de tentativa a los casos de puesta en peligro, como, por ej., disparar en una habitación cerrada llena de gente, sin ánimo de herir a nadie y sin efectivamente alcanzar a nadie. En un caso fallado en Escocia en 1968, el acusado fue condenado por tentativa de asesinato por haber disparado varios tiros en una habitación en la que había cuatro personas, incluyendo su odiada suegra. El Tribunal Supremo escocés rechazó el recurso del condenado que se basaba en que la tentativa de asesinato requiere el propósito de matar¹². Quizás en otros países, como en Alemania o en España, el Tribunal hubiera simplemente apreciado la figura del *dolo eventual*, en la que se incluyen casos de puesta en peligro o de «indiferencia» respecto a si la muerte de alguien se produce o no¹³.

El Derecho americano adopta una línea más estricta en relación con el concepto de tentativa del delito¹⁴. El MPC exige, por ej., que el sujeto «tenga el propósito de realizar una conducta que puede constituir un delito si las circunstancias concurrentes fueran como él creyó»¹⁵. Supongamos, por ej., que la violación se define de tal forma que el sujeto es responsable si realiza un acto sexual creyendo erróneamente de forma

¹¹ Véase Fletcher, *En defensa propia*, págs. 123 ss.

¹² Cawthorne, (1968) *Justiciary Court* 32 (Scotland).

¹³ Véase infra lo que se dice respecto al nivel requerido para el dolo en la tentativa. Sobre la situación en Alemania, véase Cramer, en Schönke-Schröder, art. 15, num. marg. 84.

¹⁴ En España, la doctrina admite que si el delito en su forma consumada admite el dolo eventual, la misma forma vale también para la tentativa; véase, por ej., Muñoz Conde, en Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal. Parte general*, pág. 433. En ningún caso se admite una tentativa imprudente, ni una tentativa de un delito imprudente.

¹⁴ Véase, por ej., Thacker v. Commonwealth, 134 Va. 767, 114 S.E. 504 (1922) (dolo necesario para la tentativa de asesinato, pero no para el asesinato); United States v. Short, 4 U.S.C.M.A.437, 16 C.M.R.11 (1954) (con el voto discrepante de Brosman, J.) (argumentando que un error no razonable sobre el consentimiento de la víctima no sería una excusa para una violación consumada, pero sí para delito de coacciones con intención de violar).

¹⁵ MPC 5,01(1)(a).

imprudente que la mujer consiente¹⁶. ¿Se puede decir que es responsable de tentativa de violación? Si «las circunstancias concurrentes fueran como el creyó», la consumación del acto sexual no hubiera sido un delito; por tanto, el sujeto no tenía el propósito de cometerlo, por lo que tampoco es responsable del mismo¹⁷.

Paradójicamente, apenas se discute doctrinalmente sobre cuál es el nivel de intención o dolo requerido para poder hablar de tentativa. Para resolver este problema tanto legal, como jurisprudencialmente, se tienen en cuenta dos concepciones. Una primera extensiva, que comienza con el reconocimiento de que el concepto de «tentativa» funciona tanto como nombre del delito, que como guía conceptual para interpretar lo que el delito es. Es decir, como un concepto genérico, con un dolo también genérico de alcanzar un resultado delictivo. Para ser culpable de tentativa sólo hay, pues, que comprometerse en un intento. Y, para comprometerse en el intento, hay que pretender producir realmente un daño prohibido. No se trata de *intentar* matar, violar, incendiar o dañar, basta con que desde la perspectiva del autor esos daños sean efectos colaterales de la conducta. Se intenta realizar esas metas criminales cuando éste es el objetivo consciente de la acción, es suficiente, por tanto, con un dolo indirecto.

La otra concepción, relacionada con la anterior, es que sólo el dolo directo de producir el resultado constituye el dolo de la tentativa; la intención de matar tiene que ser «esencialmente asesina»¹⁸. Sólo un completo compromiso de la personalidad con la consecución de la meta criminal debe ofrecer un sustituto del daño que efectivamente se quiere producir.

A mi juicio, sólo una concepción estricta del dolo o de la intención de la tentativa refuerza la idea de que ésta es una forma excepcional de responsabilidad, la tentativa sólo puede ser precisada a través del requisito de la intención porque es un delito derivado y no primario y porque sus contornos son vagos.

¹⁶ Véase sobre este argumento empleado por mí para criticar el caso *Morgan*, supra Capítulo Nueve.

¹⁷ Otra cosa es si, admitiendo estos hechos, podría todavía ser responsable de coacciones o lesiones, ello dependerá de si se da el dolo requerido por estos delitos. Véase supra Capítulo Nueve.

¹⁸ Duff (1990), pág. 204.

II. Conspiración, delitos consistentes en la posesión de un objeto, delitos de peligro

El principio representado por la tentativa del delito ha servido, además, como modelo de definición de otros delitos que no requieren tampoco la producción de un daño. La idea que preside la configuración de estos delitos es la de que es mejor para el Estado intervenir antes de que se produzca el daño efectivo. Los casos más representativos de este modelo, para exigir responsabilidades antes de que se produzca un daño, son la *conspiración* — que no exige más que el acuerdo de cometer el delito— y los *delitos que consisten en la posesión de algún objeto*. La conspiración constituye un trasplante al *Common Law* de un modelo surgido en el Derecho privado y se ha convertido en un instrumento decisivo en la persecución del crimen organizado, aunque todavía hay muchos Códigos penales europeos que desconocen esta forma genérica de incriminación de la asociación para delinquir. (Véase infra Capítulo Once).

