

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

ALGUNOS ASPECTOS DEL DESISTIMIENTO EN LA CONSPIRACION (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)

ELENA FARRE TRAPAT

Profesora Titular. Universidad de Barcelona

I

Los hechos que han motivado este comentario son los siguientes: Los procesados Emiliano, N. T., Eusebio, M. M. y Antonio, A. M. planearon apoderarse del dinero que pudieran de una entidad bancaria de ahorros. Con este fin Emiliano, N. T. y Eusebio, M. M. se apoderaron de un vehículo con el que se trasladaron a aquel lugar, mientras que Antonio, A. M. llegó al mismo punto por otros medios de transporte. De acuerdo con lo previamente planeado Antonio, A. M. debía de haber acompañado a Emiliano, N. T., provisto de una navaja, para atracar la sucursal mientras Eusebio se quedaba al volante del coche. Sin embargo, Antonio «en vez de encaminarse a la sucursal, tomó otra dirección y se alejó del lugar de autos», en el que quedaron Emiliano y Eusebio, este último al volante del coche.

La conducta examinada por la sentencia del Tribunal Supremo es la de Antonio, A. M. La sentencia de la Audiencia había calificado el comportamiento de Antonio de *complicidad en el delito de robo con intimidación*, que Emiliano y Eusebio terminaron llevando a cabo. Esti-

mó que concurrían además las circunstancias: atenuante analógica de enajenación y agravante de reincidencia. Por todo ello fue condenado a una pena de seis meses y un día de prisión menor y fue *absuelto*, en cambio, *del delito de utilización ilegítima de vehículo de motor*.

El T.S. admitió el recurso interpuesto por el procesado contra la sentencia de la Audiencia y le *absolvió* también *de la complicidad en el delito de robo con intimidación y uso de armas* al considerar que lo que realmente concurría era una conspiración impune por el desistimiento de Antonio, A. M.

II

Este comentario se centra en el análisis de la calificación jurídico-penal del comportamiento de Antonio, a. M. y más concretamente en el análisis del mismo en cuanto merecedor de la impunidad por desistimiento. Se pretende debatir la solución aportada por el Tribunal Supremo de considerar impune por desistimiento dicha conducta en relación a los dos delitos mencionados: el de utilización ilegítima de vehículo de motor y el de robo con intimidación. Para lo cual es preciso analizar cuáles son los requisitos necesarios para la impunidad del desistimiento en el supuesto de intervención de varios sujetos en actos preparatorios y más concretamente en la conspiración para delinquir.

El primer aspecto que hay que considerar es, por lo tanto, el de si los hechos acaecidos deben situarse en la fase de preparación o si, en cambio, alguno de los coautores se ha adentrado ya en la fase de ejecución del delito (1). Esta cuestión no tendría trascendencia práctica para Antonio, A. M. si aceptásemos que su comportamiento de alejarse del lugar de los hechos constituye un desistimiento eficaz para alcanzar la impunidad (2). En cambio, sí que la tiene si negamos la eficacia del de-

(1) La tentativa da principio en la coautoría cuando alguno de los coautores comienza a realizar el tipo en el marco del común acuerdo. Creo que esta solución, que es la dominante en la doctrina alemana (cfr. H. OTTO, *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten (I. Teil)*, JA, 1980, p. 646 y H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, V. II, p. 945. Solamente se opone a ella SCHILLING, *Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, pp. 104 ss., quien considera que la tentativa comienza para cada autor cuando realiza su propia contribución al hecho), es la más consecuente con los principios que rigen en la coautoría. Es decir, si consideramos que, en virtud del principio de imputación recíproca, todas las contribuciones al hecho que tienen lugar dentro del marco del común acuerdo se imputan a cada uno de los coautores, también la acción de ejecución de alguno de los coautores en el marco del común acuerdo deberá considerarse la acción de ejecución de todos ellos (cfr. ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10 ed., par. 25, n.º 139).

(2) Si carece de trascendencia práctica en el caso de que concurra un desistimiento eficaz es debido al hecho de que la jurisprudencia, que, como veremos, admite el desistimiento de la conspiración, también, con mucho acierto, viene considerando impune la

sistimiento y mantenemos la punición por los actos realizados, ya que, como veremos posteriormente, sólo en el caso de haber comenzado la ejecución del delito de robo con intimidación podrá sostenerse su responsabilidad por coautoría en el mismo.

Considero adecuada la solución del T.S. de situar la conducta que examinamos en el ámbito de los actos preparatorios. Llego a esta conclusión sirviéndome de la *teoría de la inmediatez temporal*, en virtud de la cual la tentativa comienza, no con la realización del acto típico sino con la realización del acto inmediatamente anterior al acto típico (3). Lo que en nuestro supuesto equivaldría, en mi opinión, a sostener que la tentativa del delito de robo con intimidación da principio en el momento en que alguno de los intervinientes comienza a entrar en la sucursal bancaria para realizar acto seguido el acto típico de intimidar. Por consiguiente, y aunque en verdad el supuesto de hecho no nos indica la situación exacta de cada uno de los intervinientes en el momento en que Antonio abandona la realización del plan de ejecución y, en cambio, se desprende de aquél la proximidad de sus conductas con la de entrar en la sucursal bancaria, no podemos entender, puesto que no consta que este momento se haya producido, que hayan llegado a entrar en la sucursal (4). Cabe concluir, por tanto, que la conducta realizada por Antonio, A. M. de alejarse del lugar del robo tiene lugar durante la fase de preparación de aquel delito. Por consiguiente, la posible responsabilidad de Antonio, A. M. se limita a las aportaciones realizadas durante el ámbito de la preparación.

conspiración previa a la tentativa en el supuesto de desistimiento de esta última. (También en este sentido CUELLO CONTERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978, pp. 210 ss., con citas jurisprudenciales). Esta consecuencia se desprende de varias consideraciones. Por una parte, el desistimiento de la tentativa perdería parte de su sentido político-criminal si el autor que ha desistido voluntariamente de ella, no tuviera que responder por la tentativa, pero sí por la conspiración (Cfr. ROXIN *Leipziger Kommentar*, 10 ed., párrafo 30, n.º 79). Por otra parte, si el desistimiento posibilita la impunidad de todas las acciones dirigidas a la realización del tipo en la fase de tentativa, también debe ser así en la fase de preparación en relación con la conspiración.

(3) Cfr. E. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 137 ss. y *Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso*, ADPCP, 1986, pp. 635 ss.

(4) La misma solución se acoge en la STS de 24 de octubre de 1989. En ella se plantea una situación muy similar, pues los tres procesados llegaron a la sucursal de la Caja de Ahorros de Guillarey, con intención de asaltarla, en un coche y con una moto, pero, al ver que los empleados llamaban por teléfono, y suponer que lo hacían a la Policía, desistieron de su propósito marchando en el coche. El TS negó también en aquel caso un comienzo de ejecución del delito de robo, pues «la parquedad del relato fáctico ... no incluye acción alguna perteneciente a los verbos rectores de la figura criminal aplicada: ... No consta si quiera si llegaron a entrar en el local, ni si al menos lo intentaron, al igual que nada aparece sobre el uso o exhibición coactiva de las armas que llevaban ... No cabe hablar, pues, ni de un comienzo de apoderamiento ni de un principio de aquellas violencia o intimidación que completan el subtipo agravado de robo».

La sentencia que comento, concluye que el sujeto «si bien intervino en la fase preparativa de conspiración... no realizó después acto alguno de comisión, ni siquiera en la línea periférica del auxilio efectivo». Por lo tanto debería responder por conspiración sino fuera porque, a criterio del T.S., concurre también un desistimiento eficaz para conseguir la impunidad de la misma. Como es sabido el artículo 3 del Código Penal se refiere expresamente tan sólo a la eficacia del desistimiento del autor de la ejecución, pero no se refiere ni al desistimiento durante la ejecución del delito de alguno de los intervinientes en el mismo, si son varios, ni tampoco al desistimiento de los actos preparatorios punibles, es decir, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir. Sin embargo, ello no ha supuesto un obstáculo para que tanto la doctrina como la jurisprudencia admitan el desistimiento de la conspiración para delinquir. En este sentido el ponente de la sentencia Sr. D. J. L. Manzanares, resume con claridad, *la posición jurisprudencial*: «el silencio del C.P. sobre la posibilidad de desistimiento en la conspiración no implica necesariamente su rechazo, antes al contrario... aquella forma de resolución manifestada es una *verdadera tentativa de participación*... en que el desistimiento de los conspiradores les coloca en *idéntica situación a la prevista en el párrafo 3.º del artículo 3.º del Código penal*, si no desea tratarles peor que a los... responsables de un delito ya en vía de ejecución, de manera que, siendo el desistimiento voluntario... cabría afirmar, *mutatis mutandi* con la tentativa, que la conspiración más que quedar impune, desaparece como tal, por cuanto la ausencia de desistimiento jugaría como elemento negativo de una y otra» (5). También la *doctrina penal* española se ha manifestado a favor de su eficacia; bien indicando que «los conspiradores que desisten se colocan en situación idéntica a la prevista en el apartado tercero del art. 3» (6), bien indicando la necesidad de acudir a la analogía, *in bonam partem* respecto al desistimiento de la tentativa (7).

