

El desistimiento en la tentativa acabada.

Lectio doctoralis

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (*)

Honorable Consejo Universitario de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Excmo. Sr. Gobernador Lázaro Cárdenas Batel, Magnífico y Excmo. Sr. Rector Jaime Hernández Díaz, autoridades, amigas y amigos, señoras y señores:

Mi *Lectio Doctoralis*, que a continuación paso a desarrollar, versa sobre el desistimiento en la tentativa acabada.

En Derecho penal no sólo se castiga el delito consumado, es decir: aquél en el que el autor consigue su propósito, lesionando efectivamente el bien jurídico protegido, sino también el que queda en grado de tentativa, es decir: aquél en el que el agente comienza la ejecución del hecho, fracasando en su intento de menoscabar el interés tutelado por la ley. Ilustrando todo ello con ejemplos: El Derecho penal no sólo considera punible que una persona dispare contra otra, matándola de un tiro en el corazón, o que un hombre tenga acceso carnal violento con una mujer (respectivamente, delitos consumados de homicidio y de violación), sino también que el autor fracase en su intento, bien porque no acierta con su disparo, que no logra alcanzar a la víctima, bien porque la mujer, ante la inminente agresión sexual, profiere gritos de socorro que logran atraer la presencia de vecinos, huyendo entonces el autor antes de que pueda perfeccionar la violación, por el miedo a ser descubierto y, eventualmente, detenido por

(*) El presente trabajo recoge, tal como fue pronunciado el 27 de octubre de 2006, mi discurso de investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. La parte dogmática de ese discurso se enmarca dentro del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU2003-06687, proyecto del cual soy el investigador principal.

quienes han acudido en auxilio de la persona amenazada (respectivamente, delitos de homicidio y de violación en grado de tentativa).

Dentro de la tentativa, los Códigos Penales suelen distinguir entre la acabada y la inacabada.

En la tentativa acabada, el autor, desde su punto de vista, ha realizado todos los actos ejecutivos que deberían causar el resultado, no consiguiendo producir éste, sin embargo, por causas ajenas a su voluntad. Un ejemplo de tentativa acabada de asesinato sería el del terrorista que logra adosar una bomba-lapa al automóvil de un tercero, que estallaría al poner en marcha el vehículo, sin que, no obstante, se produzca la explosión porque la víctima percibe algo extraño al introducir la llave de contacto, avisando entonces a la policía, que logra desactivar el artefacto, o porque la conexión de la bomba al encendido del automóvil ha sido defectuosa, razón por la cual aquélla no explota como había previsto el delincuente: en ambos casos estamos ante una tentativa acabada de asesinato, ya que el autor ha ejecutado por su parte todo lo que tenía que hacer para que sobreviniera la muerte de la víctima, fracasando en su intento por causas independientes de su voluntad (a saber: porque la víctima pudo percibir a tiempo el atentado del que iba a ser objeto, o porque el asesino no había conectado la bomba con la precisión requerida).

La tentativa inacabada tiene en común con la acabada que en ambas el autor no alcanza su propósito de consumir el delito, pero mientras que en la última el delincuente ha realizado todos los actos ejecutivos, en la primera —en la inacabada—, y desde el punto de vista del autor, a éste todavía le quedaba por llevar a cabo alguno de ellos para considerar finalizada su tarea delictiva: si al homicida un tercero le arrebató la pistola antes de que consiga disparar, estamos ante una tentativa inacabada, porque para que hubiera realizado todos los actos ejecutivos todavía le faltaba apretar el gatillo, como también se trata de una tentativa inacabada de asesinato cuando el terrorista es sorprendido por la policía, y huye, antes de conectar el explosivo al encendido del vehículo, porque esa conexión era precisamente el tramo que le quedaba por recorrer para que hubiera podido dar por concluido su plan criminal.

Una vez expuestos los conceptos de tentativa acabada e inacabada, todavía necesito ocuparme de la ulterior institución juridicopeenal del desistimiento como presupuesto para poder analizar el problema objeto de esta disertación.

El desistimiento puede ser voluntario o involuntario.