También los delitos consistentes en la posesión de algún objeto se derivan del concepto jurídico de tentativa y constituyen, igualmente, un estadio en la progresión que va desde el comienzo hasta la realización del daño. Las formas más comunes de este tipo de delitos son la posesión ilegal de armas y drogas, aunque también hay otras modalidades de posesión delictiva como la de moneda falsa y la de medios audiovisuales y programas de ordenador falsificados. El delito consiste en la posesión misma, y el elemento subjetivo requerido por el mismo es el conocimiento de que se tiene la posesión de bienes prohibidos aunque, a veces, como sucede en el Derecho penal alemán, se llega a castigar también la posesión imprudente en el caso de posesión de drogas.

El principal problema que plantean estos delitos es que son demasiado amplios, incluyendo casos en los que ni tan siquiera hay un daño potencial. Un ejemplo de ello es la posesión de útiles para el robo, que, a diferencia de lo que sucede con la de drogas o la de armas, sólo puede llegar a ser peligrosa en muy concretos casos. Por esta razón, los Tribunales de Justicia en Estados Unidos siempre han sido muy escépticos respecto al castigo de estos delitos, que en algunos Códigos penales han sido, incluso, eliminados^{19, *}.

¹⁹ *Benton v. United States*, 232 F.2d 341 (D.C.Cir.1956) (declarando inconstitucional una ley que prohibía la posesión de instrumentos que «razonablemente pueden ser empleados en la comisión de cualquier delito»). También en Alemania

La comisión imprudente o temeraria de un hecho ilícito ha generado su propio marco de responsabilidad, que se refleja en los llamados *delitos de peligro*. Así, por ej., la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas y las infracciones de tráfico en general se castigan en la medida en que generan el riesgo de un daño, se trata de un riesgo general basado en la experiencia de muchos y no sólo de un único caso.

Una concepción de la tentativa como modelo básico de delito refuerza la tendencia general a castigar delitos como la posesión de drogas y la conducción temeraria. Y esa tendencia a la intervención, antes de que el daño ocurra, favorece también el que estos delitos sean cada vez más los instrumentos básicos del moderno Derecho penal. No obstante, su estructura revela que, en el fondo, no son más que tentativas derivadas del modelo del delito consumado.

la sentencia del *Landsgericht* de Heidelberg, 2 octubre 1958, NJW 1959, pág. 1932, se negó a aplicar una ley que prohibía la posesión de instrumentos para el robo.

* En España, un precepto similar que contenía el art. 509 del anterior Código penal fue declarado inconstitucional, por STC 8 junio 1988, por vulnerar el principio de presunción de inocencia, ya que el precepto exigía que fuera el acusado el que diera «descargo suficiente sobre su adquisición o conservación» (sobre esta regulación, véase Muñoz Conde, *Derecho penal*, Parte especial, 7ª ed., 1988, págs. 241 ss.). Posteriormente en 1989 se reformuló el precepto exigiendo que los instrumentos estuvieran «especialmente destinados para ejecutar el delito de robo», lo que obligaba a la acusación a tener que probar esta finalidad. En el Código penal de 1995 tal precepto ha sido suprimido, pero se mantienen preceptos similares en relación con la tenencia de medios destinados a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador (art. 270,3), o la de instrumentos destinados a cometer delitos de falsedad documental, pero la exigencia de que sean «específicamente destinados a la comisión de delitos» despeja algunas de las reservas expresadas anteriormente respecto a la constitucionalidad de tipos similares en el anterior Código penal. Una cuestión diferente es la posesión de un objeto prohibido, en sí misma impune, que es, sin embargo, punible cuando se destina a realizar otra conducta punible, me refiero, concretamente, a la posesión de drogas que sólo es punible si es para realizar alguna de las conductas descritas en el art. 368 (tráfico de drogas en sentido amplio), pero no cuando lo es para el propio consumo. Normalmente, la posesión de cantidades que excedan de las normales para el consumo propio, se considera posesión para el tráfico (véase Muñoz Conde, *Derecho Penal*, Parte especial, 11ª ed., 1996, pág. 571). Pero en este caso se trata de un problema de libre valoración de la prueba más que de un problema de punibilidad de actos preparatorios en sus límites con la tentativa.

III. La estructura de la tentativa: los casos de imposibilidad

El castigo de la tentativa abre una ventana a uno de los problemas más básicos de la responsabilidad criminal, y ya hemos mencionado los problemas que crea, desde el punto de vista del principio de legalidad, trazar los límites de la tentativa. No hay una línea que marque con precisión los límites entre la preparación impune del delito y la ejecución ya punible del mismo. De algún modo, todos sabemos que la tentativa es un acto en el que el propósito de cometer el delito excede de la producción del daño. La esencia de la tentativa es, por tanto, la intención, el dolo, no la acción.