Desde luego no puede haber ninguna duda sobre la necesidad de admitir el desistimiento también en los actos preparatorios punibles del artículo 4 del C.P. Podemos llegar a esta conclusión partiendo de dos premisas: la primera es el hecho de que el art. 3 del C.P. admite el desistimiento para la tentativa y la frustración y la segunda, que los actos del

(5) En los mismos términos se expresa en la STS de 24 de octubre de 1989. También admiten la equipación esencial del desistimiento en la tentativa y en la conspiración las sentencias de 5 de julio de 1948, 19 de abril de 1965, 19 de mayo de 1978 (R. 1975) y de 4 de noviembre de 1987 (R. 8444). En sentido contrario la STS de 5 de junio de 1948.

(6) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, I, 1972, pp. 168 ss.

(7) MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de H. H. JESCHECK, 1981, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., 1990, pp. 383 y ss. y MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 1989, p. 187. También admiten el desistimiento J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, 1984, pp. 561 ss. y J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978, pp. 210 ss.

art. 4 constituyen también fases de realización del delito previas a aquellas, en las que intervienen varios sujetos, pero que el legislador penal no ha considerado más graves (compárese las penas de los artículos 51 y 52,1 con la del art. 52,3, todos del C.P.).

Sin embargo, la unanimidad que existe en torno a la necesidad de admitir el desistimiento también en la conspiración no se extiende a los requisitos necesarios para considerarlo suficiente para alcanzar la impunidad. En este sentido vemos que la STS de 21 de octubre de 1987 ha estimado suficiente un abandono por parte del conspirador de la continuación del plan. No más exigente se mostraba Ferrer Sama cuando admitía que: «Como nada se ha hecho en la ejecución del delito, sino tan sólo pensar en cometerlo, resolverse a cometerlo, lógico es que baste el pensamiento contrario, el pensamiento de no cometerlo» (8). Por el contrario, desde otras perspectivas se ha rechazado todo aquel desistimiento que no comporte una cierta actividad, exigiendo que «sea explícito y comunicado a los otros» (9); o bien que constituya «una conducta tendente a neutralizar los efectos de la actividad desarrollada previamente» (10); a «hacer todo lo posible por impedir las consecuencias de su comportamiento» (11); o bien «que el sujeto haga todo lo que le resulte posible para impedir el hecho» (12).

Ante esta confusa situación no deja de resultar sorprendente que el legislador no sólo no se haya preocupado de regular el desistimiento de los actos preparatorios del art. 4, sino que además tampoco se ocupe de ello en los Anteproyectos de 1983 y de 1992. Si miramos hacia el pasado encontramos un intento de resolver legalmente esta cuestión en la reforma del C.P. de 1850, que insertó un último párrafo en el art. 4 que establecía lo siguiente: «exime de toda pena el desistimiento de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haberse comenzado el procedimiento». Sin embargo, este precepto se suprimió en el C.P. de 1870, debido a las duras críticas de que fue objeto al considerarse más bien un premio a la delación, incompatible con la economía del Código en el que se encontraba (13). Tras este paréntesis esta cuestión no ha sido objeto de regulación posterior. Si miramos hacia el futuro vemos que tampoco los Anteproyectos que existen de Có-

(8) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, 1946, p. 85.

(9) STS de 19 de abril de 1965. También J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 209.

(10) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 167.

(11) ASÍ MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187.

(12) MIR PUIG, *Adiciones*, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, p. 384. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 562.

(13) Ver referencias en RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, p. 166 así como la STS de 4 de noviembre de 1987.

digo Penal se ocupan de esta cuestión; ya que, si bien el art. 18 del Anteproyecto de 1992 se dirige a evitar parte del vacío legal existente en este ámbito regulando el desistimiento en el supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho, se refiere sólo al ámbito de la ejecución, sin abordar el problema del desistimiento en la fase preparatoria.

III

A pesar de su unánime aceptación doctrinal y jurisprudencial en pocas ocasiones se ha indicado con claridad cuál es la *solución dogmática*, que permite ampliar la eficacia del desistimiento, regulado en el art. 3 del C.P., a los actos preparatorios en los que intervienen varios sujetos, y concretamente a la conspiración. En mi opinión, dicha eficacia sólo puede sostenerse aplicando el art. 3 del C.P. analógicamente a favor de reo a estos supuestos (14). A partir de la analogía con el art. 3 podremos deducir los requisitos necesarios para que el desistimiento del conspirador alcance la impunidad. Antes de llevar a cabo dicha aplicación analógica es preciso, sin embargo, examinar más detenidamente la situación que concurre en el desistimiento de la conspiración, pues es, en varios aspectos, distinta a la que concurre en el desistimiento de la tentativa y de la frustración.

Desde luego, no cabe sostener la «identidad» del desistimiento en la conspiración con el de la tentativa (15), ni la aplicación directa a los mismos del art. 3 del C.P., argumentando que la conspiración no es más que una «*tentativa de participación*» (16). Claramente porque el art. 3 se refiere expresamente a la ejecución del delito (consumado), lo cual excluye las fases preparatorias como la conspiración para delinquir. Tampoco resolvería nada en el ámbito del desistimiento el interpretar el término «delito» del art. 3, no como «delito principal consumado», sino

(14) Así lo indican también MIR PUIG, Adiciones, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, pp. 383 ss. y MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187.

(15) En cambio la jurisprudencia del T. S. admite, como hemos visto, una «identidad» clara entre el desistimiento de los conspiradores y el desistimiento del autor en la fase ejecutiva de tentativa; (además de la sentencia que comento, la STS de 24 de octubre de 1989). En otras decisiones señala, con más precisión, la «equiparación sustancial entre el desistimiento en la tentativa y en la conspiración» (STS de 21 de octubre de 1987); o bien su «similitud con la tentativa» (STS de 4 de noviembre de 1987).

En las sentencias consultadas no se especifica si debe aplicarse directamente el art. 3 C.P. a estos supuestos, o bien sí se requiere una aplicación analógica *in bonam partem* del art. 3 C.P.

(16) Así RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 168 y la sentencia de 21 de octubre de 1987. También J. M. GÓMEZ BENÍTEZ se refiere a lo forzado de considerar estos supuestos como de «tentativa», con el fin de posibilitar la aplicación del desistimiento del art. 3 C.P. (*Teoría*, p. 561).

como «delito» de conspiración, proposición o provocación (17). Esta interpretación, además de conducir a consecuencias muy inadecuadas, como, por ejemplo, el tener que admitir la tentativa de conspiración y la conspiración frustrada (18), tampoco resolvería el problema del desistimiento del conspirador que abandona la continuación del plan cuando la conspiración ya se ha consumado: de nuevo no sería directamente aplicable el art. 3 C.P. a un delito consumado.

La única solución dogmática posible para ampliar la eficacia del desistimiento a la conspiración es, como he señalado, la aplicación analógica del desistimiento, regulado en el art. 3 a estos supuestos. Previamente deben hacerse, sin embargo, algunas consideraciones:

1. La conspiración se consume con el acuerdo de voluntades, es decir, en el momento en que los conspiradores llegan a tener conocimiento de la resolución de los otros (19). A partir de este momento concurre un delito formalmente consumado. La aplicación del desistimiento del art. 3 al de la conspiración supondría ampliar la eficacia del desistimiento a un delito formalmente consumado. Por tanto, advirtiendo sólo este aspecto de la conspiración no sería posible aplicar analógicamente el art. 3. Sin embargo, la conspiración es, a la vez que un delito consumado una fase previa de otro delito, del que el conspirador puede desistir. Es este aspecto de la conspiración el que permite una aplicación analógica del art. 3 del C.P. Como podemos observar, ciertamente no es correcto referirse al «desistimiento de la conspiración», ya que de la conspiración, que sólo se castiga en su forma consumada, no se puede desistir. Por otra parte, el desistimiento es una institución prevista en el Derecho Penal para las fases de ejecución. *Más correctamente tendríamos que referirnos al «desistimiento» del conspirador —análogo al del art. 3 del C.P.— del comienzo de la ejecución del delito.*

Al advertir esta doble estructura de la conspiración se abre la posibilidad de ampliar la eficacia del desistimiento del art. 3 a otras formas de preparación punible; es decir, a los actos preparatorios especialmente tipificados como delitos autónomos en el C.P. español. Al igual que indicábamos en relación con la conspiración, la aplicación analógica no sería posible en relación a su estructura: «delitos formalmente consumados», pero, si lo es,

(17) Frente a la posición más extendida que considera estos supuestos simplemente como causas de extensión de la pena, MIR PUIG considera que constituyen verdaderos «delitos» distintos del delito consumado al que se dirigen. Sin embargo, no son verdaderos delitos autónomos, sino «delitos dependientes» «no autónomos», subordinados a los delitos principales. Puesto que modificativas a la responsabilidad, pero como que nos hallamos frente a «delitos no autónomos» no cabe en ellos la participación ni la punición de formas de imperfecta realización (MIR PUIG, *Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal*, A.D.P.C.P., 1973, pp. 374 ss. y *Derecho Penal*, p. 360).