En el involuntario el resultado no se produce por causas independientes de la voluntad del sujeto, y por eso éste no merece ningún

trato favorable por parte del ordenamiento juridicopenal. Si la violación no se consuma porque, como consecuencia de que, alarmados por los gritos de socorro de la víctima, acuden otras personas a auxiliar a ésta, emprendiendo entonces el delincuente la fuga, si los ladrones abandonan el lugar del robo porque la caja fuerte que pretendían desvalijar, y en contra de lo que habían previsto, presenta dificultades casi insalvables para ser forzada, el desistimiento es involuntario porque la razón de esa marcha atrás no es producto de una decisión espontánea de los delincuentes, sino de causas ajenas a su voluntad, como lo son la presencia, con la que no se contaba, de quienes han acudido a defender a la mujer que estaba siendo víctima de la agresión sexual, o, en el caso del robo, por la imprevista circunstancia sobrevenida de que, aunque pudieran abrir el cofre, ello llevaría mucho más tiempo del que habían calculado, lo que, a su vez, aumentaría las posibilidades de ser sorprendidos por los vigilantes del establecimiento. Pero, a pesar de que previamente a la tentativa el sujeto ha consumado ya otros delitos –los tocamientos sexuales violentos como paso previo al acceso carnal fallido, los daños en la pared ocasionados para poder entrar en el edificio donde se encontraba el botín del que no han podido apoderarse–, y como la penalidad más severa de la tentativa presupone ya esos delitos consumados de menor entidad, entre los tocamientos sexuales consumados y la violación intentada, entre los daños en la pared y el robo en grado de tentativa, existe un concurso de leyes por relación de absorción, de tal manera que la pena de la tentativa de violación y de la del robo absorben la de esos delitos consumados anteriores, y el agente ya no responderá de éstos, sino únicamente de una violación o de un robo en grado de tentativa.

El desistimiento voluntario, en cambio, tiene consecuencias beneficiosas para el autor. En el caso de que, sin que se haya producido modificación alguna en las circunstancias externas, y por motivos estrictamente autónomos, el autor resuelve no consumir el delito, por ejemplo, porque, instantes antes de consumir el acceso carnal, el autor se apiada de la mujer y resuelve no violarla, o, en el supuesto del robo, al ladrón le asalta la inquietud religiosa de que está cometiendo un pecado contra el séptimo mandamiento, decidiendo, por ello, no forzar la caja fuerte, en ambos casos estaríamos ante un desistimiento voluntario de la tentativa de violación o de robo, desistimiento voluntario al que el ordenamiento penal vincula la consecuencia jurídica de que, en tal caso, queda anulada la penalidad por tentativa. Ahora bien: como al sujeto ya no se le aplica la pena más grave de la tentativa, porque ha desistido voluntariamente de ella,

entonces tampoco es posible que esa tentativa, ahora inexistente, pueda absorber la pena de los delitos previos (menos graves) consumados, por lo que el desistimiento voluntario de la tentativa no conduce a una impunidad absoluta, sino que en ese caso reaparece la responsabilidad por los abusos sexuales violentos previos ya consumados, distintos de la violación, o por los daños ya consumados que ha causado el ladrón al romper la pared del recinto donde se hallaba la caja fuerte. Expresándolo con las palabras del Código Penal español: Ciertamente que el desistimiento voluntario anula la punibilidad de la tentativa, pero todo ello, y cito ahora literalmente del artículo 16.2 de nuestro Código Penal, «sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido [el delincuente] por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

Todavía una última palabra sobre la teoría general del desistimiento voluntario. Como en la tentativa inacabada el autor no ha realizado aún todos los actos que deberían producir el resultado, en esa clase de tentativa el desistimiento voluntario adopta la forma de una omisión: si el autor, para matarla, está apuntando a la víctima con una pistola, para desistir le basta con la omisión de la acción de apretar el gatillo. En la tentativa acabada, en cambio, y al haber cometido el autor previamente todos los actos que van a causar la lesión del bien jurídico, esto es, y por ejemplo: al haber conectado ya la bomba que va a explotar cuando la víctima ponga en marcha el vehículo, el desistimiento voluntario tiene que consistir necesariamente en una acción que desbarate el plan delictivo ya completado, es decir: el autor, por ejemplo, tiene que volver al lugar de los hechos y, mediante una acción, desactivar el explosivo que, si no, e indefectiblemente, habría estallado.

Frente al Código Penal de 1973, que, al regular el delito frustrado (que ahora ha pasado a denominarse tentativa acabada), expresaba en su artículo 3º, párrafo segundo, y cito literalmente, que «[h]ay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente», el vigente Código Penal de 1995 mantiene una redacción parecida, al establecer en su artículo 16.1 que «[h]ay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», si bien añade, en el artículo 16.2, una ulterior formulación que no figuraba en el Código anterior: en ese vigente artículo 16.2 se dice ahora lo que sigue: «Quedaría

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».

