

# Delito de varios y desistimiento de algunos. Acerca de los presupuestos de la impunidad por el intento

Offense of several and desistance of some. On the assumptions of impunity for the attempt to commit a crime

MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal  
Universidad de Sevilla

## RESUMEN

*El estudio trata sobre los presupuestos aplicativos de la cláusula contenida en el artículo 16.3 del Código Penal que en los casos de desistimiento de un hecho en el que intervengan varios sujetos condiciona la impunidad al impedimento de la consumación del delito o al esfuerzo serio, firme y decidido de impedirlo. La vaguedad de la fórmula legal plantea serias dificultades para identificar los requisitos de cada una de las modalidades que contempla. El trabajo ofrece una serie de criterios con los que dotarlas de contenido, respetando la literalidad de una previsión cuya racionalidad pasa ante todo por el trazo de los presupuestos que realmente justifiquen la necesidad de diseñar un régimen especial para el desistimiento de un hecho cometido por varios intervinientes frente a lo que rige para el autor individual.*

*Palabras clave: codelinuencia, desistimiento, impedimento de la consumación, intento serio, firme y decidido de evitar la consumación.*

## ABSTRACT

*The study deals with the applicable assumptions of the clause contained in article 16.3 of the Criminal Code, which in cases of desistance of an act in which several subjects intervene conditions impunity to the impediment of the consummation of the*

*crime or to the serious, firm and determined effort to prevent it. The vagueness of the legal formula poses serious difficulties in identifying the requirements of each of the modalities it contemplates. The work offers a series of criteria with which to provide them with content, respecting the literal nature of a provision whose rationality passes above all through the outline of the assumptions that really justify the need to design a special regime for the desistance of an act committed by several participants as opposed to what applies to the individual perpetrator.*

*Keywords: co-delinquency, desistance, impediment of consummation, serious, firm and determined attempt to avoid consummation.*

SUMARIO: I. Consideraciones previas.–II. Fundamento del desistimiento en el caso del autor individual: las razones para la renuncia al castigo.–III. Desistimiento de una tentativa cometida por varios intervinientes y beneficio de la impunidad: el apartado tercero del artículo 16 CP. 1. La delimitación del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP. 2. El alcance de las distintas modalidades típicas: impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito. La reformulación del criterio de la neutralización del aporte. 2.1 La exigencia legal de impedir la consumación del delito. 2.2 La alternativa al impedimento del delito: intentar evitar seria, firme y decididamente la consumación.–IV. A modo de conclusión. El rendimiento del criterio: análisis de los distintos grupos de casos.–V. Bibliografía citada.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Entre las muchas cuestiones que plantean las vicisitudes que puede experimentar el *iter criminis* se encuentran las que conciernen al cambio de actitud de aquel o aquellos que han dado ya inicio a actos constitutivos de un comportamiento penalmente relevante, ya sean correspondientes a la fase de ejecución del delito o a la propia de los actos preparatorios punibles. Se trata, en definitiva, de la cuestión relativa al tratamiento en el Código Penal del llamado desistimiento de la decisión de continuar con los actos conducentes a la terminación del delito. Si el régimen de esta institución suscita en general no pocos interrogantes cuando se trata de la actuación de un autor individual, su complejidad se multiplica allí donde los actos punibles realizados hasta el momento del desistimiento han sido protagonizados por una pluralidad de intervinientes. Ni que decir tiene que, por definición, este va a ser el caso del desistimiento de los actos preparatorios, en tanto que sabido es que su castigo se condiciona a que en su preparación se impliquen dos o más sujetos, de modo que el desistimiento de

cualquiera de ellos obliga a plantear los requisitos con los que resulte válido conceder nada menos que el beneficio de la impunidad a quien desiste del plan proyectado que, sin embargo, es continuado por el resto. La misma dificultad surge en los casos de desistimiento de una tentativa emprendida por una pluralidad de intervinientes. En ellos, la mayor peligrosidad de esta clase de intento, tanto en comparación con la fase preparatoria(1) como en relación con el autor individual único(2), lleva ante todo a plantear si las exigencias para conceder dicho beneficio cuando se ha iniciado ya la ejecución por varios sujetos han de ser, precisamente por esa razón, superiores al desistimiento de los actos preparatorios o al del autor individual que desiste de sus previos actos ejecutivos.

Claro es que la anterior es, simplemente, la duda más genérica o básica que surge a la vista de los distintos escenarios en que, *a grosso modo*, puede plantearse el desistimiento de uno de los intervinientes en la conducta delictiva. A partir de ahí, y dentro de cada uno de ellos, el catálogo de dificultades interpretativas abarca prácticamente a cualquier aspecto de su régimen, siendo la cuestión común que lo vertebra la relativa a la determinación de las exigencias que debe reunir el acto «contrario» a la decisión de atentar contra el bien jurídico para merecer el beneficio de la exención de pena.

No pretende ni puede ser objeto razonable de la presente contribución ofrecer un estudio del régimen del desistimiento en cada una de las fases del *iter criminis*, y menos aún de los distintos escenarios imaginables en relación con cada una de ellas. Su interés se ciñe al estudio de los requisitos de esta figura en un ámbito en el que se combinan dos

---

(1) Se parte de su mayor peligrosidad desde el punto de vista de la progresión de la lesión al bien jurídico, siendo cuestión distinta la relativa a si realmente esta mayor peligrosidad encuentra su reflejo en la pena, lo que parece no haber sido querido por el legislador. Este castiga, en efecto, con la misma rebaja penológica de uno o dos grados respecto del delito consumado tanto los actos preparatorios que considera punibles como los actos ejecutivos. Resulta así que, mientras en general se admite que la rebaja de la pena del artículo 16 CP permite graduar la correspondiente a la tentativa acabada e inacabada, respectivamente, la pena de los actos preparatorios puede ser la que corresponde a una tentativa inacabada o incluso acabada.

(2) Debido al refuerzo psicológico propio de la unión de voluntades. Es cierto que el legislador no contempla una pena superior para los coautores que para el autor individual; pero también lo es que el refuerzo de voluntades es un dato que toma en cuenta a la hora de valorar la mayor gravedad del hecho en relación con determinados delitos y, con ella, en su caso, proceder, bien a un incremento de la pena respecto a la resultante de la comisión de los mismos hechos por parte de un autor individual, bien a anticipar el ámbito del castigo en atención precisamente al mayor recelo que le merece esa actuación plural. Al respecto, GÓMEZ RIVERO, M. C., *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

factores que parecen dotar de mayor peligrosidad al intento: por una parte, el dato de tratarse del desistimiento de uno de los intervinientes en un plan que ha entrado en fase ejecutiva y, por otra, el haber sido protagonizado por dos o más agentes. Esta acotación supone, por exclusión, que el régimen del desistimiento de la tentativa del autor individual sólo será objeto de atención colateral, en la medida en que el tratamiento de esta figura en el caso de varios intervinientes requiere necesariamente adoptar un posicionamiento respecto a la construcción general del desistimiento en la tentativa. Igualmente, la cuestión del desistimiento en los actos preparatorios solo va a encontrar una referencia puntual a lo largo de esta contribución, a modo de contraste o comparación de su tratamiento con el que tiene lugar en fase ejecutiva, lo que, dicho sea de paso, anticipa en buena medida la conclusión de que la diferente entidad y proyección del peligro propio de cada una de esas fases del *iter criminis* justifica distintas exigencias para apreciar la exención de pena en la participación plural en uno y otro caso.

Así acotado el objeto de estudio al desistimiento en fase ejecutiva de uno o varios de los intervinientes en el delito, su complejidad explica que el legislador contemple un régimen especial para tales casos desde el año 1995, fecha en la que incorporó al Código Penal una regla, la contenida en el apartado tercero del artículo 16, orientada de modo específico a trazar los requisitos con los que conceder en tales casos a quien desiste el beneficio de la impunidad. Precisamente teniendo en cuenta la complejidad de este tipo de desistimiento así como la trascendencia del efecto exonerador de pena por el resultado final propio de esa figura, lógico parecería suponer que las exigencias a que se condiciona se encuentran plasmadas con cierta claridad en la letra de la ley. Sin embargo, como tendremos ocasión de ir comprobando, aquella previsión, que tan esperada fue por la doctrina, parece llamada a sembrar a la postre mayores dudas que las que resuelve, hasta el punto de que, tal vez en un desesperado empeño por ofrecer alguna línea de solución a las cuestiones que plantean las ambigüedades de la letra de la ley, no hayan faltado autores dispuestos a claudicar ante el intento de interpretarla y, en su lugar, hayan propuesto elaborar su régimen sin vincularse a la literalidad de la norma.

De momento y antes de descender tanto a los pormenores del problema como a las propuestas de solución, resulta obligado adoptar una postura previa sobre el fundamento y presupuestos del desistimiento en el caso del autor individual, que sirva como punto de partida de la propuesta que aquí se formula en relación con la fenomenología específica de la participación plural. De ello se ocupan las consideraciones del apartado que sigue.

## II. FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO EN EL CASO DEL AUTOR INDIVIDUAL: LAS RAZONES PARA LA RENUNCIACIÓN AL CASTIGO

No pretenden las líneas de este apartado ofrecer un estudio sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento. Ni es posible hacerlo en ellas ni parece una tarea necesaria a la vista de la abundante producción doctrinal en la que autorizados autores ha estudiado, sistematizado y valorado las principales construcciones al respecto(3), de modo que el empeño por reproducir ahora sus ideas esenciales tan solo tendría el valor de resumir de forma más o menos limitada el estado de la cuestión, sin evitar la siempre necesaria consulta directa de esas fuentes. Pero sí resulta obligado tomar partido por una de esas construcciones, en tanto que de dicha toma de postura habrán de derivarse importantes consecuencias en el hilo argumental del tratamiento de la específica cuestión que interesa a este trabajo.

Se adopta, en concreto, una concepción dual tanto del fundamento de la tentativa como de las razones por las cuales el legislador concede al autor que desiste de su intento el beneficio de la impunidad. En lo que a lo primero se refiere, el fundamento de la punición de la tentativa, se parte de la ya clásica teoría de la unión sostenida por Roxin en su Tratado de Parte General, conforme a la cual, el fundamento del castigo ha de verse tanto en la puesta en peligro que comporta desde una perspectiva *ex ante* como en la perturbación del Derecho que supone la infracción de la norma y que reclama una pena por razones preventivo generales y especiales(4). De forma paralela y ahora en sentido inverso en tanto que el desistimiento representa la desaparición de las razones para el castigo de la tentativa, cabe decir, siguiendo de nuevo a Roxin, que «para la evitación de un resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción»(5). En concreto, el fundamento con base en el cual el legislador concede a quien desiste el beneficio de la impunidad debe

---

(3) Como ya lo hiciera la clásica obra de MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 13 ss.