Pero la concepción tradicional de la legalidad se basa en las acciones dañosas, no simplemente en la intención criminal. Ya en el siglo XIX, los juristas anglosajones defendían firmemente el criterio de que la tentativa se basaba en la acción dañosa. Por ej., Oliver Wendell Holmes, Jr., expresaba muy bien este punto de vista haciendo un listado de las variantes que, a su juicio, deberían utilizarse para trazar los límites de la tentativa criminal: «la proximidad del peligro, la magnitud del daño, el grado de aprehensión»²⁰. ¿Pero cuál es el nivel de peligrosidad que debe alcanzar el acto para ser relevante penalmente? Obviamente no es posible dar una respuesta precisa a esta cuestión, pero, al colocar el énfasis en el peligro, se destaca la importancia de la idea de la tentativa como un evento relativo, señalando la erupción de una amenaza real para la víctima.

Ya en este siglo, se ha producido una sutil modificación en el concepto de peligro percibido en la tentativa criminal. Para los que son partidarios de adelantar el ámbito de la responsabilidad, la cuestión no es si el acto es peligroso para una víctima potencial, sino si el actor es peligroso para la sociedad como un todo. Así lo expresaron quienes redactaron el MPC: «La premisa básica aquí es que la mente del actor es la mejor prueba de su peligrosidad»²¹. El cambio del acto a la mente coincide,

²⁰ Holmes, *The Common Law* (1889) pág. 68; cfr. *Commonwealth v. Kennedy*, 170 Mass. 18, N.E. 770 (1897).

²¹ Wechsler, Jones & Korn, *The Treatment of Inchoate Crimes in the Model Penal Code of the American Law Institute: Attempts, Solicitation and Conspiracy*, Colum.L. Rev. 61 (1961), págs. 571, 579. Cfr. MPC art. 5,01, Comment pág. 32 (Tent. Draft N°. 10, 1960).

pues, con el cambio de atención de la amenaza que representa la acción peligrosa a la peligrosidad de la gente misma.

Ese cambio es más evidente en los casos en los que el actor pretende causar un daño, pero su acción no constituye, de hecho, un concreto peligro, como ocurre cuando el sujeto dispara una pistola sin saber que está descargada; o cuando roba una cartera vacía; o compra polvo de talco creyendo que es heroína. Son los casos de tentativa imposible o, como se dice con otra terminología, inidónea. En realidad, se puede decir que toda tentativa es imposible: si hubiera tenido mejor puntería y la víctima no se hubiera movido, el asesino hubiera conseguido, desde luego, su propósito; pero vistas las cosas como sucedieron en realidad (el disparo salió desviado, la víctima se movió), la tentativa no tenía posibilidades de convertirse en delito consumado. Pero lo que la gente cree cuando habla de tentativa imposible es que algún obstáculo específico impide la consumación del delito: el revólver no está cargado; la cartera está vacía; el polvo blanco es sólo eso, polvo. Si estas circunstancias hubieran sido otras, el resultado sí se hubiera producido.

Todos los sistemas legales parecen estar de acuerdo en que la tentativa imposible es punible si la conducta misma produce aprehensión o genera aprehensión en la mente de un observador ideal. Por ej., si alguien dispara a la cama en la que normalmente duerme la persona a la que pretende matar, es probable que un Tribunal lo considere responsable de tentativa de asesinato²². De ello se deduce que apretar el gatillo de una pistola sin balas, con ánimo de matar a alguien, también debería ser suficiente para fundamentar una tal responsabilidad. Este sería el criterio a seguir también en los casos de apoderamiento de carteras vacías, aunque en el siglo XIX la jurisprudencia era poco favorable a condenar en estos casos²³. Desde luego, meter la mano en el

²² *State v. Mitchell*, 170 Mo.633, 71 S.W.175 (1902). Sentencia de 12 abril de 1877, *Recueil Sirey* 1877, I.329 (Cour de Cassation Francesa).

²³ Un Tribunal prusiano consideró que no era punible la entrada en una casa para robar un objeto que no se encontraba allí (Sentencia del Tribunal Supremo Prusiano de 22 febrero 1854; GA 1854, pág. 548). Años más tarde un Tribunal inglés consideró que no era punible meter la mano en un bolsillo vacío con ánimo de apoderamiento (*Regina v. Collins*, 169 Eng. Rep. 1477 (Crim. App. 1864); pero un Tribunal francés llegó a una conclusión distinta (sentencia de noviembre de 1876, *Recueil Sirey* 1877, I.48). El precedente inglés del caso *Collins* fue modificado por el caso *Regina v. Ring*, 17 Cox Crim. Cas. 491 (C.C.R. 1982). También los Tribunales alemanes admiten la punibilidad en estos casos. *) Sobre España véase infra nota (*) después de nota 31.

bolsillo vacío o coger la cartera vacía de alguien, revela el propósito de cometer un hurto y la conducta es una forma paradigmática de invadir la posesión ajena²⁴. El que finalmente no pueda el sujeto apoderarse de nada de valor no impide el peligro evidente que se refleja en dicha acción.