(18) Cfr. S. MIR PUIG, *Los términos*, p. 374.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 162.

en cambio, en relación a su configuración como «fases de realización previas a la ejecución del delito posterior». Será posible admitir, por ejemplo, por analogía *in bonam partem* con el art. 3, la impunidad por desistimiento de aquél que primeramente ha fabricado máquinas destinadas exclusivamente a realizar alguna falsificación de las previstas en el Título III del C.P. (art. 314 C.P.) y posteriormente las destruye; si sus motivaciones son susceptibles de constituir un desistimiento propio y voluntario.

2. Por otra parte, cabe señalar que, a diferencia de lo que sucede generalmente en la proposición y provocación, que también son fases previas a la intervención de varios sujetos en el delito, en la conspiración la realización por parte de cada conspirador de todo lo necesario para consumarla no agota su respectiva aportación a la ejecución del delito principal. Cada conspirador deberá ejecutar el delito como cuator (20). Por ello, no es correcto asimilar la estructura de la conspiración, como fase de realización, a la de la tentativa acabada. Quienes así lo han hecho han llegado a la conclusión, errónea, de exigir en todo caso, una cierta actividad en el conspirador que desiste.

«En realidad, debiera hablarse..., en todo caso, de arrepentimiento, pues... no bastará en principio para la exención de responsabilidad un mero ‘apartarse’ de lo que ya es en sí mismo punible, sino que se requerirá... una conducta tendente a neutralizar los efectos de la actividad desarrollada previamente» (21).

«Como la tentativa acabada, los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro —la implicación de otras personas— que se independiza del sujeto y que, si éste no hace nada positivo para impedirlo, puede desembocar en la producción del delito. Del mismo modo, pues, el desistimiento deberá ser *activo*, de modo que contrarreste el peligro creado» (22).

Frente a este punto de vista expuesto, veremos que también es posible un desistimiento eficaz por parte del conspirador, que consista en un mero «apartarse» de la actividad posterior (23).

3. Por último, es preciso subrayar el hecho evidente de que el art. 3. del C.P. regula las fases de ejecución y el desistimiento en los casos de

(20) Me adhiero, por lo tanto, a la posición mayoritaria en la doctrina española, que limita esta figura a la «coautoría anticipada», por ser la única que se ajusta a la letra de la ley que requiere que sean los conspiradores los que ejecuten el hecho. (Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, pp. 151 ss., MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 361 y COBO/VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed. 1990, pp. 552. ss.) Ver también el apartado V.

(21) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 169.

(22) MIR PUIG, *Adiciones*, II, p. 992 y el mismo, *Derecho Penal*, p. 384.

(23) Ver Apartado VI.1.A.

intervención de un sólo autor. Por tanto, la aplicación analógica a los supuestos de intervención de varios autores, deberá partir de esta limitación. El trasladar de forma automática las exigencias del art. 3 del C.P. al desistimiento del conspirador podría comportar para éste —como veremos— mayores exigencias de las que el legislador ha previsto para el autor que actúa solo.

IV

Nuestro objetivo consiste, pues, en determinar cuáles son los requisitos que debe revestir el desistimiento para que libere de responsabilidad criminal a los conspiradores, a partir de la aplicación analógica del art. 3 del C.P. a estos supuestos (24), sin perder de vista las consideraciones hechas en el apartado anterior. Cualquier conclusión a la que se llegue con respecto a la conducta necesaria para conseguir la impunidad de la conspiración, tendrá que ser consecuente a su vez con el fundamento de la punición de la misma. Veamos a continuación las diversas soluciones a las que puede conducir la aplicación analógica del art. 3 del C.P. a estos supuestos:

1. El legislador ha previsto en el art. 3 del C.P. que, para conseguir la impunidad por desistimiento o arrepentimiento, el autor tiene que evitar la producción de delito consumado. La aplicación analógica de este precepto al desistimiento del conspirador podría, por ello, conducir a la conclusión de que *para alcanzar la impunidad por desistimiento el conspirador siempre tendría que evitar el delito consumado*.

En esta línea de exigencia se encuentra la solución que acoge el C.P. alemán actual, en su regulación del desistimiento de los actos preparatorios que —en el parágrafo 30 StGB— considera punibles (25). El parágrafo 31 StGB señala, concretamente en relación con la conspiración para delinquir que «no se castigará en base al parágrafo 30 a aquél que voluntariamente... evite el hecho». Para conseguir la impunidad para que también desistan, o bien, si no lo consigue, evitar el hecho por

(24) El desistimiento del conspirador debe ser además voluntario en el mismo sentido que se exige en el art. 3 del C.P.

(25) En el Código Penal alemán se regula en preceptos distintos el desistimiento de los actos preparatorios considerados punibles en el parágrafo 30 (parágrafo 31 StGB) y el desistimiento de los actos de ejecución (parágrafo 24 StGB). Sin embargo, ambos aportan soluciones muy parecidas, pues el 24, II establece lo siguiente: «Si en el hecho intervienen varios sujetos no se castigará por tentativa a aquél que evite la consumación. Sin embargo, su esfuerzo serio y voluntario es suficiente para alcanzar la impunidad si el hecho no llega a producirse sin la cooperación del que desiste o si se comete independientemente de su anterior aportación».

otros medios. En el caso de que, a pesar de sus esfuerzos por evitarlo, el hecho se produzca, el desistimiento no será eficaz, es decir, no permitirá la impunidad.

No obstante, en el mismo párrafo 31 se prevén dos supuestos en los que, excepcionalmente, es suficiente el «esfuerzo voluntario y serio de impedir el hecho», para alcanzar la impunidad. Estos supuestos son los siguientes: (1) si el hecho se omite sin la cooperación del que desiste y (2) cuando el delito se comete independientemente de su comportamiento anterior. El primer supuesto (1) se prevé para aquellos casos en los que el conspirador no puede realmente evitar el hecho, ya que éste no va a llegar a producirse (por ejemplo, si el conspirador cuyo desistimiento examinamos desconoce que otro conspirador también ha desistido y ha revelado el plan a la víctima, con lo cual, la consumación es imposible). En estos casos en los que el conspirador no podrá realmente evitar un delito que no va a llegar a producirse, el legislador se conforma con su esfuerzo serio y voluntario de evitarlo. El segundo supuesto (2) hace referencia a los casos en los que la aportación del interviniente no ha sido causal en la producción del delito (este es el caso, por ejemplo, del conspirador que ha conseguido anular por completo su aportación a la ejecución). En todos estos casos en los que (1) el hecho no va a producirse, o bien (2) su producción nada tiene que ver con la contribución del conspirador, el legislador alemán, exige, para la eficacia del desistimiento, un esfuerzo serio y voluntario de evitarlo.

La solución que aporta el párrafo 31 del C.P. alemán ha sido duramente criticada por un amplio sector de la doctrina alemana, que advierte en ella una forma de hacer responsable al conspirador de la actuación de los otros. Ciertamente no puede decirse que este pensamiento sea ajeno a la regulación del párrafo 31, como lo demuestran las afirmaciones hechas por el legislador en la fundamentación del precepto: «Dada su aportación inicial causal al delito, todo aquel que interviene en el mismo, será responsable de que el delito no llegue a consumarse. Por lo tanto, un interviniente sólo podrá desistir de forma eficaz si evita voluntariamente la consumación del hecho, mediante un comportamiento que sea también causal en relación con su no consumación» (26).

En el fondo de esta fundamentación se encuentra latente el pensamiento político-criminal de que aquél que ha cooperado de algún modo en el hecho no debe permanecer pasivo cuando los demás continúan actuando (27). Pero este pensamiento no es convincente. Si, el sujeto, que

(26) Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, 2 Bd., 1958, pág. 108 s. citado por Gründwarl en *Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im Künftigen Recht*, Welzel-Festschrift, 1974, p. 706, nota 15.

(27) Así DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, párrafo 24, n.º 16.

ha aportado inicialmente una contribución causal al hecho, consigue anularla por completo, de forma que el delito que se comete no contiene nada de su aportación inicial, ¿por qué motivo se le tiene que responsabilizar por un delito, al que no ha contribuido en absoluto? Como indica Jescheck: «en esta idea late una responsabilidad por el hecho de otro a la que es ajena nuestro Derecho Penal» (28).

2. Esta solución, político-criminalmente inadecuada, que comporta la exigencia de tener que evitar en todo caso la consumación del delito, no es, por otra parte, la única que puede concluirse de la aplicación analógica del art. 3 del C.P. Como ya he indicado anteriormente (29) en aquél precepto se regula el desistimiento del autor que actúa sólo; situación que no debe extrapolarse de forma automática al supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho.

Cuando interviene un sólo autor, la evitación del delito consumado en la tentativa inacabada, en la que el sujeto no ha realizado todo lo necesario por su parte para la consumación, se produce automáticamente en el momento en que el autor deja de actuar, es decir, retira su aportación posterior al hecho. Si, en cambio, el autor ya ha completado su aportación se le exige que evite la consumación, algo que siempre podrá conseguir anulando por completo los efectos de su contribución anterior.

La aplicación analógica del art. 3 al supuesto de intervención de varios sujetos en el hecho puede o bien conducir a exigir la evitación de la consumación en todo caso, o bien, *la anulación de la propia aportación del interviniente que desiste*. La primera solución plantea, como ya he señalado, el inconveniente de hacer responsable al interviniente que ha desistido y anulado su aportación, por un delito en el que él no ha contribuido. La segunda solución, es decir, aquella que exige la anulación o neutralización de la propia aportación consigue evitar estos inconvenientes y responsabilizar al autor, no por la actuación de los demás, sino por la suya propia (30).