(4) ROXIN, C., *Derecho penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 436 ss.

(5) ROXIN, C., «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, De Gruyter, 1999, al hilo de la exposición de los argumentos de la llamada «teoría de la oportunidad» *Chanceneröffnungstheorie*, p. 333.

basarse, en primer lugar, en la contemplación objetiva y *ex ante* de la retirada del peligro para el bien jurídico –en la «reversión del peligro» («Gefährdungsumkehr») en la terminología de Jäger(6)–, lo que supone un acto orientado a neutralizar la peligrosidad inicial del atentado al bien jurídico. Pero, en segundo lugar, y más allá de los resultados que arrojaría un estricto cálculo cuasi aritmético de las razones que fundamentan y contrarrestan la imposición de la pena, cobran un peso decisivo los argumentos de política criminal y, por lo tanto, relativos a la necesidad de la pena desde el punto de vista de los fines que la inspiran.

En efecto, una explicación racional del fundamento de la impunidad por desistimiento no puede prescindir de las respectivas perspectivas que ofrecen cada uno de estos aspectos, de tal modo que ni resulta posible fundamentar exclusivamente una renuncia al castigo sobre la base de etéreas consideraciones relativas al decaimiento de la necesidad de pena, ni operar con un estricto e ideal cálculo de sumas y restas de ofensas al bien jurídico(7). Ni una ni otra perspectiva parecen estar en condiciones de ofrecer por sí solas una explicación completa de las razones por las cuales procede la exención de pena. Sólo cuando se valora el comportamiento del autor desde una contemplación conjunta de la afectación del bien jurídico –inicio de la ejecución y posterior conducta orientada a evitar la lesión– con las razones político criminales que eventualmente aconsejan la renuncia a la pena y, en definitiva, con argumentos relativos a su necesidad, puede ofrecerse una explicación integral que respalde la concesión del beneficio. De no atenderse a los fines de la pena, no se encontrarían razones para dejar sin sanción un peligro que en su momento existió, por mucho que posteriormente el autor lo hiciera retroceder. En efecto, aun cuando en esa secuencia ulterior desaparezca, lo cierto es que el peligro existió en un momento dado en cuanto realidad histórica, y durante el lapso temporal que fuese el bien jurídico fue expuesto mediante una conducta dolosa encaminada a su lesión. Por ello, de prescindirse de las consideraciones que aportan los fines de la pena y, en definitiva, de los argumentos utilitaristas relacionados con la necesidad de la inter-

---

(6) JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechnbare Gefährdungsumkehr*, Beck. München, 1996, pp. 65 ss.

(7) Sobre las dos perspectivas básicas a la hora de fundamentar la impunidad por desistimiento véase por todos ALCÁCER GUIRAO, R., «Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento», Comares, Granada 2002, pp. 48 ss., quien señala la correlación entre la perspectiva de la protección del bien jurídico con el mayor peso del desvalor de resultado, por un lado, y la perspectiva de protección de vigencia del ordenamiento jurídico con la mayor importancia del desvalor de acción.

vención penal, no se alcanzaría a entender por qué habrían de decaer las razones para castigar el comportamiento inicialmente desviado(8). La regla inversa, esto es, la que reclama la eliminación del peligro para conceder aquel beneficio, resulta aún si cabe más fácil de entender, en tanto que ninguna razón premial parece suficiente para conceder la impunidad a quien ha mantenido el riesgo de lesión al bien jurídico contenido en su conducta inicial(9).

Como sea, y cualquiera sea el fundamento que se sostenga como explicación para impunidad, se plantea de inmediato la cuestión relativa a los requisitos que debe cumplir el comportamiento de quien desiste para hacerse acreedor de aquel beneficio. Las opciones oscilan desde las que exigen que la acción emprendida por el desistente tenga tal eficacia que efectivamente impida la consumación del delito, pasando por las que reclaman la anulación cualquier vestigio de su contribución, hasta las que consideran suficiente de la mera comprobación de una voluntad firme y seria de no consumir el crimen.

En tanto que escapa a las posibilidades espaciales de esta contribución ofrecer un recorrido por las distintas opciones doctrinales(10), procede tan sólo adherirse a una postura que sirva de guía y de la que se deriven consecuencias a la hora de tratar el específico aspecto que a ella interesa; a saber, los requisitos del desistimiento en el caso de actuación plural. Desde la perspectiva dual que se adopta como fundamento del desistimiento y en la línea de lo sostenido por un importante sector doctrinal, se parte de que el criterio rector conforme al cual conceder el beneficio de la impunidad al autor que desiste pasa

---

(8) De hecho, entiendo que esta conjugación de factores resulta también irrenunciable para otras teorizaciones que pretenden superar los que consideran defectos de las construcciones clásicas, entre ellas, las atentas a los fines de la pena. Es el caso de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., para quien el beneficio de la impunidad por desistimiento sólo puede ser explicado por razones de equidad, *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 64 ss. Desde el momento en que la propia autora admite que «la idea de justicia conmutativa no implica la necesidad de castigar penalmente todo lo que pueda parecer disvalioso», por razón de los principios básicos que inspiran el ejercicio del *ius puniendi*, los de *ultima ratio* y de intervención penal mínima (p. 66), habrá que deducir que también los espacios de renuncia al castigo de aquello que en principio podría ser castigado reclama la atención a consideraciones de utilidad y, entre sus criterios, a los fines de la pena.

(9) Se pone énfasis en la ausencia de razones como *línea de principio*, en tanto que sabido es que el legislador a lo largo de la Parte Especial ofrece numerosas muestras de hasta qué punto los argumentos de oportunidad y conveniencia puede ser decisivos en el trazo de las estrategias de política criminal. Bastaría pensar en la generosa causa de exención de la pena prevista en los delitos con la Hacienda Pública.

(10) De modo destacado, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 123 ss.; GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27 ss.

por la comprobación de la anulación de su previa aportación(11). En primer lugar, porque desde la perspectiva de los fines de la pena, no se entendería ni qué más se puede exigir al autor para conceder relevancia a su desistimiento(12), ni qué incentivo puede suponer para quien han emprendido la ejecución del delito anular su aportación cuando puede seguir respondiendo por ella, al menos en la forma de un delito intentado(13).

En segundo lugar, y ahora desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, porque en los casos de autoría individual la neutralización del aporte supone, a su vez, la neutralización de la situación de peligro generada para el bien jurídico, hasta el punto de que, como se ha apuntado por la doctrina que defiende el criterio(14), la neutralización del aporte –o la reversión del peligro en la construcción de Jäger(15)– coincidirá en buena parte de los casos con la exigencia de la evitación de la consumación(16). No es por ello de extrañar que resulte incluso difícil imaginar supuestos en los que el autor pueda evitar la consumación sin aquel presupuesto, al menos entendido de modo amplio; esto es, no como acción material y de propia mano del agente de «deshacer» lo ya hecho, sino como medida eficaz para neutralizar el peligro contenido en la conducta inicial. Así, por ejemplo, en un sentido amplio, puede entenderse como neutralizadora del peligro la conducta de quien, si bien no desactiva la bomba, avisa con

---

(11) Obligada es la cita de la monografista que defendiera el criterio, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 171 ss.; véase también, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 143; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», *Diario La Ley*, 1996-2, p. 1288, para quien el requisito de que el autor cese la ejecución o impida el resultado «no es más que exigirle, para eximirle de responsabilidad, que contrarreste su contribución al hecho, más en concreto, que lo haga en relación con la influencia de esa contribución para la afectación del bien jurídico de que se trate».

(12) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 145; «una vez neutralizada la propia aportación, no cabe exigir nada más para atribuir relevancia al desistimiento».

(13) Argumenta GILI PASCUAL, A., que el beneficio que obtiene quien interrumpe su contribución debe verse en que no responde por el hecho consumado, sino solo por el intentado, *op. cit.*, p. 40. A mi modo de ver, más que de un beneficio por no responder por la consumación habría que preguntarse con base en qué fundamento se podría, al contrario, hacer responder por ella a quien no ha prestado su aporte a la consumación. Lo que presenta como beneficio parece, más bien, una mera razón de justicia.

(14) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 143.

(15) JÄGER, *op. cit.*, pp. 65 ss.

(16) Evitación de la consumación que, sin embargo, según se verá, no se considera decisiva en todos los casos para fundamentar la impunidad por el desistimiento, como sin embargo sucedería si se adoptara como única perspectiva al retroceso de cualquier peligro de lesión para el bien jurídico.

margen suficiente a la policía(17), en tanto que también sin la contribución personal del agente el riesgo puede entenderse neutralizado; todo ello siempre que en atención a las circunstancias concurrentes aquella actuación de alerta a la policía se entienda eficaz, cuestión en la que ahora no procede adentrarse. Presuponiendo de momento tal eficacia, tanto en estos casos de recurso del agente a terceros con posición especial para realizar el salvamento como en aquellos otros en los que personalmente neutraliza el riesgo, el peso decisivo que en el juicio en torno a la concesión o no del beneficio de la impunidad del autor individual que desiste cobra la retirada de su aportación es tal que bien pudiera decirse que cualquier forma de desistimiento que merezca su impunidad reclama de forma necesaria e ineludible la neutralización de su aporte. Resultan ilustrativas en este sentido las palabras de Silva Sánchez cuando afirma: «si no se ha conseguido neutralizar la propia aportación, todo esfuerzo por evitar la consumación es insuficiente para la exención»(18).

En definitiva, pues, se adopta como punto de partida que el fundamento dual del desistimiento encuentra plena proyección en el criterio de la neutralización del aporte. Ahora bien, conforme a cuanto aquí se sostiene, la validez de tal premisa se ciñe al caso de desistimiento en fase preparatoria –en la que aún el peligro de lesión del bien jurídico es remoto(19)–, así como al del autor individual que desiste en fase ya ejecutiva. En relación con esta última, que es la que interesa a la presente contribución, la validez de tal criterio en el ámbito de la autoría individual es explicable por el hecho de que en ella el riesgo es exclusivamente atribuible al autor, de modo que tanto su creación como su retroceso dependen únicamente de su actuación. Cuestión distinta serán las modulaciones que obliga a introducir en el criterio la singularidad de la co-intervención en el delito, o al menos en su aplicación a determinadas modalidades, derivadas precisamente de la ausencia de dominio exclusivo del hecho por parte del desistente. De todo ello se ocupan los apartados que siguen.

---

(17) En tanto que no afecta a la idea central de la argumentación, obviamos de momento la cuestión acerca de los requisitos que debe tener el recurso a la intervención de terceros para ser considerada medida apta cuando el resultado no se produce, y a la que se hará referencia más adelante al hilo del específico problema que interesa a esta contribución.