El punto más controvertido en la teoría de la tentativa no son, sin embargo, estos casos de manifiesto peligro, sino aquellos en los que la acción en sí misma es totalmente inocua. Casos como el del sujeto que compra polvo de talco, creyendo que es heroína; o el del que pone azúcar en el café, pensando que se trata de un veneno; o el del que administra un producto inocuo a una embarazada pensando que es un abortivo. En estos casos, las acciones en sí inocuas sólo podrían ser consideradas delictivas en base a la intención que tiene el sujeto que las realiza; desde luego, si los hechos fueran como el sujeto cree que son, la conducta sería claramente criminal.

En el siglo XIX y a comienzos del XX los Tribunales empezaron a sentir que no era justo imponer una pena en estos casos. Así, por ej., un Tribunal francés consideró que suministrar un producto inocuo a una embarazada no podía constituir delito de aborto²⁵. A la misma conclusión llegaría medio siglo más tarde un Tribunal inglés²⁶. Un Tribunal americano absolvió también a uno que pretendía matar con un producto no venenoso²⁷, aunque otros tribunales americanos condenaban cuando el resultado letal no se producía porque la dosis de veneno era insuficiente²⁸.

En cambio, en Alemania, a finales del siglo XIX, el Tribunal Supremo Imperial (Reichsgericht) consideraba punibles todos los casos en los que, independientemente de que la acción fuera o no inocua, el sujeto pretendía cometer un delito y actuaba sobre la base de esa intención. Así, por ej., en el primer año en que aparece la colección en la que se recogían las sentencias pronunciadas por dicho Tribunal (1880), hay ya decisiones en las que el Tribunal Supremo condenaba por tentativa de aborto, aunque en el caso en cuestión se había empleado un producto claramen-

²⁴ Para más detalles véase mi *Rethinking*, págs. 146-157.

²⁵ Sentencia 6 enero 1859, Recueil Sirey 1859, I. 362.

²⁶ Regina v. Osborn, 84 J.P. 63 (1920).

²⁷ State v. Clarissa, 11 Ala. 57 (1847) (esclavo que quiso matar a su amo con una hierba inocua).

²⁸ Commonwealth v. Kennedy, 170 Mass. 18, 48 N.E. 770 (1897); State v. Glover, 27 S.C. 602, 4 S.E. 564 (1888).

te no abortivo²⁹, o por tentativa de infanticidio en un caso en el que se había pretendido matar a un niño recién nacido que ya había nacido muerto³⁰. Para llegar a estas decisiones, el Tribunal adoptó la línea de que la mala intención era suficiente para fundamentar la responsabilidad penal, por más que la doctrina de la época se opusiera a esta tesis manteniendo una postura objetiva en relación con la punición de las acciones inocuas³¹.

Este énfasis en la intención o dolo como núcleo del delito anticipaba una característica central de la teoría del Derecho penal que luego se mantuvo durante el Nacionalsocialismo *que destacó sobre todo la importancia de la actitud interna del delincuente (Gesinnung)* como la esencia de la criminalidad. A partir de 1933 los penalistas alemanes profundizaron esta línea ideológica abandonando sus esfuerzos por refinar el lado objetivo externo de la responsabilidad por tentativa. La teoría subjetiva siguió siendo dominante todavía después de la Segunda

²⁹ Sentencia 24 mayo 1880, RGSt 1, 439.

³⁰ Sentencia 10 junio 1880, RGSt. 1, 451.

³¹ Ya en 1906 Andreas Thomsen, *Das Deutsche Strafrecht* (1906), págs. 81-82, destacaba que al comienzo la teoría del Reichsgericht era subjetiva, mientras que en la doctrina era dominante la tesis de Von Liszt que excluía de la punibilidad los casos de tentativa absolutamente imposible.

* En España, tradicionalmente, en base a la amplitud con la que estaba redactado el art. 52,2 del anterior Código penal, que declaraba punibles expresamente los supuestos de «imposibilidad de ejecución o de producción del delito», se llegó a soluciones punitivas excesivas, sobre todo en materia de delito imposible de aborto (véase Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed., pág. 89; también en Muñoz Conde-García Arán, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., pág. 439. Sobre la tentativa en hurto en caso de inexistencia de botín, Muñoz Conde, *Parte especial*, 11ª ed., 1996, p. 320. Para una exposición global de la tesis jurisprudencial seguida en estos casos de imposibilidad, véase Farré Trepas, *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986, págs. 371 ss.). La situación debe cambiar obviamente con la redacción del art. 16,1, que expresamente destaca que los actos deben «objetivamente» producir el delito, lo que debe entenderse más como una reacción frente al carácter marcadamente subjetivista de la regulación y la jurisprudencia anterior, destacando al mismo tiempo el carácter inocuo de la tentativa supersticiosa, irreal, etc. A la vista de las tendencias subjetivistas expuestas en el texto de la jurisprudencia anglosajona y alemana, así como de la jurisprudencia tradicional española, la expresión «objetivamente» debe, por tanto, valorarse positivamente y como un límite para la praxis y la teoría demasiado proclives, sobre todo en temas en los que ideológicamente se quiere aumentar el nivel de represión, a extender la punibilidad a casos de mera «mala voluntad exteriorizada» sin mayor relevancia desde el punto de vista del bien jurídico protegido.