Esta nueva redacción contenida en el artículo 16.2 ha condicionado un vuelco en la interpretación del Tribunal Supremo sobre cuándo debe entenderse que existe un desistimiento voluntario en la tentativa acabada, con la consecuencia de que supuestos de hecho que hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995 eran considerados tentativas acabadas no desistidas voluntariamente de asesinato o de homicidio, y a las que únicamente era aplicable la atenuante de «haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos» (art. 21.5ª del Código Penal vigente, cuyo contenido coincide, en lo esencial, con la circunstancia 9ª del art. 9º del Código Penal de 1973), han pasado a ser enjuiciados por ese mismo Tribunal Supremo como meros delitos de lesiones, ya que ha estimado que las tentativas de delitos contra la vida estaban exentas de punibilidad por concurrir un desistimiento voluntario.

Las Audiencias Provinciales españolas en distintas sentencias, y siguiendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, habían condenado por delitos contra la vida en grado de tentativa supuestos de hecho en los que el autor, con ánimo de matar, había asestado múltiples puñaladas en la cara, en el cuello y en el abdomen de la víctima, o que, igualmente con dicha intención, había disparado contra otra persona a una zona vital del cuerpo, arrepintiéndose posteriormente, avisando entonces a una ambulancia, y logrando salvar la vida al herido tras superar éste una fase crítica, apreciándose por esos tribunales de instancia, sobre la base de su conducta posterior, únicamente la atenuante de reparación del daño.

A partir de 2002 todas esas sentencias de las Audiencias Provinciales, sobre la base de un Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, son anuladas por este Tribunal, que estima que en supuestos como los descritos estamos ante una tentativa acabada de homicidio desistida voluntariamente, por lo que el autor sólo debe responder por el menos grave delito de lesiones que haya sufrido la víctima como consecuencia de la inicial acción homicida. Y así, y por sólo citar un ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2002 revoca una resolución del tribunal de instancia que había condenado por una tentativa de homicidio en un caso en el que el acusado, en el curso de una discusión con su esposa, sacó una navaja de 12 centímetros de hoja, clavándosela en el cuello, y que «a continuación, ante los gritos y la sangre que manaba de la herida, salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a

los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil», mientras el marido gritaba: «la he matado», «no te mueras», lográndose, gracias a la rápida intervención médica, salvar la vida de la mujer. De acuerdo con la interpretación que del nuevo artículo 16.2 hace el Tribunal Supremo, éste resuelve que en este supuesto la tentativa acabada ha sido desistida voluntariamente y que, en consecuencia, el marido sólo debe responder de un delito de lesiones por las heridas que sufrió la mujer.

Esta reciente doctrina del Tribunal Supremo no puede convencer por los argumentos que expongo a continuación.

Cuando el Código Penal define en su artículo 16.1 que hay tentativa acabada cuando «el sujeto... practica todos... los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor», está estableciendo con ello un *point of no return* a partir del cual ya no es posible el desistimiento. Con otras palabras: para que pueda entrar en juego el desistimiento voluntario se exige previamente, en ese artículo 16.1, que no haya sido el azar el que ha decidido la no producción del resultado, sino únicamente una causa reconducible al autor, esto es: una causa exclusivamente dependiente de la voluntad de éste. Sólo en ese caso en que no es el azar el que ha determinado que no se haya causado la lesión del bien jurídico es cuando, de acuerdo ahora con el artículo 16.2, el autor está todavía a tiempo de desistir voluntariamente si, mediante una acción, logra que el resultado no se produzca. Por ello, frente a la equivocada tesis del Tribunal Supremo que mantiene una lectura aislada del artículo 16.2, hay que proponer una interpretación integradora que ponga en relación ese precepto con el artículo 16.1.

Concretando estos principios generales con ejemplos. Si el terrorista, antes de que explote la bomba que ya ha instalado, posteriormente la desactiva, si el marido que ha envenenado a su esposa con una poción que tarda tres horas en tener efectos letales, y antes de que transcurra ese período de tiempo, le administra un antídoto que le salva la vida, en ambos casos estamos ante tentativas acabadas de asesinato voluntariamente desistidas, ya que aquí concurre tanto el presupuesto del artículo 16.1 (la no producción del resultado es reconducible única y exclusivamente a una causa dependiente de la voluntad del autor: desactivación de la bomba en el primer caso, administración del contraveneno en el segundo), como el del artículo 16.2 (el autor ha evitado efectivamente la lesión del bien jurídico).