(18) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 145.

(19) Sobre la aplicación del criterio a este ámbito me ocupé en «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991), *Actualidad Penal*, núm. 15, 1995.

### III. DESISTIMIENTO DE UNA TENTATIVA COMETIDA POR VARIOS INTERVINIENTES Y BENEFICIO DE LA IMPUNIDAD: EL APARTADO TERCERO DEL ARTÍCULO 16 CP

El Código Penal del 95 introdujo un apartado tercero en el artículo 16 que contiene una regla específicamente ordenada al tratamiento del desistimiento de uno de los co-intervinientes en fase ejecutiva. Esta regla, ya contemplada sustancialmente en los mismos términos en los Proyectos de Código Penal de 1992(20) y 1994(21), e inspirada en el parágrafo 24 II del Código Penal alemán(22), dispone lo siguiente: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito».

La confusa redacción de la fórmula legal antes parece haber enturbiado que aclarado la determinación de los requisitos conforme a los cuales proceda conceder la impunidad a quien manifiesta una actitud contraria a la lesión del bien jurídico, hasta el punto de que prácticamente ningún aspecto de su régimen escape a las vacilaciones interpretativas. Tal vez lo único claro sea que cualquier justificación racional de la presencia de esta regla en el Código Penal pasa por reconocer las singularidades del supuesto de hecho al que es aplicable, y que precisamente por ello impiden que le sean trasladables los esquemas generales del desistimiento elaborados para el autor individual. Dos parecen ser esas notas peculiares que, dicho sea de paso y a salvo de precisiones ulteriores, no están necesariamente pre-

---

(20) Disponía su artículo 18: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos 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» (BOCG de 23 de septiembre de 1992).

(21) Cuyo artículo 19 disponía: «Cuando intervengan varios sujetos en un hecho, quedará impune aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, salvo que su conducta sea constitutiva de otro delito».

(22) Conforme a dicho apartado: «En el caso de que intervengan varios sujetos en el hecho, no será castigado quien voluntariamente evite la consumación. No obstante, bastará para la impunidad su esfuerzo serio y voluntario para evitar la consumación cuando ésta se haya evitado sin su intervención o cuando el delito se haya cometido con independencia de su anterior aportación». Sobre los orígenes del precepto véase por todos RAU, I., *Rücktritt nach § 24 Abs. 1 S.1 StGB?*, Frankfurt, 2002, pp. 35 ss.

sententes en todos los casos de desistimiento de una tentativa realizada por varios sujetos. La primera de ellas es el carácter aislado de la decisión de quien desiste en un contexto en el que el resto continúa la ejecución; la segunda es la imposibilidad de que la actuación individualmente considerada de aquél tenga, de por sí, capacidad para alterar el riesgo en inicio generado por la actuación conjunta de todos los participantes.

La primera singularidad que cabalmente justifica una regla especial para el desistimiento en el caso de actuación plural viene marcada por el dato de que la decisión de desistir la toma tan sólo uno o algunos de los participantes en el delito. De otra forma, esto es, si realmente todos los intervinientes decidieran desistir de la ejecución ya iniciada, no habría razones para introducir un régimen especial en el desistimiento respecto al diseñado con carácter general para el autor individual. A todos ellos les sería entonces exigible para hacerse acreedores del beneficio de la impunidad por el intento lo previsto en el apartado primero del artículo 16 CP; esto es, evitar la consumación, ya sea desistiendo en bloque de la ejecución ya iniciada, ya sea impidiendo el resultado. Pero en segundo lugar, cualquier explicación que dote racionalmente de sentido a la cláusula del apartado tercero del artículo 16 CP presupone que el rol que en la ejecución de los hechos ocupa quien desiste no le permite alterar con su desistimiento la entidad del riesgo generado por la actuación inicial conjunta de todos los intervinientes, ya sea debido al carácter accesorio de su posición respecto a otro u otros actuantes principales o bien debido a la paridad de su posición con otro u otros agentes que continúan el propósito delictivo. De otro modo, esto es, si la retirada de su aportación tuviera capacidad para impedir sin más la evitación del delito, no habría de nuevo razones para no exigirle esto ni, por tanto, para desmarcar su régimen del que rige para el autor individual.

Más allá de la lógica que impone la plasmación de la regla, lo cierto es que las dificultades interpretativas del precepto acompañan prácticamente a cualquier aspecto de su régimen, no siendo por ello de extrañar que defraudara las expectativas que en principio habrían sido de esperar de un precepto de nuevo cuño llamado a marcar las pautas de solución de un problema veterano(23). A efectos expositivos se presentan agrupadas en dos grandes grupos: por una parte, las relativas a la determinación del ámbito de aplicación de la regla; por otra, las que se refieren a la interpretación del sentido que quepa atribuir a las distintas modalidades que contempla.

---

(23) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, pp. 140 ss.

## 1. La delimitación del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP

La imprecisa redacción del apartado tercero del artículo 16 CP plantea, al menos, dos grandes dudas interpretativas relativas a su ámbito de aplicación que afectan, respectivamente, a la delimitación de la fase del *iter criminis* en que resulta aplicable así como a la identificación de los sujetos que pueden acogerse a esta regla.

En primer lugar, en lo que se refiere a la fase del *iter criminis* que comprende el artículo 16.3 CP, es cierto que no plantea dudas el reconocimiento de que la regla es aplicable al desistimiento en fase ejecutiva, afectando la inseguridad a la cuestión en torno a si su régimen es extensible al desistimiento que tiene lugar en fase preparatoria, en tanto que la ausencia de una regla específica al respecto pudiera invitar a sostener una respuesta afirmativa. Tales vacilaciones deben resolverse en el sentido de ceñir el ámbito de aplicación de la regla en comentario a los actos ejecutivos(24); y ello, al menos, por dos tipos de razones. La primera, por argumentos estrictamente literales, en tanto que en los actos preparatorios no puede hablarse, por definición, de inicio de la ejecución como sin embargo refiere el precepto. La segunda, por argumentos sistemáticos, puesto que la regla se ubica en un artículo, el 16, dedicado exclusivamente a establecer el régimen de la tentativa y, por lo tanto, del castigo y la exención de pena en la fase ejecutiva del delito. Cuestión distinta es que pese a descartarse la aplicabilidad directa de la norma a los actos preparatorios, la doctrina y jurisprudencia haya elaborado un régimen que también permita apreciar en ellos el desistimiento sobre la base de la analogía con la regulación plasmada en el artículo 16 CP, básicamente de la mano de argumentos relacionados con razones de coherencia y equidad(25).

---

(24) Puede considerarse minoritaria la postura que plantea la posibilidad de entender incluido en la norma el desistimiento de los actos preparatorios. Puede verse en este sentido a GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 243 ss., para quien la referencia a los «hechos» contenida en la fórmula legal permite dar cabida a los actos preparatorios, pues el valor del término sería el de comprender los casos en los que «intervienen varios sujetos».

Se trata en todo caso de una opción solo sostenible si se pasa por alto el valor de los términos literales de la norma, como reconoce el propio autor, lo que cuanto menos resulta dudosamente admisible: «desde superiores consideraciones de orden teleológico, puede imponerse una interpretación no técnica del término “ejecución”, como pudiera ser la de entender que la referencia lo es al hecho de desistir de la ejecución de su propia actuación, y no de la que inicia el autor», p. 248.

(25) En tanto que, si el legislador se ofrece dispuesto a conceder la impunidad por desistimiento en fase de tentativa, lógico es suponer que del mismo beneficio ha de ser merecedor quien se ha quedado en el estadio de los actos preparatorios. Por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 110 ss, argumentando sobre la base de razones

No se agotan en la cuestión anterior las dudas interpretativas que plantea la norma respecto al alcance de su ámbito de aplicación. Más complejas son aun las que suscita identificar los casos que en concreto comprende dentro de la fase ejecutiva a la que inequívocamente hace alusión el precepto. De hecho, las posturas doctrinales oscilan desde quienes consideran que es aplicable a la totalidad de los intervinientes en caso de codelincuencia –por tanto no solo las distintas modalidades de autoría conjunta y de participación, sino también al autor asistido por partícipes(26)–, hasta quienes proponen limitar su ámbito exclusivamente a los casos de autoría(27).

---

de equidad: «si no resulta equitativo castigar igual al que no consuma porque no quiere que al que no lo hace porque no puede, tampoco resultará equitativo castigar de la misma manera por ejemplo al conspirador que no entra en la fase ejecutiva porque renuncia a ello voluntariamente que al que se lo impide la policía. Tampoco estaría justificado penar de la misma manera al partícipe que anula voluntariamente su aportación o evita la consumación que cuando esto sucede en contra de su voluntad», p. 114.

Además de la incoherencia que resultaría de la comparación abstracta entre el régimen del interviniente en un acto preparatorio y del autor de una tentativa, si se admite que el injusto de ésta absorbe al de los actos preparatorios, la impunidad por ellos acentuaría aún dicha incoherencia, en tanto que se vedaría el acceso al beneficio de la impunidad, por ejemplo, a los conspiradores que nunca pasaron a la fase ejecutiva pero no a los que lo hicieron.

(26) En este sentido, NÚÑEZ PAZ, M. A., *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003, p. 170, comentando el entonces artículo 18 del Proyecto de Código Penal de 1992: «del tenor del citado precepto parece deducirse la aplicación a todos los intervinientes en el hecho, incluidos los autores, en cuanto que se alude para la impunidad a todos aquellos que desistan de la ejecución del hecho»; con una visión crítica, MARTINEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 174 s: «el tenor literal del artículo 18 permite esta conclusión, sin embargo dicha interpretación significaría admitir un doble régimen de impunidad por desistimiento dependiendo no ya de si el que desiste es un autor en sentido estricto o un partícipe, sino de si se trata de un autor que actúa solo [...] o de si, por el contrario, es ayudado por otros [...] recibiendo este último un trato mucho más benigno por bastar para la impunidad el serio intento de evitar la consumación»; ya en relación con la regulación actual, véase la misma autora en *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2020, pp. 251 s. En este sentido pareció pronunciarse, también de forma crítica con la plasmación positiva, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., quien aun aceptando que el precepto parece referirse a todos los actos de codelincuencia y, con ello, a los coautores y al autor individual que actúa inducido o auxiliado por otros, lo criticable de introducir para éstos un régimen especial de desistimiento respecto del que rige para el autor individual le lleva a criticar la redacción del precepto que, según el autor, está «pensado seguramente para el desistimiento de la tentativa del partícipe», *op. cit.*, p. 1288.