Guerra Mundial e, incluso, en la nueva Parte General del Código penal alemán que entró en vigor en 1975. La forma en que el actor percibe el mundo sigue ocupando el lugar del mundo tal como éste es. El acto de tentativa debe ser, pues, según la teoría subjetiva, juzgado desde el «punto de vista del actor»; esto significa que si éste cree que el polvo que compra es heroína o que echa veneno en el café, su conducta debe ser juzgada conforme a esos hechos. Por tanto, para esta concepción es irrelevante que no haya un peligro actual para nadie en estas acciones y tampoco una conmoción en la comunidad.

Se puede caer en la tentación de considerar que esta concepción de la doctrina alemana tras la Segunda Guerra Mundial no viene sino a ser la continuación del *Gesinnungsstrafrecht* (Derecho penal de la actitud interior) del Nacionalsocialismo. Esto podría ser también comprometido para los juristas americanos cuyos representantes más cualificados a partir de los años 50 llegaron a la conclusión de que los casos de tentativa imposible debían ser juzgados conforme «a las circunstancias que el actor consideraba que se daban»³². El MPC va incluso más allá que el Código penal alemán de 1975 y penaliza cualquier acción u omisión que el actor considera como «estadio sustancial» hacia la comisión del delito. Después de todo, los alemanes requieren que el sujeto de la tentativa conciba su acción, tal como se formula en la tradicional expresión en Europa, como el «comienzo de la ejecución del delito»³³.

En la doctrina contemporánea se justifica esta acentuación del aspecto interno de la actitud del actor diciendo que una acción intencional de dañar a otro es ya una rebelión contra el Ordenamiento jurídico; con su decisión de cometer el delito, y su actuación para conseguirla, el sujeto se rebela contra la comunidad. O dicho con el lenguaje pragmático de los redactores del MPC, la persona que revela su hostilidad contra los derechos de otros es demasiado peligrosa como para ser tolerada. El propósito del Derecho penal es proteger los derechos de los honrados ciudadanos reaccionando contra los que se revelan como enemigos del Orden jurídico. La idea que está detrás de esta concepción expansiva de la tentativa del delito es, por tanto, la de una política social beligerante que ha llegado incluso a provocar condenas de prisión perpetua para los delincuentes que han cometido por tercera vez un delito³⁴.

³² MPC art. 5,01(1)(c).

³³ Véase supra notas 1 y 2.

³⁴ Como sucedió en California al amparo de una Ley que así lo permitía a partir del tercer delito.

Esta política («tres fallos y ya no tienes nada que hacer») revela hasta qué punto los americanos están dispuestos a aislar o confinar a los que consideran peligrosos³⁵. Pero esta concepción de la responsabilidad por tentativa del delito que patrocina el MPC va tan lejos que cuesta trabajo tomársela en serio. Supongamos que un socorrista aconseja a un nadador que no se bañe en el mar turbulento y que, luego, al ver cómo el bañista, que no se tomó en serio su consejo, se está ahogando en el mar, enfadado, no hace nada por salvarlo; pero, más tarde, diez minutos después, cambia de idea y le echa un salvavidas; sólo entonces se da cuenta de que todo era una broma de mal gusto que le había gastado el bañista. Pues bien, por más que cueste creerlo, según el criterio establecido en el MPC el socorrista podría ser responsable de tentativa de asesinato. Efectivamente, en este caso, el socorrista omite intentar realizar una acción de salvamento a la que estaba obligado y lo hace conforme a unas «circunstancias que creía se daban» en ese momento, por tanto, realiza un paso sustancial hacia el resultado que pudo ser la muerte por ahogamiento del nadador. Sin embargo, en el Derecho alemán ni siquiera desde el punto de vista del socorrista se puede decir que haya comenzado la ejecución del acto³⁵.

³⁵ Ese carácter belicista contra el delincuente habitual y multirreincidente se encuentra también en algún sector de la doctrina penal europea de finales del siglo XIX y principios del XX. Así el propio Von Liszt proponía en su Programa de Marburgo la «inocuidación» de los delincuentes incorregibles y en los Proyectos de Código penal alemán durante la República de Weimar se preveía para ellos medidas de seguridad de internamiento ejecutables una vez cumplidas las penas y como prolongación de éstas. Esta tendencia culminó después del advenimiento de Hitler al poder en 1933, con la introducción en el Código penal de medidas para el delincuente peligroso habitual que fueron cumplidas en los campos de concentración de los que ninguno salió con vida (véase Frommel, *La lucha contra la delincuencia en el Nacionalsocialismo*, traducción de Muñoz Conde, en Estudios penales y criminológicos, XVI, Santiago de Compostela, 1993, págs. 5 ss.; Muñoz Conde, *Política criminal y Dogmática Jurídico-penal en la República de Weimar*, en Doxa, 15-16, vol. II, Cuadernos de Filosofía y Derecho, págs. 1.026 ss.). Una tendencia parecida se observó en el positivismo científico que se reflejó en leyes que permitían la esterilización de enfermos mentales en muchos Estados de los Estados Unidos y algunos europeos, especialmente en la Alemania nazi. Véase al respecto, Muñoz Conde, *La esterilización de deficientes psíquicos, comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 julio 1994*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, num. 2, enero-junio 1995, págs. 185 ss. (hay también versión al inglés en la misma revista).