(28) ROXIN, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, JUS, 1973, pp. 332 ss.; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, 1981, vol. II, p. 749, nota 49 y Vogler, *Leipziger Kommentar*, 10.ª ed. parágrafo 24, n.º 156.

(29) Ver Apartado III.3.

(30) La doctrina alemana critica de forma unánime la agravación que ha comportado el actual 24, para los intervinientes en la ejecución, frente a la posición admitida mayoritariamente antes de la reforma y que consideraba suficiente la anulación de la propia aportación al hecho para alcanzar la impunidad (Cfr. JESCHECK, *Tratado*, II, p. 749, nota 49). Como hemos visto, el parágrafo 31 StGB, al igual que el parágrafo 24 StGB, obligan también en los casos que el delito se produce con independencia de su aportación anterior, a que el sujeto se esfuerce en evitarlo.

Ante estas alternativas posibles el legislador alemán resolvió a favor de la primera solución, más estricta, sobre todo por la importancia que otorgó a la siguiente consideración:

«Un hecho en el que intervienen varios sujetos generalmente es más peligroso que si interviene un sólo sujeto y esta mayor peligrosidad no desaparece al anularse la aportación de alguno de ellos. Puesto que el coautor ha contribuido a que los demás hayan comenzado su actividad, debe exigírsele, en principio, que evite la consumación del hecho» (31).

Este argumento tampoco resulta convincente. Y no porque realmente no concurra en los supuestos de intervención de varios sujetos una mayor peligrosidad para el bien jurídico. Efectivamente la razón de la punibilidad de la conspiración radica en las mayores posibilidades de intervención de una pluralidad de personas de que se llegue a la ejecución, lo que equivale a un mayor peligro de lesión del bien jurídico amenazado por el delito que se proyecta (32). Sin embargo, si de tres o cuatro sujetos que intervienen en el hecho uno de ellos anula su aportación ya no tendrá nada que ver con la peligrosidad de los restantes sujetos que no han desistido, y, por ello, no se le debe exigir que evite el hecho, ni que se esfuerce en evitarlo (33).

3. Hemos visto anteriormente que un amplio sector de nuestra doctrina exige como requisito necesario para el desistimiento del conspirador que éste *haga todo lo posible, ya sea en neutralizar su aportación al delito, ya sea en evitar su consumación* (34). En este último sentido se ha orientado el Anteproyecto de 1992, en la regulación del desistimientos de los intervinientes en la ejecución del hecho, que podría extenderse por analogía *in bonam partem* a los intervinientes en la fase preparatoria. El art. 18 del Anteproyecto indica que «cuando intervengan varios sujetos en un hecho quedará impune aquél o aquellos que desistan de la *ejecución* ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria y voluntariamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito» (35), (36).

(31) BT-Dr V/4095, p. 12. Citado por ROXIN, *Unterlassung*, JUS, 1973, p. 333.

(32) RODRÍGUEZ MORULLO, *Comentarios*, I, p. 154, ver también el Apartado V.

(33) Cfr. v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972, pp. 148 ss.; ROXIN, *Unterlassung*, JUS, 1973, p. 333; GRÜNWALD, *Zum Rücktritt*, pp. 708 ss.

(34) RODRÍGUEZ MORULLO, *Comentarios*, I, p. 167; MUÑOZ CONDE, *Teoría*, p. 187; MIR PUIG, *Adiciones*, vol. II, p. 992; el mismo, *Derecho Penal*, p. 384 y GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 562.

(35) Esta referencia que hace el art. 18 del Anteproyecto a la necesidad de castigar el delito que concurre subsidiariamente puede plantear algún problema en el ámbito de la conspiración. Sin duda está pensado para los supuestos de tentativa cualificada, en los que

Evidentemente el planteamiento que se conforma con el intento de neutralizar la aportación es mucho menos exigente que aquél que exige el esfuerzo de evitar el delito consumado. Por ejemplo, el conspirador que desiste de la ejecución tras haber resuelto la comisión del delito con los demás, según el primer punto de vista tendría que intentar convencer a los restantes conspiradores para que también desistieran. En cambio, el segundo planteamiento exigiría una mayor actividad por parte del que desiste, de forma que si aquella conducta de intentar convencer a los demás no tuviera éxito, tendría que esforzarse en evitar el delito. Pero, ambos planteamientos coinciden en dos aspectos: Por una parte, en el hecho de exigirle al conspirador su intento, su esfuerzo, es decir, un comportamiento activo para desistir, que, como mínimo, es discutible que sea susceptible de abarcar un mero «alejarse» de la ejecución. Por otra parte, *ambos coinciden en admitir el desistimiento también cuando el delito consumado ha llegado a producirse, en parte, debido a la aportación inicial del conspirador, siempre que concorra el esfuerzo por evitarlo.*

Por el momento ningún autor ha abordado en nuestro país el estudio de este «esfuerzo» del conspirador, que le posibilita alcanzar la impunidad. ¿Es suficiente con su intento de convencer a los demás conspiradores para que desistan? ¿Debe, en cambio, poner sobre aviso a la Policía? Un sector de la doctrina alemana se ha planteado esta cuestión en relación con los supuestos en los que la producción del delito es imposible (parágrafo 24 y parágrafo 31 StGB) y consideran que el esfuerzo «serio» es aquel con el que el sujeto cree posible evitar la consumación del delito. No se requiere que el esfuerzo sea en sí mismo adecuado para evitar la consumación, siempre que el sujeto haya creído que con él podía evitarla; ni tampoco que de haber practicado alguna otra comprobación hubiera podido advertir que no eran suficientes sus esfuerzos para evitar la producción del delito. Lo esencial es su convencimiento de que con su esfuerzo evitará la consumación (37).

Sin embargo, entretanto el legislador no decida adoptar una solución en este sentido, la misma no me parece defendible de lege lata, por

cuando el sujeto desiste del delito, ha consumado ya otro delito. Sin embargo, si consideramos la conspiración un «delito», aunque «no autónomo», pueden surgir dificultades para sostener la impunidad de la conspiración cuando el coautor desiste de la tentativa (ver la nota 2).

(36) Este texto ha sido objeto de una importante modificación en relación con el texto del borrador de Anteproyecto de la Parte General del Código Penal de 1990, en que se establecía, también en su art. 18, que «cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, o impidan voluntariamente la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito».

(37) Así OTTO, *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten* (1 Teil), JA, 1980, p. 711; LENCKNER, *Probleme beim Rücktritt des Beteiligten*, GALLAS-FESTSCHRIFT, 1973, pp. 297 ss. También v. SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, 1972, pp. 117 ss.

lo menos con carácter general. La aplicación analógica del art. 3 del C. P. a estos supuestos puede conducir a las dos soluciones anteriormente expuestas, pero no veo posible que, por analogía con dicho precepto, se pueda sostener que para el desistimiento del conspirador sea *siempre suficiente* un esfuerzo serio, ni tampoco que dicho esfuerzo sea *siempre necesario*. En primer lugar, porque el art. 3 del C. P. exige que el autor anule su aportación y evite así el delito consumado. Por mucho que se esfuerce en evitar el delito, la punibilidad no decae si no lo consigue realmente (38). Por consiguiente, considerar suficiente un simple esforzarse, en el supuesto de intervención de varios sujetos, comportaría un trato más favorable para éstos del que el legislador ha previsto en el art. 3 C. P. para el autor que desiste.

Por otra parte, cuando el conspirador ha conseguido anular por completo su aportación y, en cambio, los restantes conspiradores ejecutan el hecho, no es necesario que se esfuerce en evitarlo, si este hecho ya no contiene nada de su aportación inicial. Al igual que con la solución que exige al conspirador que evite el hecho, advertimos aquí una cierta responsabilidad por la conducta de otras personas.

4. Podemos, pues, llegar a la *conclusión de que la solución más adecuada a la aplicación analógica del art. 3 del C. P. a estos supuestos, es la que exige para el conspirador que desiste que anule por completo su aportación anterior*. Esto debe entenderse en el sentido de que, o bien los demás conspiradores no lleguen a realizar el hecho, —es decir, evite la producción del delito consumado—, o bien, si lo realizan, en el mismo no se contenga nada de su aportación anterior, es decir, como si el conspirador que desiste nunca hubiera intervenido en él.

La solución, difundida en nuestra doctrina penal, que exige y se conforma con un esfuerzo por parte del conspirador en neutralizar su aportación o evitar el delito consumado, puede sostenerse de lege ferenda, pero no se corresponde con la aplicación analógica del art. 3 a estos supuestos. En cambio, puede sostenerse por analogía con dicho precepto la exigencia al conspirador de que evite en todo caso la consumación del delito. Sin embargo, esta solución comporta que, en algunos casos, se le haga, en cierta medida, responsable por la actuación de los otros.

Podría parecer que esta regla general tiene una excepción en aquellos casos en los que el delito no va a llegar a producirse. Aquí el conspirador no puede *realmente* anular su aportación.