(27) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 1, 1998, nota 64, p. 45: «los que no son coautores no pueden desistir de una ejecución ya iniciada, a la que no han accedido en ningún momento». Completa su opinión en *Derecho penal. Parte General. Esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 503, en

La acotación de la fenomenología de casos en los que cobra sentido la incorporación al Código Penal de una regla especial y a las que se hacía referencia líneas más arriba, lleva claramente a excluir del ámbito de aplicación del artículo 16.3 CP determinados supuestos. En primer lugar, por falta de discrepancia de voluntades entre los intervinientes, habrá de quedar al margen el supuesto de coautoría en el que todos los autores desisten voluntariamente de la ejecución una vez comenzada. Imaginemos el caso de tres coautores que han accedido a la vivienda donde han planeado ejecutar el robo y, para su sorpresa, una vez dentro encuentran a un grupo de jóvenes descansando que, caso de que advirtiesen su presencia, podrían dificultar la ejecución. El temor a la dificultad sobrevenida hace que todos decidan abandonar el lugar. En casos como este, no habría razón alguna para mantener una regla especial para conceder relevancia al cambio de actitud, en tanto que la actuación de todos ellos no tendría que «oponerse» a la voluntad de otros intervinientes(28). Al contrario, el desistimiento por aquéllos de la ejecución ya iniciada impide la consumación del delito en los términos del apartado segundo del artículo 16 CP, sin que tenga sentido, por ello, la aplicación de previsión especial alguna.

La segunda premisa que según se señalaba líneas más arriba justifica la incorporación del artículo 16.3 CP, y que reclama que el co-interviniente que desiste no tenga de por sí, debido a su posición, capacidad para impedir el suceso, lleva a excluir de su ámbito de aplicación al autor auxiliado por un cómplice, así como al que obra inducido por un tercero. En tanto que ni el inductor ni el cómplice tienen el dominio del hecho ni pueden, por tanto, decidir la continuación del delito al margen de la actuación del autor, es éste quien está en condiciones de impedir por sí mismo con su desistimiento la producción del resultado. De hacerlo, quedaría exento de pena conforme al apartado segundo del artículo 16 CP, sin que tuviera sentido introducir peculiaridad alguna en su régimen.

Aquella premisa debiera también solucionar la cuestión relativa a la eventual aplicación del artículo 16.3 CP al desistimiento que tiene lugar en la estructura de la autoría mediata. En tanto que la instrumentalización llevada a cabo por el hombre de atrás anule por completo la voluntad de quien actúa y no se trate, por ello, de los casos conocidos como del *autor detrás del autor*, la aplicación de aquel enunciado

---

el sentido de que a estos le es aplicable por vía de la circunstancia analógica del 21.6 CP la atenuante de arrepentimiento o reparación del daño.

(28) En la doctrina alemana, en este sentido ESER, A/BOSCH, N., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auf, München 2014, parágrafo 24.73.

determina que el eventual desistimiento del autor mediato deba discurrir por los cauces del artículo 16.2 CP(29).

En definitiva, el sentido del precepto habría de reservarse para los casos de desistimiento de uno o alguno –pero no de todos- los coautores así como del partícipe(30), inductor, cómplice o cooperador necesario, casos todos ellos en los que su actuación en solitario ordenada a impedir la consumación del delito no tiene idoneidad para conseguirlo(31).

## 2. **El alcance de las distintas modalidades típicas: impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito. La reformulación del criterio de la neutralización del aporte**

Con ser complejas las anteriores dudas interpretativas en torno al alcance del apartado tercero del artículo 16 CP, la que concita mayor debate doctrinal es la relativa a la exégesis de los términos empleados por el legislador a la hora de definir la conducta que debe realizar el desistente para hacerse acreedor del beneficio de la impunidad. Se trata de la exigencia, aparentemente formulada en términos alternativos, de impedir e intentar impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito, una fórmula claramente inspirada en la empleada por el legislador alemán en el parágrafo 24 desde la reforma del Código Penal de 1975, cuyo apartado segundo establece la suficiencia de la seriedad y voluntariedad del intento del co-interviniente bajo determinadas condiciones(32).

---

(29) Comentando el parágrafo 24 II, ROXIN, C., *op. cit.*

(30) Sin que sea obstáculo para admitir la aplicación de la regla a los partícipes la referencia legal al inicio de los actos de ejecución, pues, como señalara ya SILVA SÁNCHEZ, J. M., se desiste «en el marco» de la ejecución iniciada por el autor, *op. cit.*, p. 146.

(31) Cuestión distinta es la que pudiera surgir en un sentido inverso; esto es, cuando quien desiste sea el autor, no los partícipes, planteándose entonces si el criterio de la accesoriadad de la participación permite extender a esos participantes el beneficio de la impunidad. La comprensión del desistimiento como causa personal de exclusión de la pena lleva de modo coherente a sostener que la actitud contraria del autor no elimina la responsabilidad del partícipe por el delito intentado. Distintos serían los resultados a que se llegaría desde una comprensión del desistimiento como elemento negativo del tipo, casos en los que la accesoriadad de la participación eliminaría la tipicidad del autor principal que requiere su castigo. En este sentido, DíEZ RIPOLLÉS, *op. cit.*, y en *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2020, p. 561.

(32) Recordemos que conforme a dicho apartado: «En el caso de que intervengan varios sujetos en el hecho, no será castigado quien voluntariamente evite la consumación. No obstante, bastará para la impunidad su esfuerzo serio y voluntario para

La plasmación legal de lo que literalmente se presenta como una disyuntiva legal ha sembrado en la doctrina que se ha ocupado del tema un arsenal de dudas en torno al modo en que deba ser comprendida. Tal vez lo único que resulta claro de la lectura del precepto es que, a diferencia de lo que sucede con el autor individual, no es suficiente en la tentativa inacabada el mero dejar de actuar del co-interviniente en cuestión para obtener el beneficio de la impunidad. En tanto que el hecho puede ser continuado por el resto, el legislador exige ahora al desistente que impida el delito o, al menos, que se esfuerce seria, firme y decididamente por impedirlo. Más allá de este inequívoco punto de partida, todo parece ser confuso en la redacción de la norma. No hay mejor muestra de ello que, si bien un importante sector doctrinal no haya dudado en reconocer que la cláusula necesariamente comprende supuestos en los que el resultado se produce pese al esfuerzo del partícipe que desiste(33), tampoco haya faltado algún que otro parecer dispuesto a claudicar del intento de dotar de contenido a la fórmula legal y, sin más, se haya decantado por renunciar a conceder cualquier valor a la disyuntiva legal de los términos «impedir» e «intentar impedir»(34).

Reconociendo la dificultad de la fórmula por su imprecisión, puede anticiparse que la posición que se defiende acerca de la comprensión del fundamento del desistimiento en el partícipe permite, sin desnaturalizar ni ignorar el sentido literal de la norma, atribuir a cada una de esas modalidades un valor claramente diferenciado y definido(35).

Antes de entrar en la exposición de tal planteamiento, conviene dejar sentadas algunas premisas básicas que marquen las coordenadas del enfoque del problema. En concreto, punto de partida de las consi-

---

evitar la consumación cuando ésta se haya evitado sin su intervención o cuando el delito se haya cometido con independencia de su anterior aportación».

Tal cláusula se contempla también en el apartado primero del mismo párrafo en relación con el autor individual. Tras consagrar la regla de la impunidad de quien «abandone voluntariamente la consumación del hecho o la impida», añade: «Si el hecho no se consuma sin la contribución del desistente, quedará también impune si se esfuerza seria y voluntariamente por impedir la consumación».

(33) Entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.º ed., Aranzadi, Pamplona 2016, pp. 176 s.

(34) GILI PASCUAL, *op. cit.*, pp. 18 ss; 145 ss,

(35) En la medida en que la construcción que se propone parte de una formulación renovada del criterio de la neutralización de la aportación, tiene sentido mencionar las inmerecidas críticas que sin embargo se han hecho a dicha teoría, en el sentido de que aboca a reducir al mismo significado los términos impedir e intentar impedir, de modo que sería solo esta segunda modalidad la que condensaría las exigencias para el desistimiento, GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 18 ss.

deraciones que siguen es la formulación de los requisitos del desistimiento del partícipe desde un punto de vista normativo, que dista de una contemplación meramente causal del decurso de los hechos. Desde estas premisas, la solución que se sostiene pasa por una reformulación de la teoría de la neutralización del aporte, considerada, según se vio, sustancialmente correcta en el caso del autor individual.

Como ya quedó dicho, se parte, en primer lugar, de la razón que asiste a los defensores de la teoría de la neutralización del aporte al cifrar la eficacia del desistimiento del autor individual en la cancelación del riesgo contenido en su aportación inicial<sup>(36)</sup>. A partir de tal premisa, sin embargo, la línea de solución que se sostiene para los casos de desistimiento en el marco de una actuación plural abandona como punto de referencia la atención a si el peligro contenido en la aportación subsiste o no de alguna forma en el desarrollo de los hechos, para exigir en su lugar la introducción de un comportamiento posterior del desistente que impida reconducir en términos normativos el resultado que eventualmente llegara a producirse al riesgo que creó en su origen de modo conjunto con el resto de los intervinientes. El desarrollo de tal perspectiva requiere previamente tener en cuenta una serie de aspectos.

El primero de ellos incide en las razones para la adaptación del criterio de la neutralización del aporte sostenido para el autor individual a los casos de actuación conjunta, adaptación requerida por la diferencia que media entre la conducta peligrosa generada por un autor individual, de un lado, y la propia de quienes actúan de modo conjunto, de otro. En concreto, la afirmación de que un sujeto puede quedar exento de responsabilidad neutralizando su aporte presupone necesariamente conforme a la clásica formulación de esta doctrina que está en condiciones de retirarlo y, con ello, de neutralizar el peligro contenido en su acción inicial. Así sucede en los casos de la actuación del autor en solitario, donde el inicio de la tentativa se configura en exclusiva por su conducta individual, de modo que la situación de riesgo por él generada le resulta por completo controlable y reversible con el retroceso, ya sea de la conducta emprendida, ya de sus efectos. Así, por ejemplo, cuando el autor apunta con su pistola a la víctima, está en condiciones de cancelar –anular– el peligro de su conducta retirando el arma, lo mismo que, en el caso ahora de una tentativa acabada, es posible que quien colocó una bomba para que estallase en un determinado momento proceda aún a desactivarla. El efecto de cualquiera de esas actuaciones es la neutralización del riesgo contenido en

---

(36) Por todos, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, p. 120.

la acción inicial, pudiendo considerarse en tal sentido ese peligro como «reversible» o «anulable». Es precisamente tal rasgo el que fundamenta la plena adhesión al criterio de la neutralización del aporte conforme a las formulaciones que hubo ocasión de recordar líneas más arriba.