³⁵ La doctrina alemana no tiene inconveniente en extender su teoría subjetiva de la responsabilidad a la tentativa imposible en la omisión. Sobre la tentativa en el delito de omisión, véase Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5ª ed., págs. 638-639.

Esta concepción expansiva de la tentativa que tiene el MPC no hubiera sido posible si sus redactores no hubieran tenido en cuenta el modelo americano que permite una cierta discreción al Ministerio Fiscal a la hora de acusar según se trate de casos graves o de casos menos graves. Pero, incluso admitiendo esto, ¿cuál sería el criterio que ofrece el MPC para seleccionar los casos de tentativa que realmente merecen la sanción penal? Presumiblemente, sólo con juicios arbitrarios se puede determinar quién es peligroso y constituye una auténtica amenaza para el orden social. Desde luego, en nuestro ejemplo del socorrista se puede pensar en otros muchos factores en su vida que no se expresan en su encuentro con el nadador que desoyó su consejo.

Los redactores del MPC no tuvieron inconveniente en dirigir el Derecho penal hacia los sujetos peligrosos en vez de hacia los actos peligrosos³⁶. No tuvieron en cuenta que este cambio significaba una radical ruptura con el punto de partida de un principio básico de la jurisprudencia liberal de que el Derecho penal y la pena deben aplicarse a las acciones haciendo abstracción de las historias personales y de las tendencias de los que las realizan. La gente se convierte en delincuente por lo que hace, no por el daño que pueden llegar a hacer. El MPC refleja, por tanto, la misma ideología que ya en los años 50 condujo a adoptar principios tan draconianos como el de «tres fallos y ya no tienes nada que hacer», para defenderse de la gente que se considera peligrosa.

Son dos, pues, en resumen, los principios antiliberales que llevan a muchos juristas a castigar tentativas inocuas, perfectamente inocentes y no peligrosas. El primer principio es basar el Derecho penal en la actitud de hostilidad mostrada por el sujeto hacia las normas legales. El segundo principio es dirigir la atención del Derecho penal al autor en lugar de a la acción. A su vez estos dos principios se relacionan entre sí: la gente que muestra una actitud de hostilidad hacia las normas del sistema son asimismo peligrosos y deben, por tanto, ser encarcelados para proteger los intereses de los demás.

Pero los sistemas jurídicos conocidos no llevan estos principios antiliberales hasta sus últimas consecuencias lógicas. Por ej., una coherencia absoluta con estos dos principios basados en la hostilidad hacia el orden jurídico y en la peligrosidad de la persona conduciría a

³⁶ Cfr. supra.

exigir responsabilidad en dos áreas que a cualquiera les pueden parecer opuestas. En primer lugar, también los que intentan matar a otro utilizando medios supersticiosos, magia negra y cosas similares, satisfacen estos dos desiderata. Sin embargo, en todos los sistemas jurídicos occidentales existe consenso en que no debe haber responsabilidad, independientemente de la malicia o de la firmeza del intento, por pinchar alfileres en una muñeca o por rezar salmos para hacer desaparecer al enemigo de este mundo³⁷. Desde luego, algunos creen, sin pruebas, que esas prácticas supersticiosas pueden ser tan efectivas como otros medios de eficacia causal comprobada científicamente. Pero, en el fondo, la razón que hace que estos hechos no sean punibles es que producen más risa que conmoción a cualquier persona avezada. *In extremis*, el principio tradicional se reafirma: la conducta debe parecer peligrosa y perturbar a la comunidad como un todo³⁸.

La misma coherencia extrema con el principio basado en la hostilidad peligrosa hacia el orden jurídico debería llevar también a la punibilidad de los que piensan que cometen un delito que en realidad no es tal. Supongamos que alguien miente a un policía creyendo que comete falso testimonio. O que alguien tiene una relación sexual con una mujer pensando que aún no tiene edad para poder consentir libremente, pero en realidad ya ha cumplido esa edad. En los sistemas jurídicos occidentales no se exige ninguna responsabilidad penal en esos casos. Se dice que el delito no es legalmente posible y, por tanto, es un *delito putativo*, *illusionary offense*, *Wahndelikt*, etc. Lo que en el fondo se quiere decir con estas expresiones es que realmente no existe una amenaza para el interés jurídicamente protegido³⁹.

³⁷ W. LaFare & A. Scott, Jr., *Criminal Law* 2ª ed., 1986, pág. 17 sentencia 21 junio 1900, RGSt 33, 321; Eser en Schönke-Schröder, comentarios al art. 23, num. marg. 13; *People v. Ellmore*, 128 II. App. 312, 261 N.E. 2d 736 (1970) (dictum). Pero cfr. MPC art. 5.01, comentario en p. 38 (Tent. Draft No 10, 1960), art. 5.05(2), (permitiendo un castigo discrecional).

³⁸ Este estándar es también ambiguo: La «comunidad como un todo» se expresa en las observaciones de una hipotética persona que representa las tendencias generales en aquel momento y lugar.