Ejemplo 1: A, B, C y D resuelven cometer un atraco en una sucursal bancaria. A desiste de la ejecución e intenta convencer a los demás para que también desistan de ella. No lo consigue y

(38) Cfr. la problemática del desistimiento malogrado en MUÑOZ CONDE, *El desistimiento de consumir el delito*, 1972, pp. 144 ss.

se dirige a la oficina bancaria para advertir la comisión del delito. Sin embargo, A no sabe que D también ha desistido y avisado antes que él a la sucursal.

Al no conseguir convencer a sus compañeros A sólo puede desistir eficazmente si consigue evitar el delito. Sin embargo, A tampoco va a poder evitar un hecho que no puede llegar a producirse. Por esto considero que, en estos supuestos, tiene que ser suficiente para el desistimiento del conspirador que lleve a cabo el comportamiento que hubiera sido necesario para evitar el delito en el caso de que éste pudiera producirse. Puesto que estos casos, constituyen supuestos análogos a los de la tentativa inidónea, acudimos a la misma solución que la doctrina aporta para el desistimiento de aquella (39). Sin embargo, no considero que debamos incluir aquí los casos de «conspiración a un delito imposible». Ciertamente también se trata de supuestos en los que la producción del resultado es imposible (por ejemplo, A y B se conciertan para envenenar a C con una dosis inócua, que ellos estiman mortal). Sin embargo, me inclino por sostener que la «conspiración inidónea», y más concretamente aquella que desde un principio es inadecuada para producir el delito, es impune en nuestro Derecho (40).

V

La solución propuesta en el apartado anterior implica necesariamente el tener que precisar en cada supuesto de hecho en qué ha consistido exactamente la aportación del conspirador y en que consistirá su aportación como autor. Pues sólo conociendo su concreta contribución al hecho es posible establecer cuál es el comportamiento necesario para neutralizarla. Con este fin intentaré precisar, en términos generales, las *diversas contribuciones que puede aportar el conspirador*. No existe, sin embargo, un criterio unánime sobre los supuestos que dan lugar a un delito de conspiración:

En primer lugar, del concepto legal de conspiración (art. 4,1 C. P.) se desprende que la misma constituye una fase previa a la coautoría, de

(39) Sobre la posibilidad del desistimiento también en la tentativa inidónea, véase MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, pp. 143 ss.

(40) En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO aporta argumentos convincentes de carácter sistemático. Además, esta solución es coherente con el deseo de restringir la conspiración punible a los supuestos más graves. En mi opinión todas las fases de imperfecta ejecución, y no sólo los actos preparatorios punibles, tendrían que castigarse sólo en relación a los bienes jurídicos más importantes. De hecho, en la práctica ya se lleva a cabo una restricción en este sentido (Cfr. mi artículo *Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea*. Estudios de Derecho penal y criminología, 1989, pp. 277 ss.).

forma que sólo cabe conspiración si la *contribución del conspirador al hecho principal es de autoría* (41). No es conspirador el que no está resuelto a ejecutar el delito, aunque influya decisivamente en la resolución de ejecución de los otros (42). Es decir, que queda al margen del concepto de conspirador aquel que desde el principio está resuelto a no intervenir como autor. Pero lo más probable es, por otra parte, que el conspirador realice durante la fase preparatoria *diversas aportaciones de participación en el hecho*. Por ejemplo, el conspirador puede aportar conocimientos, ayuda técnica, instrumentos..., para la realización del delito. Todas estas aportaciones comportan un favorecimiento del hecho principal y son punibles como cooperación necesaria o complicidad. Estas formas de participación se subsumen en el concepto de conspiración, o de coautoría en el caso de que el delito llegue a ejecutarse. Pero si el conspirador desiste de la ejecución y el delito llega a realizarse, el conspirador responderá por sus aportaciones de participación si no ha logrado neutralizarlas.

En la conspiración también se subsumen conductas de proposición y provocación (43). Me aparto, por lo tanto, de la opinión sostenida por el prof. Cuello Contreras que limita la conspiración a aquellos supuestos en los que previamente los sujetos que intervienen en ella no se hallan resueltos a la comisión del delito. «La conspiración —señala el citado autor— supone un proceso en el que varios sujetos se encuentran y del intercambio de ideas y propósitos nace una decisión firme y precisa de ejecutar el delito, es decir, de hacer algo juntos que de otra manera no harían por separado» (44). «Tanto el que se ofrezca como el aceptante condicionan su resolución delictiva a la de la otra parte» (45). Por lo tanto, la conspiración y las figuras de proposición y provocación se excluyen mutuamente. Si el sujeto se halla resuelto e intenta convencer a otros para que ejecuten el delito con él, el hecho no es, según este punto de vista, conspiración. En este caso tendría que comprobarse si la conducta de uno y otro encajan en el supuesto de la proposición. Esta limitación la deduce Cuello Contreras del fundamento de la conspiración, que radica en el hecho de que «varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada uno de ellos la voluntad decidida de cometer el delito, determinando pues un robustecimiento de la voluntad criminal y, por tanto, un mayor peligro de que el delito principal se lleve a cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separa-

(41) Ver también III.2 y referencias de la nota 20.

(42) En sentido contrario CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, pp. 79 ss.

(43) Sobre las diferencias entre la proposición y la provocación véase ampliamente, DEL ROSAL B *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986, pp. 169 ss.

(44) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 14.

(45) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 177.

do» (46); «la última razón de punir la conspiración reside en la constatación de un fenómeno psicológico, cual es la ruptura de inhibiciones que se produce en la toma de decisión conjunta» (47).

Configurada de este modo la conspiración se plantea como una «inducción mutua», o mejor, una «proposición mutua» a delinquir. En mi opinión, sin embargo, ni el texto legal ni el fundamento de la punición de la conspiración justifican esta restricción. La conspiración se castiga sin lugar a dudas por el aumento del peligro que para el bien jurídico comporta implicar a otras personas en el hecho. Y esta mayor peligrosidad se explica, en parte, por el efecto de sugestión que conlleva el haber implicado a otras personas en la decisión de cometer el hecho. Letzqus, explica la punición de la conspiración atendiendo exclusivamente a estas consideraciones: «Las influencias del inductor —la conspiración se ve como una inducción mutua—, que sugestionan al autor, actúan también en las capas del inconsciente de éste», de forma que le será más difícil de desistir a aquél que ha sido inducido al hecho, que a aquél que ha resuelto él sólo la comisión (48). Este aspecto, ciertamente indemostrable, explica, en parte, el castigo de la conspiración. Pero no deben desatenderse otro tipo de consideraciones, por lo menos, igualmente determinantes. Y es que, una vez comprometido a realizar el hecho el conspirador se encuentra sometido a una fuerte presión motivacional, no sólo interna, por los citados efectos de sugestión, sino también externa, por la presión que ejercen en él las normas de conducta de la subcultura criminal en la que puede estar inmerso, e incluso los medios violentos que se pueden emplear contra él. Esta presión motivacional produce normalmente el efecto que persigue, de modo que, al que se ha comprometido a realizar el hecho, le sea muy difícil desistir (49). Estas consideraciones podrían explicar, aunque, ciertamente sólo en relación a los bienes jurídicos más importantes (50), el que se castigue el simple hecho de tomar conjuntamente la resolución de lesionarlos. Y también permite explicar la punición de la conspiración, no sólo en los casos de «mutua inducción», sino también, por ejemplo, cuando un conspirador se hallaba resuelto antes de la conspiración, o incluso los dos que después se unen para ejecutarlo.

Por otra parte, del texto legal sólo se desprende que la resolución de ejecutar el delito conjuntamente debe tomarse entre todos. Pero nada impide considerar conspiración aquellos casos en los que uno, o más de uno, están previamente resueltos a cometer el delito y se lo proponen a

(46) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, p. 18.

(47) CUELLO CONTRERAS, *La conspiración*, pp. 23 ss.

(48) LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, pp. 127 ss.

(49) ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 30, ns.º 6 ss., especialmente n.º 9, la describe como una «obligación cuasi-contractual».

(50) Critico la punición generalizada de la conspiración en, *La tentativa*, pp. 214 ss.

otro para realizarlo conjuntamente. En el momento en que exista un acuerdo de cometerlo entre todos, concurrirá conspiración.

De otro modo debería sostenerse la impunidad de aquellos sujetos, que están firmemente resueltos a ejecutar el hecho conjuntamente con los demás, pero que se han limitado a aceptar la proposición de delinquir de otros, es decir, que no han intervenido como inductores mutuos en la conspiración, ni tampoco se les puede castigar como proponentes o provocadores.

Cabe, pues, concluir que, desde luego constituye conspiración el supuesto en que el autor no resuelto todavía condiciona su resolución (51) definitiva de cometer el hecho a la contribución de otro. De forma que el primero induce al segundo y el segundo induce a su vez, pues no sólo refuerza su resolución, sino que le ayuda a tomarla, al primero. Se trata de una «inducción mutua» (52). Pero también concurre conspiración si uno o varios se hallan resueltos a cometer el hecho y buscan a otras personas para realizarlo. Cuando el proponente ofrezca a otro u otros la comisión del delito concurrirá una proposición, ya punible. Si los demás aceptan y resuelven todos juntos cometer el hecho conjuntamente concurrirá una conspiración. La proposición y la provocación también pueden aparecer como previas a la conspiración. Esta proposición no se diferenciaría estructuralmente en nada de la proposición realizada a un sólo autor, la diferencia es que si se propone el hecho a varios se trataría de una proposición a una coautoría. También en la coautoría se admite que un coautor haya inducido al otro u otros a la ejecución, y en este caso sólo responde por coautoría, la inducción es subsidiaria (53). También en la conspiración, las restantes formas previas de participación punibles que puedan concurrir, son subsidiarias de la conspiración (54).