La linealidad del razonamiento no parece, sin embargo, conciliable con la fenomenología de casos propia de la participación delictiva. Ciertamente es que cuando el inicio de la ejecución es obra de la intervención de varios sujetos sería posible en hipótesis entender que el resultado final es la suma exacta de cada una de las aportaciones, de modo tal que bastaría con hacer una aséptica operación aritmética de sumas y restas de aportaciones para obtener en cada momento la entidad de la configuración del peligro creado. Resulta, sin embargo, que esta comprensión desconocería que el resultado final del acuerdo de voluntades, fruto de la aportación conjunta y que se ha plasmado en el inicio de la ejecución delictiva, es imborrable en cuanto realidad histórica, en tanto que el peligro resultante de la unión de intenciones no resiste la simpleza de una mera operación aritmética de aportes.

En efecto, allí donde intervienen distintos sujetos, la fusión de sus aportaciones determina que el resultado final sea algo distinto de la mera suma de cada una de ellas. El partícipe que desiste, puede desistir sólo de lo que aportó, pero lo que aportó no es ya solo su contribución cuando se fusiona con otras y esas otras se mantienen hasta dar paso a una tentativa. Dicho de otro modo, la aportación de cada partícipe incide en la configuración total del suceso que, en tanto fruto de una actuación conjunta, genera un riesgo que no resiste su desfragmentación en tantas aportaciones como intervinientes. Así, por ejemplo, cuando un inductor ha ofrecido una recompensa al autor, que acepta el encargo e inicia la ejecución y, por su parte, cuando un cooperador le presta al autor un arma con la que comienza los actos de dar muerte a la víctima, el inicio de la tentativa en tanto realidad histórica ha quedado inevitablemente marcada por la contribución de cada uno de ellos, de modo tal que cuando es solo uno o algunos de los intervinientes los que desisten, pero no el resto, resulta imposible descomponer el riesgo así plasmado en el inicio de la ejecución en tantas parcelas como sujetos implicados. El inicio de la tentativa de asesinato, en el ejemplo, se explica, como realidad histórica, por la unión de las distintas aportaciones; en concreto, por la confluencia en su origen del apoyo moral del inductor y del auxilio material propio de la cooperación necesaria. La peligrosidad de la conducta así generada –continúen o no todos los aportes– sólo es concebible desde la valoración conjunta que ofrece la integración de aportaciones en el

riesgo final, por lo que la retirada *a posteriori* –durante el inicio de la fase ejecutiva– de una de ellas impide explicar la conducta de un modo alternativo a la fusión de todas ellas.

El segundo de los aspectos que interesa subrayar antes de desarrollar el criterio que se propone enlaza directamente con lo anterior. Es el que, conforme a cuanto se ha subrayado, recuerda la imposibilidad de hablar en la fenomenología de casos propia de la intervención plural de neutralización del aporte en clave de la «desaparición» o «anulación de lo realizado». Quien ha facilitado al autor el cuchillo con el que matará a la víctima no hace ni puede hacer desaparecer el injusto de su conducta por mucho que después consiga recuperarlo, evitando así la consumación del delito. Su actuación es, en tanto realidad histórica, imborrable y, por ello, el riesgo generado con su conducta no admite una suerte de regreso al pasado. Si el inicio de la ejecución contó con el aporte de quien entregó el cuchillo, la tentativa se ha realizado con su colaboración y ha estado condicionada por ella, de modo tal que resultaría por completo irreal intentar fundamentar que el riesgo que en su momento creó «ha desaparecido» por el hecho de que en un momento posterior retire su contribución. El riesgo creado no admite artificios de magia<sup>(37)</sup>.

Ahora bien, las consideraciones anteriores no impiden seguir considerando válido el recurso a la filosofía que late tras la idea de la neutralización como criterio de solución para los casos de desistimiento en un escenario de actuación conjunta. Sí reclaman, sin embargo, una reformulación de su enunciado, que lo adapte a los condicionantes expuestos. Se trata, en concreto, de desplazar el referente de la neutralización hacia aquello que puede ser neutralizado. Y, una vez descartado que pueda serlo el riesgo generado, la idea de la neutralización del aporte se sitúa todavía en condiciones de proporcionar un criterio valioso con el que determinar cuándo proceda conceder al partícipe el beneficio de la impunidad por la evitación de lo que exclu-

---

(37) Tal aspecto lleva a introducir un matiz respecto de la formulación acuñada por una de las más sólidas monografistas en la materia. Se trata de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., cuando afirma que la razón de la impunidad por desistimiento, también en el caso del partícipe, debe verse en el hecho de «haber revocado las condiciones o los factores que convertían su conducta en reprochable y constitutiva de una participación punible», *op. cit.*, p. 134. También en el sentido de exigir para apreciar el desistimiento la anulación del riesgo –y no su realización en el resultado–, ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 601, en relación con la exigencia que sostiene de que quien desiste realice la acción más segura «principio de máxima seguridad en la salvación»: «Sólo cuando el agente se esfuerce por anular el completo riesgo generado por su acción anterior podrá considerarse su desistimiento como una expresión del respeto hacia la pretensión de validez del bien jurídico».

sivamente puede ser todavía anulado. Descartado que sea el peligro creado, el foco de atención se desplaza hacia la evitación de la realización en el resultado del riesgo generado en su origen por la actuación conjunta de todos los intervinientes o, lo que es lo mismo, hacia la neutralización del desarrollo de los hechos que concluirá en la atribución normativa del resultado.

Interesa todavía destacar un tercer aspecto que, aunque se deriva claramente de las premisas enunciadas, no está de más subrayar. Es el que señala que no se trata de exigir en absoluto que el comportamiento inicialmente puesto en práctica no tenga efecto alguno en el resultado(38). Si se insistía en las líneas anteriores en que en los casos de actuación conjunta ni se pretende ni se puede pretender negar la existencia y la realidad del riesgo creado, imborrable como realidad histórica, más inadmisibles si cabe será aún pretender que de ese riesgo no se haya derivado ningún efecto en el plano causal que, en su caso, pueda proyectarse o reflejarse en el resultado. Conforme se ha tratado de exponer, el único criterio apto para marcar la validez de la neutralización del aporte en los casos de actuación conjunta de varias personas en el delito es que el resultado que eventualmente se produzca no se contemple como la materialización del riesgo generado por la conducta inicial en la que participó el ahora desistente. Así, como habrá ocasión de sostener más adelante, la validez del criterio de la neutralización del aporte en los términos expresados en absoluto se ve afectada por el hecho de que, por ejemplo, retirado ya en fase ejecutiva el cuchillo que el partícipe proporcionó al autor, éste decida matar a la víctima por estrangulamiento aprovechando el impulso criminal que ya le ha situado en el escenario del crimen. La explicación del resultado por la actuación previa del partícipe sólo sería posible si se adoptara un plano meramente causal. Pero, al igual que sucede en general en tantos otros ámbitos de la elaboración dogmática de la teoría del delito, la constatación de efectos causales no condiciona ni puede condicionar la calificación de los hechos, ni para fundamentar la pena ni,

---

(38) Como sin embargo a veces parece haberse exigido por los partidarios de la teoría de la neutralización del aporte en su clásica formulación referida al autor individual. Nos distanciamos así de formulaciones del siguiente tenor: «debería afirmarse la impunidad cuando voluntariamente consiga neutralizar su anterior aportación, en el sentido de que ésta no tenga ningún reflejo o influencia en la efectiva lesión del bien jurídico», MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, p. 130, haciendo a su vez suyo el criterio de FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987), en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992, quien pone el acento en el hecho de que quien aportó en su momento una contribución causal consiga neutralizarla, de modo tal que «el delito que se cometa no tenga nada de su aportación», p. 721.

ahora en lo que interesa, para decidir sobre la concesión o no del beneficio de la impunidad.

De este y otros ejemplos habrá ocasión de tratar de la mano del desarrollo argumental de la línea que se sostiene, y será entonces el momento para abordar los pormenores con los que, en ejemplos como el propuesto, pueda efectivamente concederse la impunidad al desistente. Antes de ello conviene hacer referencia a un aspecto terminológico que acompañará a las reflexiones que a continuación se hacen y que no debe ser desdeñado. Y es que, si de acuerdo con cuanto se ha expuesto, el aporte, como tal, esto es, entendido como riesgo generado por la conducta del interviniente, no puede ser anulado desde el punto de vista de una contemplación histórica del suceso, la expresión «neutralización del aporte» no refleja con claridad la formulación a que responde. En efecto, si de lo que se trata es de acotar los casos en los que ese riesgo puesto en marcha por el interviniente finalmente no tiene reflejo en el resultado en términos normativos, de modo tal que la idea de neutralización sólo puede referirse a la evolución del riesgo creado y a la evitación de su realización en el resultado final, parece más propio hablar de «neutralización de la evolución del riesgo inicialmente generado».

A partir de esas precisiones procede entrar en el estudio de la doble formulación que el texto legal ofrece a la hora de concretar el modo en que el co-interviniente que desiste se sitúa en condiciones de hacerse acreedor del beneficio de la impunidad; a saber, impedir o intentar impedir, sería, firme y decididamente, la consumación del delito. Como en parte ya quedó anunciado, las coordenadas trazadas permiten dotar de un significado propio y racional a cada uno de esos términos. Se analizan por separado en lo que sigue.

## 2.1 LA EXIGENCIA LEGAL DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN DEL DELITO

La primera variante que contempla el artículo 16.3 CP con efectos eximentes de pena para el co-interviniente que desiste se cifra en que consiga impedir la producción del resultado, representando así una modalidad paralela a la contenida para el autor individual en el apartado primero.

De acuerdo con las premisas que se vienen sosteniendo, los criterios conforme a los cuales determinar cuándo realmente pueda considerarse que el desistente ha evitado el resultado deben formularse en clave normativa, atendiendo, en concreto, a si es imputable a la actuación que ha emprendido en sentido contrario a su comportamiento inicial. Este criterio, que si bien con matices diferentes ha sido manejado

tanto en la doctrina alemana(39) como en la española(40), no sólo resultaría coherente con el enunciado que, en sentido inverso –a la hora de fundamentar el castigo– exige la creación de un peligro no permitido que, incrementando las posibilidades de producción en el resultado, se realice en éste, sino que ofrece especial rendimiento en el caso de que su actuación se mediatice por la actuación de terceros(41).