³⁹ Según el MPC, si del acto se deduce que es «muy poco probable que produzca el resultado» de la consumación del delito, la responsabilidad debe ser resuelta por una investigación judicial sobre si el sujeto «representa un peligro público» (cfr. art. 5.05(2)). De su redacción parece desprenderse que en el precepto se incluyen tanto el delito imposible como la tentativa irreal o supersticiosa, aunque los comentaristas de éste opinan que estos casos deben quedar exentos de pena, salvo que el autor

La exención de pena para estos delitos putativos es, desde luego, difícil de comprender con los principios antiliberales anteriormente expuestos. También el delito putativo es un caso en el que el sujeto muestra su hostilidad hacia el orden jurídico y por esta razón sería tan peligroso como el que, por razones puramente fácticas, no pudo consumir el delito. Supongamos que en el caso del falso testimonio putativo el error no es sobre el carácter de la autoridad ante la que declara falsamente, sino sobre la propia falsedad del testimonio. O que en el caso del abuso de menores el error del sujeto fuera que la joven con la que tiene la relación sexual no tiene la edad legalmente requerida para poder consentir válidamente, pero en realidad ya tiene esa edad. En estos casos no estamos ya ante un delito putativo, sino ante un delito imposible que, con un criterio subjetivo, podría perfectamente ser condenado. A más de uno le puede parecer ridículas estas distinciones, y desde luego pueden serlo en la medida en que no haya entre ellas diferencias materiales. Son, pues, las diferencias materiales las que, en definitiva, importan a la hora de determinar la responsabilidad por tentativa de delito⁴⁰.

Estos ejemplos demuestran que las tensiones filosóficas existentes en relación con la determinación del concepto jurídico de tentativa aún carecen de una solución adecuada. La tendencia en algunos países occidentales es ampliar la punibilidad de estas conductas en base a la percepción del sujeto que las realiza. Sin embargo, esta tendencia se detiene en casos de tentativa supersticiosa y de delito putativo, aunque un criterio puramente subjetivo debería llevar también en estos casos al castigo. Pero a ello se oponen no sólo los problemas filosóficos que están en el fondo de estas cuestiones, sino también la propia resistencia de los Tribunales de algunos países a admitir el criterio subjetivo dominante en Alemania y América⁴¹.

constituya un «peligro público» (véase Comentarios al MPC art. 5,01, Tent. Draft N° 10, 1960). Sobre la situación en Alemania, véase sentencia de 1 de julio de 1959, BGHSt 13, 235 (el sujeto creyó erróneamente que falsificar una cartilla de racionamiento podía ser una falsedad documental; se consideró que no había tentativa).

⁴⁰ Sobre la situación en España con la regulación del Código penal anterior en su art. 52,2, véase supra nota *) después de nota 31.

⁴⁰ Sobre esta teoría véase *Rethinking* págs. 146-147.

⁴¹ Esta es también, me parece, la situación en Japón y en Italia.

IV. Desistimiento

La peculiaridad de la tentativa como delito incompleto se revela en la posibilidad de que el sujeto pueda abandonar voluntariamente el plan delictivo antes de que se produzca la consumación. En todos los Códigos penales modernos se deja exento de pena a quien cambia su intención y no llega a consumir el delito, pero no, por ejemplo, a los que ya han robado y quieren devolver el objeto robado incluso pagando una compensación.

Esta exención de pena plantea dos problemas: primero, ¿qué motivos son necesarios para el desistimiento?; segundo, ¿en qué estadio de la realización del delito es posible todavía el desistimiento? El Código penal francés, desde su originaria redacción de 1810⁴², definía la tentativa como una acción que no alcanzaba «el resultado por circunstancias independientes de la voluntad del actor». Por tanto, implícitamente, si la no consumación se debe a razones que sólo dependen de la voluntad del autor no hay responsabilidad por tentativa⁴³. Para ello es necesario que el abandono sea voluntario⁴⁴. El MPC requiere una «renuncia completa y voluntaria» al propósito criminal⁴⁴, dando luego una lista de diversas circunstancias en las que la renuncia se considera involuntaria. Entre estas circunstancias se encuentran: (1) La posibilidad de ser detenido y (2) que se haya complicado la realización del delito. También se mencionan otras circunstancias como, por ej., posponer el delito para otro momento, que hacen que la renuncia sea meramente incompleta.

La voluntariedad se convierte así en la clave para entender tanto el concepto de culpabilidad, como el desistimiento en la tentativa. Las

⁴² Decía el art. 2 del Código penal francés «si la tentativa no ha sido suspendida o no se ha producido su efecto por circunstancias independientes de la voluntad de su autor...». En la primer aparte de este artículo se define la tentativa «manifestada por el comienzo de la ejecución»; de lo que se deduce que también cabe el desistimiento incluso antes del «commencement of the execution».

⁴³ La definición que daba el anterior Código penal español en su art. 3 de la tentativa seguía el modelo francés e incluía el desistimiento dentro de la definición de la misma. Ahora el Código penal de 1995 en su art. 16,2, le da un tratamiento en un apartado independiente; véase infra nota (*) después de nota 54.

⁴³ Véase art. 224(1) del Código penal alemán.

⁴⁴ Igualmente exige el requisito de la voluntariedad del desistimiento el art. 16,2 del Código penal español («evite voluntariamente la consumación del delito»).