En cambio, en los casos en los que el Tribunal Supremo afirma ahora que hay una tentativa acabada desistida voluntariamente, ésta

no puede entrar en juego porque no se da el requisito que exige el artículo 16.1 y que es el presupuesto para que se pueda aplicar el segundo párrafo del mismo artículo, ya que si alguien, con intención de matarla, apuñala a otra persona en un lugar como el cuello, donde existe un paquete vascular integrado por la vena yugular y por la arteria carótida, cuyo corte puede producir una hemorragia mortal de manera casi inmediata, o dispara contra el abdomen de otro, igualmente con el propósito de acabar con su vida de forma instantánea, la razón por la que no se ha producido el resultado reside en una causa independiente de su voluntad, a saber: en el azar de que no ha acertado a seccionar la yugular de la víctima, o en que su disparo no ha impactado en el corazón de ésta. Por ello, el párrafo segundo del artículo 16 –al no concurrir el imprescindible presupuesto del 16.1– tampoco es aplicable, y como la muerte no se ha producido por causas independientes de su voluntad, porque la razón por la que no ha sucedido ha sido la mala puntería del autor o su falta de destreza en el uso del arma blanca, de ahí que el ulterior aviso a un hospital, donde consiguen salvar la vida del herido, sólo pueda tener relevancia como una circunstancia atenuante de «reparación del daño» aplicable a una tentativa acabada de un homicidio que sólo la suerte –y no una causa reconducible a la voluntad del autor– ha impedido que se produjera.

Pero a favor de la tesis que defiende no sólo hablan las razones jurídicas que acabo de exponer, sino también otras de política criminal que incluso han sido recogidas por el Código Penal cuando en su artículo 62, para determinar la pena que debe imponerse dentro del marco punitivo previsto para la tentativa del correspondiente delito, establece que hay que atender «al peligro inherente al intento», de tal manera que la sanción será mayor –porque también ha sido mayor el peligro corrido– si en una tentativa de homicidio el autor alcanza con una bala y hiere gravemente a la víctima que en el caso de que el disparo no llegue a salir del arma, porque quien ha disparado creía que ésta estaba cargada, siendo así que, en realidad, la pistola no contenía ninguna bala.

También por este argumento politicocriminal la tesis del Tribunal Supremo debe ser rechazada, ya que, incomprensiblemente –y en contra del espíritu que informa el artículo 62–, favorecería al delincuente que ha sometido a la víctima a un peligro mayor. Porque si el autor de la tentativa de asesinato falla el tiro y no acierta en el cuerpo de aquél a quien quiere matar, o sólo le produce una herida de poca consideración, o si el terrorista es uno inexperto que ha colocado la bomba defectuosamente, razón por la cual ésta, o no llega a estallar,

o sólo produce ligeros rasguños a la víctima, entonces, y según la doctrina del Tribunal Supremo, y por mucho que se arrepienta de su acción inmediatamente después de haber sido ejecutada, nada le podría librar de ser castigado por una tentativa de delito, ya que, como la víctima no corre riesgo alguno de perder la vida, tampoco es posible que ese autor realice una acción posterior que impida la muerte de quien ni siquiera ha sido lesionado o sólo lo ha sido ligeramente.

Quien, por el contrario, podría rebajar su pena de una tentativa de asesinato a una mera responsabilidad por lesiones sería, inexplicablemente, el asesino con buena puntería que, con su disparo, ha causado gravísimas heridas en órganos vitales de la víctima o el terrorista avezado en el manejo de explosivos que, con la deflagración de la bomba ha conseguido en primera instancia seccionar las dos piernas de la persona a la que quería matar, al intentar ésta poner en marcha su vehículo, porque como en ambos casos las gravísimas heridas producidas están amenazando la supervivencia de la víctima, el posterior arrepentimiento del autor que le lleva a avisar a los servicios médicos que consiguen rescatar al lesionado de las garras de la muerte, degradaría el hecho a un simple delito de lesiones, posibilidad que se le niega al delincuente mucho menos peligroso, ya que éste, al no haber puesto en peligro la vida de la víctima, porque ni siquiera le ha producido una lesión, o sólo una de poca entidad, respondería en cualquier caso de una tentativa de asesinato, puesto que no se puede salvar la vida a quien no está expuesto a ningún riesgo de perderla.

Por estas dos razones, por las de carácter jurídico, y por las politico-criminales de que no es posible que el delincuente más peligroso resulte favorecido y que el menos peligroso, perjudicado, la tesis del Tribunal Supremo que rechazo no puede ser correcta.