De lo aportado hasta aquí cabe, pues, concluir, que el conspirador, además de su futura ejecución del hecho como autor, puede también aportar al hecho las siguientes contribuciones:

A) El conspirador puede ser además proponente. El que está resuelto a cometer el hecho busca a otros sujetos para ejecutarlo con él. Los demás aceptan la oferta del proponente. Si los medios utilizados son generales y va dirigida a una masa indeterminada de sujetos de la que después surgen algunos que se ofrecen al provocador para realizar el delito conjuntamente con él, se trataría de provocación.

(51) Sobre el concepto de resolución, véase ROXIN, *über den Tatentschluss*, SCHRODER-GEDÄCHTNIS, 1979, pp. 145 ss. y mi libro, *La tentativa*, pp. 95 ss.

(52) Esta forma de concebir la conspiración se encuentra ya en Fuerbach. Ver sobre ello LETZGUS, *Vorstufen*, p. 108.

(53) Véase JESCHECK, *Tratado*, II, pp. 968 y 1037.

(54) Se refiere a la subsidiariedad de las restantes formas previas de participación concurrentes ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 30, n.º 76.

B) El conspirador se limita a aceptar la oferta de quien se halla previamente resuelto. En este caso podemos distinguir:

a) Que la aportación del conspirador comporte además un refuerzo de la resolución del ofertante. Cabría plantear una posible complicidad o cooperación necesaria psíquica.

b) Que el ofertante se hallara tan firmemente resuelto que la aceptación no comporte ningún reforzamiento de su decisión.

C) El proponente se halla irresuelto y condiciona su resolución a la aceptación del otro u otros («inducción mutua»).

D) Por otra parte, el conspirador, puede practicar aportaciones de cooperación necesaria o complicidad material.

VI

Partiendo de las conclusiones alcanzadas en los apartados anteriores, a continuación abordaré la problemática del desistimiento del conspirador mediante el análisis de diversos *grupos de casos*:

1. En un primer lugar, aquellos en los que *el conspirador ha logrado anular completamente los efectos de su aportación*. En este grupo de casos pueden distinguirse dos situaciones: o bien que mediante su anulación logre evitar la comisión del delito —consigue convencer a los demás para que no prosigan—, o bien que a pesar de haber anulado su aportación, el delito se produzca igualmente.

A) *Si con la anulación de su contribución consigue evitar realmente la producción del delito*, siempre que el desistimiento pueda considerarse voluntario, alcanza la impunidad. Es cierto que *generalmente el desistimiento en la conspiración tendrá que consistir en una actividad dirigida a anular los efectos psíquicos producidos en los demás conspiradores y quizás también aportaciones materiales*. Pero no es sólo imaginable un desistimiento activo. Puesto que la estructura de la conspiración no coincide con la de la tentativa acabada (55), cuando el conspirador ha consumado su aportación a la conspiración todavía tiene que ejecutar el delito principal. De forma que, si la aportación del autor es esencial para la consumación, para evitar el delito consumado puede ser suficiente un desistimiento pasivo. Por ejemplo, si él es el único que

(55) Ver apartado III.2.

conoce el número de la caja fuerte, o bien el único que conoce la dirección de la víctima, y no acude a la cita con los demás conspiradores, cabe perfectamente un desistimiento de la conspiración (56).

Si el autor cree que sus compañeros no van a realizar el delito sin él y no acude, evitando con ello la consumación, concurre también un desistimiento eficaz. En este caso lo esencial para la ejecución no consiste en una aportación material que él tenga que realizar, sino su misma presencia en el lugar de los hechos. En conclusión, *cabe admitir, un desistimiento pasivo del conspirador siempre que su aportación sea tan importante que sin ella no pueda ejecutarse el delito.*

También los planteamientos que exigen un esfuerzo en la evitación del delito o en la neutralización de la aportación, tienen que llegar a esta misma conclusión. En realidad no es preciso que dicho esfuerzo tenga que consistir necesariamente en una actividad; debe considerarse como un *comportamiento* del conspirador que según los casos puede ser activo o pasivo en relación con la ejecución (57).

B) *El conspirador consigue anular completamente su aportación anterior, pero no consigue evitar el delito consumado.* Se trata de aquél grupo de supuestos en los que el delito consumado no contiene nada de la aportación inicial del sujeto que ha desistido. La probabilidad de que se den estas situaciones es más elevada si se trata de una aportación material al delito, pues el autor podrá retirarla más fácilmente que si se trata de aportaciones psíquicas.

Ejemplo 2: A se encuentra con B y C, que se dirigen a robar en la casa de X. Cuando A conoce el instrumento que B y C pretenden utilizar para realizar el robo, se ofrece como coautor, pues opina que con este instrumento no lo conseguirán. Planean realizarlo conjuntamente con un nuevo instrumento que A tiene en su casa. Pero el día del robo A cambia de opinión y no acude a la cita con B y C. El no está muy seguro de que B y C puedan ejecutar el robo con su instrumento inicial, pero tampoco lo descarta. Ellos ejecutan el hecho (58).

En este caso A ha anulado por completo su aportación. Es decir, ha neutralizado por completo el riesgo adicional que su aportación constituía para el bien jurídico. La solución adecuada es entender que concurre un desistimiento eficaz para alcanzar la impunidad. En cambio, en el ámbito de las aportaciones psíquicas es, sin duda, más problemático

(56) Cfr. v. SCHEURL, *Rücktritt*, pp. 140 ss., y ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 31, n.º 20 y OTTO, *Der Versuch*, p. 708.

(57) Cfr. OTTO, *Der Versuch*, JA, p. 708.

(58) Este ejemplo constituye una modificación de un ejemplo aportado por OTTO, *Versuch*, p. 710.

conseguir efectivamente una anulación de la aportación. Aparte del problema procesal que representa el tener que probar que la aportación ha sido realmente anulada. No obstante, también son imaginables algunos supuestos:

Ejemplo 3: A, B y C resuelven conjuntamente dar muerte a X. A, cambia de parecer y insiste para que B y C no lo hagan. Logra convencerles. La aportación de A, había sido exclusivamente psíquica. Meses más tarde B y C resuelven de nuevo matar a X y lo llevan a cabo.

También en este caso podemos sostener la impunidad del que desiste, si conseguimos demostrar que ha anulado completamente su aportación inicial (59). En cambio, no creo que deba exigírsele además que se esfuerce en evitar el hecho, como sucede en la regulación del parágrafo 31 del C. P. alemán. Al haber anulado su aportación y no contener el delito ningún efecto de su contribución podría sostenerse, incluso, que se trata de un delito distinto de aquel en el que conspiró y por ello no debe responder de él.

C) En los supuestos planteados hasta aquí, el autor consigue anular por completo su aportación al hecho, ya sea de forma activa o pasiva, y por lo tanto no tiene que responder de él. Su posición ante el delito, si llega a cometerse, no es distinta de la de otra persona ajena por completo al mismo. Por ello, si hubiera podido impedir el delito, sin riesgo propio o ajeno, o si, hubiese podido poner el hecho en conocimiento de la Autoridad, y no lo ha hecho, debe responder por los delitos descritos en el art. 338 bis 1º y 2º párrafos C. P., siempre que concurren todos los requisitos allí previstos. De otra forma cualquier persona, que ajena, por completo al hecho, incurriera en estos delitos, recibiría un trato desfavorable en relación con el conspirador que desiste (60).

2. El conspirador intenta y se esfuerza en la fase preparatoria por neutralizar su aportación anterior, o por evitar el hecho, sin conseguirlo. El delito es ejecutado por los demás conspiradores.

Ejemplo 4: A, B y C resuelven entre todos cometer un robo. Todos aportan conocimientos y ayuda técnica para el mismo. Posteriormente A cambia de opinión y se arrepiente del hecho.

(59) Ver también el apartado VI.2.C.a y b.

(60) También debería tenerse en cuenta el temor que pueda ser sentir el conspirador frente a las represalias de sus compañeros. En todo caso, tendría que comprobarse en relación a cada supuesto.

Intenta convencer a B y C para que no lo lleven a cabo, pero no tiene éxito. B y C ejecutan el robo tal como lo habían planeado.

A) Si el delito ya ha comenzado a ejecutarse y el interviniente no ha conseguido anular su aportación o evitar el hecho, responderá de su aportación al mismo.

Rechazo la responsabilidad por conspiración cuando la ejecución ya ha comenzado y el conspirador no ha anulado su aportación al hecho (61). El castigo por el delito de conspiración, al igual que sucede con las restantes fases previas a la intervención de varios sujetos en el hecho, sólo tiene sentido entretanto el delito principal no se ha comenzado a ejecutar. Se trata de «pre-estadios» de conductas de autoría y participación criminal, por lo que sólo existen entretanto se mantengan como tales «pre-estadios» (62). A partir del momento en que comienza la ejecución cada sujeto responderá por su aportación al hecho principal (63).