(39) En relación con la previsión paralela del Código Penal alemán, esta línea de solución ya fue defendida, por BLOY, R., quien superando el clásico debate en torno al carácter óptimo o no de la medida de salvación emprendida, propuso comprobar si la evitación del resultado es imputable al desistente, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts von beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Vernichtung der Tatvollendung», en *Juristische Schulung* 1987, Heft 7, pp. 527 ss. Interesante es la comparación crítica que, a modo de un juego de espejos o relación simétrica, hace entre la punibilidad de la tentativa y la impunidad del desistimiento desde el punto de vista de lo que sería el modo más peligroso de lesión del bien jurídico a efectos de fundamentar la pena en la tentativa y la medida óptima de salvación a efectos del desistimiento, p. 533. Sin abandonar la doctrina alemana, esencial es la cita de ROXIN, C., quien se pronunció en el sentido de aplicar los criterios de imputación elaborados para conectar en términos normativos un resultado con una acción al ámbito del desistimiento. Resultaría así que la acción de salvación debería representar un incremento de las posibilidades de evitar la lesión del bien jurídico, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *op. cit.*, pp. 328 ss.

(40) En nuestra doctrina resulta obligada la cita de la monografía de ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, quien condiciona la exención de pena por desistimiento a que el agente realice la prestación más segura de cuantas estaban a su alcance para evitar la lesión del bien jurídico, criterio que a la postre traduce en la constatación de dos requisitos de imputación: del hecho y de la autoría. La imputación del hecho reclama que, desde la perspectiva del autor, éste elija la acción de salvamento que aparezca como la más segura de las posibles, siempre que para un espectador objetivo esa creencia no se perciba como irracional. La evitación del resultado debe resultar, además, imputable a esa acción de salvación, excluyendo los casos en los que «la evitación del resultado no pueda vincularse causalmente a esa acción», p. 92. Por su parte, la imputación de la autoría reclama que en los casos en que el agente recurra a la ayuda de terceras personas o incluso de la víctima, la realización de la acción óptima le conceda el dominio de la salvación; esto es, que pueda atribuírsele la evitación del resultado en calidad de autor.

(41) Casos para los que considera RUDOLPHI, H. J., que el desistente no siempre debe actuar con dominio del hecho, pues no es el criterio que necesariamente coincide con la exigencia de que la evitación le resulte imputable. De acuerdo con lo anterior, admite como evitación del resultado imputable al autor los casos en que instrumentaliza al tercero que actúa materialmente como salvador, los de autoría individual, coautoría, pero también los de inducción, pese a que aquí no pueda hablarse de dominio del hecho, al considerar que lo importante es que hubiera iniciado el proceso de salvación (por ejemplo, cuando la mujer que ha envenenado a su marido llama al médico, si bien omite indicar el tipo de veneno que le ha suministrado). No serían, por el contrario, suficientes los casos de simple apoyo a la actuación salvadora de un tercero, esto es, los casos de complicidad, «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, Heft 11, pp. 513 ss). Ya antes BLOY, R., *op. cit.*, p. 534, s. admitiendo

No en una clave distinta ha de entenderse en nuestro Derecho el Acuerdo de pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, cuando sienta como criterio: «no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen». Superada, en general, en la dogmática penal la validez de los criterios meramente causales, la razón de ser por la cual se beneficie de la impunidad propia del desistimiento quien relega su actuación a terceros reclama comprobar que la evitación del resultado llevada a cabo por éstos es imputable a una acción de quien desiste, lo que puede también apreciarse allí donde recurre a terceras personas con habilidades o capacidades superiores a las comunes en orden a tal fin.

La adopción de dicha premisa no sólo permite sortear la clásica discusión en torno a lo que sea la medida óptima o no de salvación, sino que relega a un plano secundario la concreta razón por la cual el

---

incluso los de creación de una situación de auxilio siempre que la salvación aparezca como su prestación, de modo que excluye sólo de la concesión del beneficio de la impunidad los casos de mera complicidad.

Obligada es en este sentido la cita de ROXIN, C., quien partiendo igualmente de que además de la causalidad es necesaria la posibilidad de imputar la evitación del resultado para que el sujeto se beneficie de la exención de pena, recurre a un paralelismo con las formas de autoría y participación, combinado con la atención a la cualidad de la persona a la que, en su caso, se delega la acción salvadora. En concreto, admite la impunidad por desistimiento allí donde la contribución de quien desiste sea asimilable a la figura del coautor o del autor mediato, así como a la de cooperación necesaria cuando el peso de su contribución sea decisivo, haciendo depender la concesión del beneficio en el caso de la similitud con la inducción a que el inducido sea un profesional, lo que remite entonces al criterio de la medida óptima de salvación, «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt von beendeten Versuch», *op. cit.*, p. 335. Véase también el mismo en «Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer», en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1988, 280; véase también en *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 665 ss., donde además ofrece una detallada exposición de las posturas sostenidas en la doctrina y la jurisprudencia.

Sin abandonar la doctrina alemana, de interés es también la cita de la monografía de JÄGER, C., *op. cit.*, pp. 93 ss. Para este autor es imputable al desistente la retirada del peligro contenido en la tentativa no sólo cuando emprende una acción óptima de salvación, sino cuando domina el sí y el como del proceso de salvación («das Ob und Wie der Rettungshandlung») mediante la eliminación del riesgo o, al menos, porque codetermine una disminución relevante del riesgo, no siendo suficiente la simple petición de ayuda, marcando con ello un punto de distanciamiento con las concepciones de BLOY o RUDOLPHI. Todo ello sobre la base de que el § 24 concede la impunidad a quien evita el resultado, no a quien determina o ayuda a otro a la evitación. Admite una cuasi coautoría («Quasimitäter») en los casos en los que se solicita auxilio a los servicios de salvamento.

resultado se evite. En efecto, indiferente resultará que el impedimento se deba o, al menos se relacione, con la eventual neutralización o retirada del aporte o que sea explicable por cualquier otro comportamiento. Como ejemplo de la retirada de la contribución que hace imposible la continuidad del delito(42) puede recurrirse al caso del cooperador que facilita a un recluso un arma con la que intimidar a los funcionarios de la prisión en su intento de fuga, siendo así que durante la ejecución se la retira, lo que hace fracasar su plan. Entre otros tantos ejemplos que pudieran ponerse, sirva también el de dos sujetos que planean matar a la víctima mientras ésta hace *footing* en el parque, de modo tal que mientras el primero la empuja sorpresivamente para dejarla caer y se retira del lugar, debe ser el segundo quien dispare. Si éste renuncia a hacerlo pese a tener a la víctima tendida ya en el suelo, impedirá con su desistimiento la consumación del delito. Como ejemplos de otros comportamientos que, sin suponer la neutralización del aporte impiden la consumación del delito pueden citarse, entre otros muchos, el de empleo de fuerza o intimidación sobre el autor para impedirle la continuación del delito, el del cooperador que proporciona un antídoto eficaz a la víctima previamente envenenada, o el de quien desactiva la bomba cuya colocación había facilitado previamente(43). En cualquiera de los casos en la evitación del resultado se materializa la acción salvadora emprendida por quien desiste(44).

---

(42) Distintos habrían de valorarse los casos en los que, pese a la actuación del desistente, el hecho pueda ser todavía continuado por el resto de los intervinientes, en los que no será suficiente el mero desistimiento de la ejecución como medio para evitar el resultado en el caso de la tentativa inacabada, siendo por el contrario necesaria una contribución activa. Así, por ejemplo, no podrá valorarse como una retirada eficaz de la aportación que impida el resultado la renuncia del cooperador o cómplice a seguir vigilando durante la realización del atraco cuando éste ya ha comenzado. La evitación de la consumación requerirá en ejemplos como el propuesto el despliegue de una actuación positiva –impeditiva– por parte de ese desistente, lo que remite entonces al segundo grupo de casos que se refieren en el texto.

(43) En relación con algunos de estos ejemplos y otros adicionales, puede verse VON SCHEURL, G., *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, pp. 79 ss.

(44) Si acaso baste observar que en la solución nada incide que el autor haya o no realizado todos o parte de los actos que debieran producir el resultado. Junto con los casos expuestos en el texto, entre los de neutralización del aporte con eficacia para impedir el resultado en un caso de tentativa acabada puede ponerse aquél en que el autor ha preparado el veneno que debe tomar la víctima, debiendo ahora el cooperador ponerlo en la mesa en que comerá, siendo así que retira el vaso antes de que lo beba la víctima. Como desistimiento también eficaz por neutralización del aporte pero ahora referido a una tentativa inacabada podría traerse a colación el caso de quien desiste de inmovilizar a la víctima de una violación para que un tercero impedido por su enfermedad o estado de emplear violencia consume la conducta de acceso.

## 2.2 LA ALTERNATIVA AL IMPEDIMENTO DEL DELITO: INTENTAR EVITAR SERIA, FIRME Y DECIDIDAMENTE LA CONSUMACIÓN

Sin lugar a dudas, la mayor dificultad que plantea la interpretación del apartado tercero del artículo 16 CP se concentra en la fórmula legal que en un sentido literal el legislador presenta como alternativa a la evitación de la consumación. Si aquél se respeta escrupulosamente, como parece lógico admitir, el intento serio, firme y decidido de evitar la consumación del delito evoca los casos en los que, pese a la retirada de la aportación, el resto de los intervinientes llega hasta aquella fase consumativa.

La doctrina que se muestra partidaria de exigir para apreciar el desistimiento del partícipe que en todo caso éste evite la consumación, ha encontrado serias dificultades a la hora de identificar un ámbito propio de aplicación para esta cláusula, viéndose obligada a ceñirla a los supuestos de desistimiento no causal, esto es, a aquellos en los que el resultado ciertamente se evita, si bien por razones ajenas a la conducta del desistente. Suelen comprenderse en este apartado los casos en los que la no producción del resultado es obra de otro agente (otro interviniente o un tercero), así como los de tentativa inidónea, en los que el resultado de todas formas no podría consumarse<sup>(45)</sup>.

La adopción de las premisas que se vienen sosteniendo en el texto permite, sin embargo, dotar a la cláusula en comentario de un ámbito de aplicación más amplio que, según se defenderá, colma de sentido a la referencia dual que hace el legislador a los casos de impedir la consumación, por un lado, e intentar impedirla, por otro. Antes de entrar a exponer cuál sea, en concreto, dicho ámbito de aplicación, conviene dejar sentadas una serie de premisas básicas.

La primera de ellas no es, en realidad, más que el recordatorio de un aspecto ya subrayado al hilo de las consideraciones genéricas preliminares al estudio de cada una de las modalidades de desistimiento.

---

En relación ahora con los casos en que el impedimento del resultado requiere una conducta adicional a la neutralización del aporte, sirva como ejemplo de desistimiento eficaz de una tentativa acabada aquél en que el inductor retira la bomba colocada por el inducido. Por último, como caso de desistimiento eficaz que requiere una actuación adicional a la retirada del aporte pero en relación con una tentativa inacabada puede ponerse el del cooperador que retiene con violencia al autor cuando ya ha entrado en la vivienda con la llave que le facilitó y en la que piensa cometer el asesinato.