⁴⁴ MPC art. 5,01(4), segunda parte.

causas de exculpación tales como la enfermedad mental o la coacción personal niegan la voluntariedad y, con ello, la responsabilidad o culpabilidad por el hecho cometido. Las causas que excluyen la voluntariedad del desistimiento tienen el efecto contrario, es decir, inculpan en vez de exculpar. Desgraciadamente, estas causas excluyentes de la voluntariedad del desistimiento no han sido sistematizadas doctrinalmente, aunque se pueden agrupar bajo la rúbrica de «causas de confirmación de la tentativa». Estas causas negadoras de la voluntariedad son de gran interés teórico: plantean la misma cuestión que las causas de exculpación, sólo que en sentido opuesto, es decir, afirmando la responsabilidad en lugar de excluyéndola.

Estas causas negadoras de la voluntariedad se pueden agrupar en tres categorías: (1) el impacto de terceros; (2) el impacto de la víctima potencial; y, (3) desactivadores físicos de la consumación del delito. En general, siempre que el incentivo para el abandono proviene de terceros, el desistimiento no se considera voluntario. Así, por ej., si aparece repentinamente en escena un policía o un extraño, lo más probable es que el delincuente desista y huya del lugar. Ello no es de la suficiente entidad como para eliminar la parte de la tentativa ya realizada. Por eso, el Código penal de Wisconsin estipula que el desistimiento será eficaz en orden a asegurar la impunidad «excepto si se debe a la intervención de otra persona o a algún otro factor extraño»⁴⁵.

También la resistencia de la víctima potencial puede incidir en la efectividad del desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad. En un interesante caso de la jurisprudencia alemana, el acusado abordó a una joven, a la que no conocía, la arrojó al suelo y la intentó besar. La joven en lugar de resistirse físicamente, le prometió al acusado que si la dejaba tranquila en ese momento, no tendría ningún inconveniente en tener una relación sexual con él más tarde. Cuando ya se levantaban, pasaron por allí varias personas a las que la mujer pidió ayuda. El Tribunal de Primera Instancia consideró que había tentativa de violación, entendiendo que el desistimiento del sujeto no fue realmente voluntario. El Tribunal Supremo consideró, sin embargo, que el desistimiento había sido voluntario, porque el sujeto había desistido antes de que pasaran las personas y que sólo si lo hubiera hecho a la vista de la presencia de la mismas hubiera debido considerarse involuntario. La cuestión clave para el Tribunal Supremo era, pues, si el hecho de que

⁴⁵ Wis.Stat.Anm., art. 939.32(2).

la mujer le prometiera entregarse más tarde le hacía perder al hombre el «dominio de su decisión», pero consideró que no era así y que el desistimiento era voluntario⁴⁶.

Para el Tribunal Supremo alemán la promesa de la víctima se distingue claramente del tercer grupo de circunstancias que convierten el desistimiento en involuntario. Así, por ej., se considera involuntario el desistimiento de una violación en un caso en que el hombre abandonó su propósito al darse cuenta de que la mujer tenía la menstruación⁴⁷. La verdad es que se trata de distinciones muy sutiles. ¿Cómo calificar el desistimiento debido a que el acusado se asusta al saber que la persona a la que pensaba violar tiene el SIDA? En mi opinión, este tipo de motivos deben ser valorados negativamente y, por tanto, excluir la voluntariedad del desistimiento, pero debo confesar que estas matizaciones son demasiado refinadas y difíciles de apreciar en la práctica. La mayoría de estos casos serían considerados por los Tribunales americanos como casos de desistimiento involuntario y, por tanto, como tentativas punibles⁴⁸.

En los casos de hurto y robo, los que intentan cometerlos son disuadidos a veces por dificultades físicas o por el desencanto que les produce el escaso valor del botín. Cuando se trata de algún obstáculo físico, la jurisprudencia tiende a considerar que no hay realmente desistimiento. Pero supongamos que un atracador al ver que la persona atracada sólo lleva unos dólares en el bolsillo le dice: «Perdona; tú necesitas más el dinero que yo». ¿Es este desistimiento voluntario y, por tanto, eficaz? En la jurisprudencia alemana se consideró que en un caso de este tipo el desistimiento por el escaso botín que podía reportar el robo no eliminaba la responsabilidad por la tentativa del mismo⁴⁹.

Al final se hace difícil entender todas estas finas distinciones sin tener en cuenta las razones que hay para conceder la impunidad en caso

⁴⁶ Cfr. sentencia 14 abril 1955, BGHSt. 7, 296.

⁴⁷ Cfr. sentencia 5 octubre 1965, BGHSt. 20, 279.

⁴⁸ Véase, por ej., *People v. Crary*, 265 Cal. All 2d 534, 71 Cal. Rptr. 4578 (1968); *People v. Staples*, 6 Cal. App. 3d 61, 85 Cal. Rptr. 589 (1970); pero cfr. *People v. Graham*, 176 App. Div. 38, 162 N.Y.S. 334 (1916) (el acusado, que roció de gasolina la cama y le dijo a su hijo «no voy a hacerlo; Dios ha detenido mi mano», fue absuelto de tentativa de incendio).

⁴⁹ Véase sentencia 20 febrero 1953, BGHSt 4, 56; Eser, en Schönke-Schröder, comentarios al art. 24, num.-marg.48.