Si el conspirador no consigue neutralizar su aportación ni evitar el delito se plantea su responsabilidad en el mismo como coautor, o como partícipe. En la doctrina alemana y la Jurisprudencia alemana se ha planteado también la discusión de si en estos casos la responsabilidad del sujeto debe ser por coautoría o por cooperación al hecho. En una Sentencia sobre esta cuestión el Tribunal Supremo alemán considera que ambas soluciones son posibles. Lo decisivo es ver en cada caso si el autor quería el hecho como «propio» o como «ajeno». Para ello es preciso constatar cuál era la representación interna con la que el acusado realizó su aportación anterior. Se acoge, pues, una rechazable posición subjetiva en cuanto a la determinación de la autoría y de la participación (64). Al comentar esta sentencia Otto critica la forma vacía como se utilizan los conceptos «propio» y «ajeno», que posibilita una utilización francamente arbitraria de los mismos y pretende reinterpretarlos partiendo de la comprobación de quien posee realmente el dominio del hecho de la coautoría. Otto llega a la conclusión de que cabe tanto la cooperación como la coautoría, pero esta última sólo en supuestos muy

(61) En este sentido también GÓMEZ BENÍTEZ, *La teoría*, p. 562. En cambio la STS de 14 de noviembre de 1974 admite la punición por conspiración a utilización ilegítima de vehículo de motor a un sujeto que no intervino a la ejecución del hecho.

(62) GÓMEZ BENÍTEZ, *La teoría*, p. 557.

(63) En el supuesto de desistimiento por parte de los restantes coautores resurgiría la punición por el acto preparatorio punible, que pudiera concurrir (Proposición o provocación). Pero si ha sido el conspirador, que además era proponente al hecho, quien desiste y consigne que desistan los demás conspiradores, no deberá responder ni por la conspiración ni por la proposición, de la que también desiste eficazmente al anular por completo el peligro creado.

(64) Sobre las teorías subjetivas en la autoría, véase por todos, M. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, pp. 295 ss.

excepcionales; concretamente sólo en aquellos casos en los que el interviniente ha completado su contribución en el ámbito de la preparación y no tiene que aportar nada más a la ejecución del delito, sin embargo, ésta se edifica sobre la base de aquella aportación. Se trataría de aportaciones realizadas en la fase preparatoria absolutamente esenciales para la realización del hecho.

Ejemplo 5: A se cita con B a una hora determinada en el jardín de A. Según el plan conjunto de A y C, C debe disparar a B allí. Tras la conspiración A le dice a C, que ella no quiere tener nada más que ver con el asunto, aunque ella sabe que C procederá según el plan originario.

En este caso Otto acepta una responsabilidad para A de coautoría. Aunque ciertamente sólo en el caso de que pueda imputársele el hecho como propio en la medida en que ella sea consciente de hasta que punto su comportamiento anterior determina directamente el suceso. Si A tuviera alguna duda por leve que ésta fuera, respecto a la continuación del plan por parte de B, la imputación por coautoría ya no le parece adecuada (65).

También desde la perspectiva de la *teoría del acuerdo* previo la aportación de A podría haberse estimado de coautoría, pues aquella posición jurisprudencial considera suficiente para la coautoría la resolución conjunta de ejecutar el hecho entre varios, con independencia de la objetiva intervención que hayan tenido en el delito (66). Personalmente me inclino por restringir la coautoría a los supuestos en los que la aportación ha sido realizada durante la fase de ejecución (67). Considero que sólo subsiste pues, en estos casos, una responsabilidad por participación. Esta puede consistir o bien en cooperación necesaria o complicidad psíquica, ambas por las aportaciones materiales o psíquicas con las que el conspirador haya contribuido durante la fase de preparación, y también por inducción si su aportación inicial fue de proposición o provocación a la comisión del delito.

B) La solución que aquí se sostiene de considerar punible la conducta del conspirador, que no consigue neutralizar su aportación o bien no consigue evitar el delito, a pesar de sus esfuerzos en esta dirección, discrepa del punto de vista mayoritario sostenido en nuestro país. En general, como hemos visto, nuestra doctrina se conforma con exigirle al

(65) OTTO, *Der Versuch*, pág. 709 ss.

(66) Ver por todos GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 57 ss.

(67) En esta solución confluyen también la tradicional teoría objetivo-formal (cfr. por todos, GIMBERNAT ORDEIT, *Autor y cómplice*, pp. 217 ss.), y la teoría del dominio del hecho (Cfr. ROXIN, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 31, n.º 21).

conspirador que *intente o se esfuerce* en evitar el delito o en neutralizar su aportación. Por ello, en relación con este grupo de casos que examinamos debería comprobarse exclusivamente si dicho esfuerzo ha concurrido. Claramente en este sentido se manifiesta Gómez Benítez: «... conviene mantener la eficacia excluyente de pena del desistimiento voluntario en la conspiración incluso si el que desiste no consigue, pese a sus esfuerzos en contra, evitar la ejecución del delito por el resto de los conspiradores» (68).

Este punto de vista, constituye una posible e interesante solución a tener en cuenta de lege ferenda, pero no es, en mi opinión, sostenible en base a la regulación actual del desistimiento. Me he referido ya anteriormente a la incompatibilidad de esta solución con una correcta aplicación analógica del art. 3 C. P. (69). En mi opinión la responsabilidad del conspirador, que fracasa en su desistimiento, por el peligro que ha creado y que no ha conseguido neutralizar, cuando este peligro se ha realizado me parece además el punto de vista más coherente con la valoración hecha por el legislador español respecto a la importancia que tiene para la pena el «desvalor del resultado». Este adquiere un peso decisivo en la frustración; de modo que si el autor que practica todos los actos ejecutivos «tiene suerte» y el delito consumado no se produce este hecho juega a su favor. Con el mismo criterio, en el desistimiento el autor tiene que evitar el resultado y si «tiene mala suerte», este hecho juega en su contra. Me limito simplemente a subrayar una solución legislativa que veo consecuente; al contrario de la solución que adopta el Código Penal alemán que sólo concede una eficacia atenuatoria *facultativa* a la pena de la tentativa acabada, y, en cambio, exige que se evite el resultado en el desistimiento. Es decir, no considera fundamental el desvalor del resultado es un caso y si lo considera fundamental en el otro, pero siempre se aporta la solución más perjudicial para el autor.

C) Sin embargo, la regla general de la responsabilidad por su participación en el hecho por parte del conspirador que desiste sin éxito, tiene también excepciones:

a) Una primera excepción conforman aquellos supuestos en los que *la comisión del delito principal no puede imputarse al conspirador*.

Ejemplo 6: M le propuso a A robar en el despacho de C. Ambos acordaron realizar el hecho y A le entregó a M la llave del despacho de C. Posteriormente, A cambió de opinión y trató de convencer a M para que no cometiera el hecho. M aparentó estar de acuerdo con el desistimiento del delito e incluso le

(68) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 561 ss.

(69) Ver el apartado IV.3.

devolvió la llave a C. Días más tarde M llevó a cabo el delito con una copia, que él había hecho de la llave, sin que A tuviera conocimiento de ello.

Esta problemática ya fue planteada por Muñoz Conde en relación con el desistimiento del autor conforme al art. 3 del C. P. Este autor puso de relieve que: «... en los casos en que el sujeto con su desistimiento voluntario haya eliminado totalmente la situación de peligro creada por su anterior intento no podrá imputársele el resultado, si se produce un hecho fortuito que nada tiene que ver con el anterior intento del autor» (70).

Como hemos visto en el ejemplo estas situaciones también son imaginables en supuestos de intervención de varios sujetos en el hecho. El tratamiento de estos casos no es evidente pues el aumento del peligro que conlleva la aportación de A no ha sido eliminado completamente por éste. Su aportación inicial se encuentra contenida en el delito principal. Por ello podría sostenerse, de acuerdo con el punto de vista expuesto, la responsabilidad de A en el hecho por su aportación anterior, que no ha conseguido neutralizar por completo. Sin embargo, considero preferible resolver estos supuestos en el ámbito de la imputación objetiva del resultado. Conforme a ello podría regir lo siguiente: El conspirador, no responderá por el delito cometido si era ex ante imprevisible el hecho de que su aportación llegara a favorecer el delito principal. El engaño del autor principal en el ejemplo 6, puede considerarse como un factor imprevisible, que produce una desviación esencial del curso causal. La actividad de M puede ser considerada como un exceso del autor principal (71). Por tanto, en principio, el hecho doloso no sería imputable a A si éste se hallaba plenamente convencido de que con su esfuerzo había conseguido evitar el delito.

b) También *debe descartarse la responsabilidad del conspirador por el hecho cometido cuando éste es distinto del planeado en la conspiración.*

Existe unanimidad en torno a esta conclusión en la doctrina alemana; pero ciertamente se admite que es muy problemático determinar cuando concurre un hecho distinto al planeado de modo que no pueda atribuírsele al conspirador.

Existe acuerdo en que no cabe responsabilidad del interviniente que ha logrado que los demás desistan, cuando posteriormente los demás ejecutan el hecho a causa de una nueva resolución (72) en la que no

(70) MUÑOZ, PP. 145 SS.

(71) Sobre esta problemática ampliamente BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción*, ADPCP, 1989, pp. 1091 ss.