(45) Es el caso de GILI PASCUAL. A., *op. cit.*, p. 207 ss. La premisa sostenida por el autor en el sentido de que la participación en el delito no es sólo contribución al hecho ajeno, sino que el partícipe responde por el todo, así como el punto de partida que adopta en torno a que el desistimiento pertenece a la necesidad de pena, y no a su merecimiento, le llevan a concluir que al Derecho sólo le interesa que el partícipe evite el hecho que a él le pertenece, pp. 24 ss., 27 ss., 74 ss., 207 ss.

Es el que señala la necesidad de adoptar una perspectiva eminentemente normativa en la comprensión del desistimiento del co-interviniente, de modo tal que la valoración del fracaso o no del intento inicial atienda a la evolución del riesgo en él contenido. Se descarta, con ello, una perspectiva meramente causal, que en este terreno, como en tantos otros de la teoría del delito, se muestra incapaz de ofrecer una pauta de solución si no se conjuga con la perspectiva que ofrecen los criterios de atribución normativa(46). Tal perspectiva no sólo resulta coherente con cuanto se exige para la imputación del resultado, sino también –y siguiendo el paralelismo con aquel criterio– con los requisitos a los que se subordina la concesión del beneficio de la impunidad por su evitación. El traslado a los casos que ahora nos interesan se plasmaría del siguiente modo: si la evitación del resultado debido a la acción del desistente requiere verificar que el impedimento le es imputable, allí donde, pese a la acción por él realizada el resultado se produce, habrá de comprobarse que tal efecto no sea normativamente reconducible a la actuación de otro u otros agentes. De ser así la acción de quien desiste habría de considerarse eficaz a efectos de la concesión del beneficio de la impunidad aun cuando no consiguiera impedirlo.

En contra de lo que normalmente se considera al enunciar los criterios con los que valorar la eficacia del desistimiento y en los términos que habrá ocasión de ir desarrollando a lo largo de este apartado, tal perspectiva es precisamente la que permite conciliar, hasta el punto de hacerlas complementarias, la teoría de la neutralización del aporte –o la teoría de la neutralización de la evolución del riesgo en los términos aquí defendidos para los casos de intervención plural– con el reconocimiento legal de la suficiencia de un esfuerzo serio, firme y decidido por evitar la consumación del delito(47).

---

(46) La dualidad de modelos, causales o normativos, para interpretar el esfuerzo por evitar la consumación es idéntica a la que se plantea en el caso del autor individual en aquellos ordenamientos que, como el alemán, contemplan también la impunidad para el desistente que se «esfuerza seria y voluntariamente por impedir la consumación» (parágrafo 24). Puede verse una exposición sistematizada de los distintos criterios elaborados en la doctrina en REQUEJO CONDE, C., «El intento serio de impedir la consumación del delito (análisis del artículo 16.3 del Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, 2004, pp. 41 ss., quien los trae a colación precisamente para determinar el valor de la cláusula del esfuerzo serio por impedir la consumación a efectos del artículo 16.3 CP.

(47) Clásica es, en este sentido, la exposición del criterio de la neutralización del aporte como teoría alternativa y, en buena medida, opuesta, a la del voluntario y serio esfuerzo por evitar la consumación, hasta el punto de algún defensor de la primera teoría critica el reconocimiento legal de la segunda formulación. Es el caso de MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *op. cit.*, pp. 134 ss.

Por su parte, la concreta ubicación del problema en el marco de aquella teorización requiere tener en cuenta otro de los aspectos también señalados líneas más arriba. Es el que subraya la necesidad de descartar como criterio orientador de cualquier propuesta con la que abordar el desistimiento del co-interviniente la atención a una suerte de «desaparición» o modo de «borrar» lo ya realizado. Remitiéndonos en este punto a los argumentos sostenidos al respecto en su momento, añadimos ahora que, precisamente a la vista de la improcedencia de considerar anulable un riesgo generado por la actuación conjunta de distintos intervinientes, de lo que se trata es de determinar las condiciones bajo las cuales sea posible admitir que el comportamiento del desistente introduce, desde una comprensión estrictamente normativa, una desviación tal de los hechos –ejecutados conjuntamente en su origen– que impida reconducir a la conducta inicial el resultado producido conforme a un juicio de imputación objetiva. No se trata, pues, de comprobar si el riesgo que en un momento dado existió como fruto de la interacción de los distintos participantes ha dejado de existir, ni siquiera, caso de que se haya producido un resultado, de determinar si es idéntico al proyectado conforme a criterios más o menos clásicos como el de la identidad del hecho(48). De lo que se trata, valga la insistencia, es de verificar que el resultado producido es explicable al margen del riesgo generado de modo conjunto con el resto de los intervinientes por quien después desiste. Sólo en tal caso procederá concederle la exención de pena por desistimiento.

Bien pues, sin forzar el sentido de la ley, puede decirse que tal criterio se sitúa en condiciones de explicar de modo coherente la previsión legal en lo que se refiere al esfuerzo serio, firme y decidido de impedir la consumación. En concreto, tanto la seriedad y firmeza como la decisión del desistimiento reclaman en su conjunto que, desde una perspectiva *ex ante*, objetiva y no meramente voluntarista, el desistente ponga en marcha un comportamiento orientado a impedir la realización en el resultado del riesgo generado por su actuación inicial, conjunta con otros intervinientes. No se trata, en efecto, de premiar decisiones ni actitudes en general orientadas a evitar la producción del daño, sino sólo de conceder relevancia a aquellas que tienen efectiva incidencia en la contemplación objetiva de los hechos conforme a

---

(48) Se trata de un criterio que no sólo parte de una perspectiva causal, en tanto descansa en la búsqueda de relación de lo que se entienda por un mismo resultado que pueda conectarse al hecho inicial sin indagar, o al menos no necesariamente, acerca de su eventual atribución normativa. Resulta también objetable por cuanto, dada su elasticidad, admite cualquier solución conforme al resultado al que quiera llegarse. Puede verse el recurso a este criterio en GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 87 ss.

los parámetros de un observador imparcial en los términos que habrá ocasión de desarrollar al tratar el rendimiento del criterio en su aplicación práctica. Por ahora interesa subrayar que la adopción de tal perspectiva *ex ante* resulta plenamente coherente con la comprensión que aquí se sigue del fundamento de la punición de la tentativa y, conforme a ella, de los requisitos para su castigo. En concreto, si se admite que su fundamento no solo se basa en la perturbación del Derecho causada por la infracción de la norma penal, sino también en la puesta en peligro que representa para el bien jurídico, y tal peligrosidad ha de medirse *ex ante* (en tanto que *ex post* cualquier tentativa fracasada no era, en realidad, peligrosa) y conforme a los conocimientos de un tercero, observador imparcial que a su vez tuviera en cuenta los conocimientos especiales del autor(49), no otra cosa habrá de exigirse para apreciar el reverso del fundamento de tal peligrosidad; esto es, para considerar «idóneo» el esfuerzo de quien desiste(50). Así, por la misma razón de que el fundamento del castigo de la tentativa se independiza por completo de la –no– producción del resultado, la apreciación de un desistimiento como eficaz o no, no puede hacerse depender de que la acción del desistente efectivamente evite o no aquél.

La necesidad de buscar, por ello, espacios a la alternativa legal no solo resulta coherente con la «reversibilidad» del argumento dogmático del castigo de la tentativa. Encuentra también su correspondiente plasmación en la letra de la ley, en tanto que la no evitación del resultado no es ni puede ser un dato decisivo en orden a integrar el sentido de la previsión legal a poco que se sea mínimamente respetuoso con sus términos literales. En efecto, la contemplación del esfuerzo del desistente por impedir la consumación como conducta alternativa a su efectiva evitación reclama un espacio propio que, desde la comprensión que se sostiene, valore la incidencia que conforme a una comprensión objetiva y normativa de los hechos tiene el comportamiento de quien desiste. Obviamente la pregunta que surge entonces es la relativa a la acotación de los requisitos conforme a los cuales pueda apreciarse que un comportamiento que, aun orientado a evitar la producción del resultado no lo consigue es, sin embargo, valorativamente idéntico al que tiene éxito. De ello se tratará más adelante. De

---

(49) Por todos ROXIN, C., *op. cit.*, pp. 436 ss.

(50) Encuentra así el criterio con el que determinar el desistimiento su paralelismo con cuanto se exige para apreciar una tentativa punible, idónea o no, y que resume el Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2012: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para cometer el delito».

momento con carácter previo interesa proceder al estudio individualizado de cada uno de los adverbios contenidos en la fórmula legal, para asignarles un valor cuya lectura conjunta sirva de asidero legal a la comprensión propuesta.

A la hora de afrontar tal análisis, lo primero que debe observarse es que el listado de adverbios empleados en el precepto permite su reconducción a dos grandes grupos de casos en función de la índole de las exigencias que contienen, en clave objetiva o subjetiva. En efecto, el valor semántico de cada uno de ellos da pie a interpretar que mientras algunos sitúan su punto de mira en la contemplación objetiva de los hechos, otros lo hacen en los aspectos subjetivos o atinentes a la actitud del desistente que deben acompañar a aquella descripción objetiva de su conducta. En concreto, la referencia a los aspectos subjetivos de la actuación del autor quedaría plasmada en los adverbios firme y decididamente, mientras que la exigencia de la idoneidad objetiva de la conducta para evitar la producción del resultado se contendría en el adverbio «seriamente»(51). Firmeza y decisión son, efecto, cualidades que remiten al plano subjetivo o relativo a la intención, y que han de predicarse de la actitud de quien desiste. Firmeza, según la segunda acepción del *Diccionario* de la Real Academia Española, significa «Entereza, constancia, fuerza moral de quien no se deja dominar ni abatir», entendiéndose por decisión, por su parte, conforme a su primera acepción «Determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa» y, conforme a la segunda «firmeza de carácter».

Conforme a tales significados, la lectura conjunta de los términos firmeza y decisión, remiten a una actitud del autor asimilable a una suerte de dolo directo de primer grado respecto a la evitación del delito, de modo tal que quedan al margen del precepto los casos en que el agente admita, siquiera sea con dolo eventual, su producción asociada a la ineficacia de la conducta que pone en marcha.