Esta investidura como Doctor honoris causa por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo despierta en mí un sentimiento de gratitud que va más allá del que uno experimenta en actos como éste tan solemnes y honrosos. Porque Morelia y su Universidad están vinculados como pocas ciudades y como pocas instituciones en el mundo a los exiliados republicanos, es decir: a aquellas personas que sirvieron a este profesor que les habla, nacido en 1938, a aprender que el país en el que estaba haciéndose un hombre era algo más que el erial intelectual y científico que le rodeaba, y que al otro lado del océano seguía vivo el ejemplo de tantos españoles eminentes que habían luchado por la libertad porque habían creído en ella.

A esta ciudad en la que hoy les dirijo la palabra, gracias a la generosidad del ofrecimiento que le hizo el presidente Lázaro Cárde-

nas al entonces jefe de Gobierno de la República Juan Negrín, arribó en 1937 –de entre los 25.000 exiliados antifascistas acogidos por este país– un importante número de desamparados niños españoles, que pronto serían conocidos como los «niños de Morelia», para recibir una educación progresista en el «Internado España-México», y en esta Universidad Michoacana pronunciaron conferencias, dictaron cursos o pertenecieron a su claustro de profesores, compatriotas míos, cuya relación, aunque sea fragmentaria, produce el escalofrío que uno siente cuando se refiere a eximios cultivadores de las letras y de las ciencias de cuyas enseñanzas nos privó la dictadura franquista: María Zambrano y el antiguo Rector de mi Universidad José Gaos, García Bacca y Fernando de Buen, León Felipe y Juan Xirau, Bergamín y Fernando de los Ríos, Giral y Recasens Siches, relación en la que también quiero incluir a un Doctor honoris causa por esta Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, a Pablo Neruda, porque, aunque nacido en Chile, llevaba, como titula uno de sus mejores libros de poemas, a «España en el corazón».

Esta dignidad que hoy generosamente se me confiere tiene todavía para mí un ulterior significado, porque el 3 de octubre de 2005 se le otorgó a Amalia Solórzano, a la viuda de Lázaro Cárdenas, la medalla de oro de la Universidad Complutense, y qué mayor satisfacción puede recibir un profesor de precisamente ese centro de estudios madrileño que el de ser distinguido –en ese cruce de honores– por la Universidad del Estado del que fue cuatro veces gobernador el michoacano –junto a Morelos y Ocampo– más ilustre de la historia y el mejor amigo que España haya tenido nunca en México.

Por todas estas razones, que no son sólo estrictamente académicas, mi eterna gratitud al Honorable Consejo Universitario de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo por el otorgamiento de este Doctorado honoris causa. Y mi gratitud también a mi discípulo Alejandro González Gómez por el abrumador elogio que acaba de hacer a mi persona, por los esfuerzos que ha llevado a cabo para que este momento culminante de mi vida científica pudiera tener lugar, y por su lealtad, una virtud tan escasa que los privilegiados que disfrutamos de ella, y con ella, sabemos apreciar como un tesoro con el que nos ha regalado un benévolo destino. En este acto no sólo quiero mostrar mi gratitud hacia Alejandro González, sino también manifestar mi orgullo por haber tenido el privilegio de dirigir –junto a Álvaro Bunster– sus estudios de especialización de quien hoy en día es un gran investigador del Derecho penal, un profesor que con sus clases fascina a sus alumnos, y un sabio, justo y humano magistrado.

En esta solemne ceremonia están presentes mi discípulo mexicano Enrique Díaz-Aranda y mis discípulos españoles Rafael Alcácer y Margarita Valle, mis compañeros del departamento de Derecho penal de la Universidad Complutense Miguel Ángel Cobos y María Martín, así como Victoria García Blanco y Marina Sanz, discípulas de mi discípulo Antonio Cuerda, actualmente catedrático de Derecho penal de la madrileña Universidad Rey Juan Carlos. ¡Qué alegría y cuánto honor que añadir al inmenso que hoy me otorga la Universidad Michoacana!

Permítanme que, para terminar, mencione todavía a dos personas que asisten a este acto.

A Raúl Zaffaroni, el más eminente penalista latinoamericano de todos los tiempos, con el que a partir de hoy comparto otro lazo: un doctorado honoris causa por la misma Universidad que estrecha con mayor fuerza aún una vieja amistad.

Y, finalmente, a Nieves, la mujer de la que estoy enamorado.

Hace unas semanas el gran pintor alemán Neo Rauch, a la pregunta de si consideraba que había colmado ya su vida artística, respondía: «Espero que no, porque para mi trabajo necesito el sentimiento de que lo mejor está todavía por llegar». Yo también necesito ese sentimiento para desarrollar mi actividad científica, y este doctorado honoris causa alimenta mi esperanza y me estimula para creer que lo mejor de mis investigaciones está aguardándome todavía en los años venideros.

He dicho.