(72) Cfr. LENCKNER, *Probleme*, pp. 286 ss. y v. SCHEURL, *Der Rücktritt*, p. 84).

subsiste nada de la aportación previa y tampoco se ha discutido que el simple hecho de «apartarse» de la ejecución, cuando el delito se ejecuta y se consuma con la aportación originaria, no destruye la identidad del hecho.

Sin embargo, más allá de estas consideraciones no se ha establecido un criterio preciso para determinar cuándo concurre un hecho distinto. Algún autor sitúa esta problemática en el ámbito de la unidad de acción y exige para que concorra unidad de hecho que «los actos siguientes se encuentren en una estrecha relación temporal y espacial, de forma que ambas se vean como una unidad» (73). A esta concepción se añade, en otros casos, que concorra identidad de objeto e identidad en el modo de ejecución (74). Quizás la propuesta más convincente, aunque también la menos precisa, sea la de considerar esencial *la valoración de cada supuesto en particular*, de forma que se tengan en cuenta para esta valoración, tanto la continuidad espacio-temporal, como también la identidad del objeto agredido y el modo de ejecución (75). No tiene que considerarse decisivo, por ejemplo, que el robo se ejecute saltando por la ventana en lugar de forzar la puerta, como se había planeado. Sin embargo, *siempre supondría un cambio de hecho la modificación típica del delito planeado*. Tampoco la identidad del objeto es siempre decisiva. Lo es, por ejemplo, si se proyecta dar muerte a A y la ejecución se realiza contra B, pero no lo es si se proyecta realizar un hurto de determinados objetos valiosos que T tiene en casa y se acaba hurtando otros.

3. *El delito, que no ha comenzado a ejecutarse, permanece en la fase preparatoria para todos los sujetos que intervienen en él.* En estos casos el conspirador que no consigue neutralizar su aportación responderá por conspiración. Ahora bien, si consigue neutralizar parte de su aportación inicial responderá sólo por ella.

Ejemplo 7: A y B, resueltos a ejecutar un robo, proponen a C que les secunde y ejecute con ellos el hecho. C acepta y C aporta sus conocimientos sobre el lugar de los hechos. Posteriormente C, se arrepiente y les indica que no piensa secundar el robo. Son detenidos antes de la ejecución.

C, sólo ha conseguido en el caso anterior, anular parte de la aportación inicial. Puesto que él se había limitado a aceptar la propuesta de A y B, es suficiente con su declaración contraria de que no piensa ejecutar el hecho. Sin embargo, su aportación técnica sobre el lugar del robo

(73) LENCKNER, *Probleme*, pp. 303 ss.

(74) Cfr. KÜPER, *JZ*, 1979, p. 780.

(75) Así OTTO, *Der Versuch*, p. 710.

también debería haber sido anulada. Responde por lo tanto por complicidad, impune al ser intentada.

4. Por último, cabe también plantear una serie de supuestos en los que *el conspirador consigue neutralizar su aportación en relación con la consumación, pero no en relación con la tentativa, que se comienza a ejecutar.*

Ejemplo 8: A y B resuelven matar a C proporcionándole una cantidad de veneno. A, desiste y cambia el veneno por una sustancia inócua, sin que B lo advierta. B, le entrega la bebida a C, quien llega incluso a bebérsela.

La estructura de estos supuestos es, en lo esencial coincidente con la del agente provocador, en la que éste realiza su aportación sabiendo que el hecho no va a consumarse. En estos casos, que examinamos, si bien inicialmente concurre en el conspirador la voluntad de cometer el delito consumado, desiste de su intención. Por ello creo que la solución adecuada sería la de considerar impune al conspirador, que ha conseguido neutralizar completamente su aportación al delito consumado evitándolo. En el caso de que la neutralización no fuese completa y la mera ejecución del hecho comportarse un cierto peligro para bienes jurídicos, el conspirador debería responder por él, según su contribución.

VII

1. Regresemos de nuevo al supuesto de hecho de la sentencia que ha dado origen a este comentario: La cuestión que se había planteado es la de determinar si la conducta de Antonio A. M. de «tomar otra dirección y alejarse del lugar de autos» constituye una conducta suficiente para el desistimiento. El primer obstáculo, que hemos encontrado ha sido la ausencia de regulación legal de la problemática del desistimiento en los supuestos de intervención de varios sujetos en el hecho. Con el fin de suplir este vacío legal he intentado precisar una solución que se corresponda completamente con la aplicación analógica del art. 3 C. P. a estos supuestos. Para conseguir el desistimiento el conspirador tiene que anular completamente su aportación anterior. Esto debe entenderse en el sentido de que, o bien los demás conspiradores no lleguen a realizar el hecho, —es decir, evite la producción del delito consumado—, o bien, si lo realizan, en el mismo no se contenga nada de su aportación anterior, es decir, como si el conspirador que desiste nunca hubiera intervenido en él.

Simplemente se trata, pues, de concluir si mediante su conducta Antonio consigue anular la contribución anterior al hecho, o si, por el contrario, aunque él no participe en la fase de ejecución, no por ello deja de responder por sus aportaciones anteriores como inductor o cooperador en el hecho.

2. La solución de la sentencia de la Audiencia y del Tribunal Supremo de considerar impune la contribución de Antonio en el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor me parece adecuada. En primer lugar, porque no puede ser considerado conspirador aquél que no tiene intención de intervenir como autor en la fase ejecutiva. En segundo lugar, porque no consta cual ha sido la contribución de A. A. M. en relación con este delito, ni siquiera consta que tuviese conocimiento de las circunstancias, del lugar ni del momento de la comisión del mismo.

3. En cambio, es problemática la valoración de la aportación de A. A. M. al delito de robo con intimidación. Su responsabilidad por *conspiración* sólo subsistiría en el caso de que: 1) No concurra un desistimiento de A. y 2) el delito realizado se considere un delito distinto a aquel en el que A ha conspirado y contribuido.

Debe descartarse, por completo, la responsabilidad de Antonio por *coautoría*. Ni aún en el supuesto de no concurrir un desistimiento eficaz tendría que responder A. A. M. como coautor, pues, sus aportaciones al hecho se han realizado completamente en la fase de preparación.

4. Tendríamos que precisar exactamente cuales han sido las concretas aportaciones de Antonio al hecho. Pues subsumidas en su conspiración, pueden encontrarse aportaciones de proponente y también de cooperador. Lógicamente si A. A. M. ha sido, —digamos— el alma del atraco desde el principio proponiéndolo a sus compañeros e insistiendo en su realización; o bien si la conspiración se ha estructurado sobre la base de «la inducción mutua», su desistimiento tendría que comportar una conducta más activa, que el simple hecho de marcharse. Antonio debería responder por *inducción* al delito cometido.

Tampoco podría excluirse su responsabilidad por *cooperación necesaria o complicidad*, si A. A. M. hubiese contribuido al hecho con aportaciones materiales más o menos importantes, que no anularía con el simple hecho de marcharse. Sin embargo, sobre éste último aspecto, sólo consta, que Antonio no realizó «acto alguno de comisión, ni siquiera en la línea periférica del auxilio efectivo».

Su conducta sí que podría estimarse de *desistimiento*, en cambio, si A. A. M. se hubiese limitado a aceptar, quizás incluso sin mucho convencimiento, la propuesta de delinquir hecha por sus compañeros. En este caso bastaría con la simple resolución contraria de no cometer el delito, que aquí se pone de relieve al marcharse antes de que se cometa

el atraco. No debe descartarse tampoco la responsabilidad por los delitos descritos en el art. 338 bis del C. P., en sus párrafos 1 y 2, si se cumplen los requisitos allí establecidos.

Por último, si A. A. M. hubiese contribuido a la resolución de delinquir del Eusebio y del Emiliano, como *cooperador psíquico*, tendría que anular dicha contribución para no responder de ella. Sin embargo, creo, como expondré a continuación, que también en este último caso es posible admitir como desistimiento la concreta conducta de Antonio.

5. En términos generales, no debe excluirse, como hemos expuesto anteriormente, la posibilidad de un desistimiento pasivo. Con toda certeza éste será posible cuando la conducta que el conspirador tenga que aportar al hecho sea tan esencial que sin la misma aquél no llegue a realizarse. En nuestro caso, no puede estimarse realmente que la conducta de Antonio sea tan esencial, puesto que el hecho ha sido realizado por sus compañeros: se sobreentiende que, conforme al mismo plan que habían acordado previamente con Antonio. Sin embargo, la negativa de éste último de comenzar la ejecución conlleva un aumento del riesgo muy considerable en la comisión del hecho por parte de los demás. Emiliano y Eusebio tienen que asumir, en el momento en que toman de nuevo su resolución de ejecutar el hecho, este aumento del peligro que para ellos supone la comisión del delito sin Antonio. Tienen que decidir si también desisten o bien si lo retrasan para una mejor ocasión o si combinan la realización del delito. Esta nueva decisión no conseguiría anular la aportación de Antonio de inducción, pues la misma habría generado esta decisión y la realización del delito. Pero quizás si que podría comportar la anulación de una cooperación moral, que ha consistido en un simple favorecimiento a la anterior resolución. En realidades es prácticamente imposible demostrar hasta qué punto ha intervenido en esta nueva resolución, en la que se introducen nuevos motivos para la decisión —ahora sólo son dos—, el favorecimiento psíquico anterior.