La seriedad, por su parte, y según la quinta acepción del adjetivo serio conforme a la RAE, significa «grave, importante de consideración». Permite con ello el término subrayar la utilidad de la acción emprendida para la consecución del fin propuesto. Exige tal adverbio, en definitiva, la idoneidad de la contemplación de la conducta para

---

(51) Ya en este sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *op. cit.*, p. 144, nota 371. Debe decirse, no obstante, que la seriedad del esfuerzo ha sido interpretada por un importante sector de la doctrina alemana en clave subjetiva. Véase por todos a VON SCHEURL, *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, *op. cit.*, pp. 117 ss, quien renuncia por completo a cualquier comprobación objetiva relativa a la idoneidad de la conducta, atendiendo por el contrario, exclusivamente, a la subjetividad del autor. Tal premisa la calificaba como inequívoca («Das ist unproblematisch»).

evitar que el riesgo inicialmente creado se proyecte en la continuidad delictiva y, en su caso, en el resultado. Conforme a la perspectiva que aquí se sostiene, criterio decisivo para ello no debe ser la atención a si la medida emprendida es o no la óptima, aspecto en el que en general se ha centrado la discusión doctrinal al comentar la cláusula del esfuerzo serio, sino a si contiene un potencial capaz de interrumpir la conexión normativa con el resultado(52), caso de que éste, pese a todo, se produzca. Obviamente, a partir de esta premisa, cuestión distinta es la relativa a la adopción de la perspectiva conforme a la cual se aprecie la referida idoneidad de la conducta para evitar la consumación del delito; en concreto, si debe atenderse a un punto de vista estrictamente objetivo o si, por el contrario, cobra relevancia la subjetividad de la elección del desistente, tomándose entonces en consideración sus creencias y dando relevancia en consecuencia, en su caso, a sus errores de apreciación.

Bien puede considerarse trasladable a este punto el criterio ensayado para otros ámbitos problemáticos en los que, pese a la distancia que media con el que ahora interesa, está igualmente en juego el valor que haya de darse a las creencias o apreciaciones del autor en un escenario que le impone actuar con rapidez; en este caso concreto por haber comenzado ya la fase ejecutiva. Me refiero al criterio de *lo razonable*(53), conforme al cual procede conceder relevancia a las creencias del autor en tanto que, tomando en consideración las circunstancias objetivamente concurrentes en la situación en que se halla y adoptando una perspectiva *ex ante* que tenga en cuenta la perspectiva de un observador imparcial, fuera «razonable» percibir la realidad como lo hizo el autor y actuar en consecuencia. Tal criterio se sitúa en condiciones de ofrecer una línea de solución satisfactoria a los casos que nos ocupan aunando las consideraciones objetivas con la perspectiva del desistente. Resultará así que el esfuerzo serio será aquel que, atendiendo a las circunstancias del caso y conforme a aquella perspectiva objetiva y *ex ante*, fuera razonable para el autor considerar como eficaz para la evitación del resultado, con independencia de que, a la postre, tal actuación lo fuese o no objetivamente. Por ello, caso de que pese a tales esfuerzos se acabe produciendo un resultado, el mismo no resultará atribuible en términos normativos al hecho inicial.

---

(52) En la doctrina alemana, por todos, PUPPE, I., «Die Halbherzige Rücktritt», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1984, Heft 11 p. 488.

(53) En el específico ámbito problemático de la legítima defensa y en relación con el valor que quepa conceder a las apreciaciones subjetivas de quien se defiende frente a una supuesta agresión ilegítima, véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 308 ss.

Así entendido, el criterio no debe verse ni como un enunciado que absorba a la fórmula del impedimento, ni vinculado a la teoría de la neutralización del aporte. Cifrada, en efecto, la seriedad en la idoneidad objetiva del comportamiento desistente para desviar la continuidad del riesgo generado por la conducta inicial, la efectiva puesta en práctica del comportamiento en cuestión no se traduce ni demanda traducirse en el impedimento efectivo del resultado(54) ni tampoco, al menos no necesariamente, en la neutralización de la aportación. Lo primero, porque como ya se ha dicho, es perfectamente posible que el mismo se produzca y, sin embargo, no sea ya imputable al autor en términos de atribución normativa, sino explicable por otro riesgo –generado por otro u otros de los intervinientes– o incluso debido a un fracaso de la acción con capacidad salvadora *ex ante*, fracaso no imputable al autor(55). Lo segundo, que no se trata de neutralizar el riesgo generado por la actuación inicial conjunta, resulta también una consecuencia lógica desde las premisas que se vienen sosteniendo, en tanto que en los casos de intervención plural que han evolucionado a la fase ejecutiva, no es posible hacer «aparecer y desaparecer» la aportación de cada uno de los participantes(56), sino de

---

(54) Lo que se ha exigido por parte de un destacado sector de la doctrina alemana al comentar la cláusula paralela prevista en este ordenamiento. Es el caso de RÖMER, H., para quien la exigencia de seriedad no sería sino un simple añadido al esfuerzo que requiere el impedimento del resultado, en *Fragen des 'Ernsthaften Bemühens' beim Rücktritt und tätiger Reue*- Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 36. En la doctrina española es la postura adoptada por GILI PASCUAL, A., *op. cit.*, pp. 207 ss., quien, según ya se señaló marginalmente, reserva el valor de la cláusula en comentario prácticamente sólo para los casos de desistimiento no causal, esto es, aquellos en los que la evitación del resultado se debe a otra eventualidad ajena a la actuación del desistente así como para los supuestos de tentativa inidónea. La actitud meramente resultativa que adopta el autor le lleva a excluir en todo caso la producción del resultado, salvo que este tenga una identidad diferente al intentado, lo que resuelve con un criterio extremadamente restrictivo.

(55) Comentando la cláusula del serio esfuerzo por evitar la consumación del Código Penal portugués a efectos del artículo 25 (desistimiento en el caso de participación de varios agentes), ejemplificaba LACERDA DA COSTA PINTO, F., con el caso del cómplice de un homicidio que llama rápidamente a una ambulancia, que no llega a tiempo de salvar a la víctima por sufrir un accidente durante el trayecto, *A Relevância da Desistência em Situações de Comparticipação*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pp. 240 s.

(56) Una comprensión que, sin embargo, no es infrecuente encontrar por parte de los defensores de la neutralización del aporte, con independencia de los matices que introduzcan en la fórmula. Es de destacar en este sentido en la doctrina alemana a LENCKER, T., quien insiste en la idea de la neutralización de la aportación, si bien añadiendo la exigencia de que el partícipe sea con ello consciente de que de ese modo se impide la consumación: «si el partícipe cancela su contribución que se hizo efectiva en el intento siendo consciente de que con ello hace imposible la continuidad del

introducir un factor que en clave objetiva tenga potencialidad para desviar el sentido de la misma hasta la producción del resultado. Precisamente por ello, en los términos que habrá ocasión de referir, es perfectamente posible que el esfuerzo serio por evitar la consumación reclame una actuación adicional y distinta a aquella que se agota en la neutralización del aporte.

La aplicación del criterio en la práctica lleva a descartar, por ejemplo, cualquier efecto eximente de pena a la conducta del interviniente que mediante rezos o conjuros pretendiera impedir que el autor alcanzara a la víctima con el cuchillo que previamente le había dado, por mucho que su voluntad se encaminara firme y decididamente a evitar la consumación. Por el contrario, habría de apreciarse la seriedad del esfuerzo allí donde quien prestó el cuchillo al autor lo sujetara con violencia para impedir que lo sacara de su bolsillo, desconociendo que, contra el plan ideado inicialmente, ese autor se lo había entregado a otro interviniente, quien acaba matando con él a la víctima. En tanto que para el desistente resultase razonable pensar que quien portaba el arma era el interviniente que sujetaba a la víctima con violencia, habrá de apreciarse la seriedad de su esfuerzo por evitar la consumación aun cuando a la postre la medida haya resultado ineficaz para impedir el resultado(57).

Conforme a lo anterior, y como en parte ya se anunciaba, siempre que se entienda aplicada, no al dato de la producción o no del resultado, sino a la determinación de cuándo el comportamiento del desistente introduce una desviación esencial en la configuración de los hechos, se difumina la clásica discusión en torno a si la medida adoptada debe ser la óptima entre todas las posibles así como, en su caso, acerca de cuándo sea ese el supuesto. Decisivo no es este aspecto(58)

---

hecho por parte del autor, no sólo determina que aunque el hecho finalice sea cometido con independencia de su inicial aportación, sino que también se habrá esforzado en impedir su consumación (así, cuando retira el instrumento que previamente entregó al autor en el convencimiento de que de ese modo no podrá finalizarlo)», en «Probleme beim Rücktritt des Beteiligten», en *FS für Wilhelm Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York, 1973, p. 297.

(57) Si bien sin reconducirlo a esta formulación, entiendo que la esencia de este criterio está presente en la propuesta de ROXIN, C., cuando, comentando el párrafo 24 I. 2 StGB, afirma: «La “seriedad” del esfuerzo exige... que el que desiste emplee aquel método que, desde su punto de vista, esté más cerca de ser el mejor, pero no necesariamente tiene que ser el objetivamente adecuado para la evitación del resultado, ni hay por qué comprobarse cuidadosamente su idoneidad», en *Derecho penal, Parte General*, tomo II, *op. cit.*, p. 709.

(58) Se renuncia a reproducir expositivamente el amplio debate doctrinal al respecto, tanto en la doctrina alemana como en la española. En relación con ésta nos remitimos a la obra de ALCÁ CER GUIRAO, R., *op. cit.*, pp. 47 ss, 60 ss., quien, respecto

sino que, teniendo o no aquella cualidad, tenga capacidad para interrumpir su imputación a la conducta inicial(59). Cuestión distinta será la repercusión que pueda tener el hecho de que el desistente no haya elegido la medida óptima en lo que se refiere a la apreciación de las exigencias subjetivas contenidas en la fórmula legal y que, como se recordará, se cifran en la exigencia de que el esfuerzo se califique como firme y decidido. Si quien desiste opta por elegir una medida entre las que estaban a su alcance que no parece la más adecuada para evitar la producción del resultado y ello es debido a una actitud de indiferencia ante su probable producción, habría de negarse la concesión del beneficio de la impunidad pero, insistamos, no por la insuficiencia de las medidas objetivas adoptadas, sino por no concurrir la exigencia subjetiva caracterizada líneas más arriba por su similitud con una suerte de dolo directo de primer grado.

Todavía, y antes de continuar con la exposición de la mano de distintos ejemplos del rendimiento del criterio en la práctica, conviene

---

a la comprobación de la evitación del resultado aplica el principio de máxima seguridad de la salvación. En el caso del agente que actúa en solitario requiere que realice la acción de salvación más segura; en el caso de que intervengan terceras personas el agente deberá ostentar el dominio de la salvación. En la amplia literatura alemana al respecto han sido clásicos dos grandes bloques de opinión. Por un lado, el representado por quienes consideran suficiente la adopción de cualquier medida apropiada para evitar el resultado (entre otros, BLEI, H., «Versuch und Rücktritt von Versuch nach neuem Recht», en *Juristische Arbeitsblätter*. 1975, pp. 233 ss; GORES, C. J., *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Duncker Humboldt GmbH, Berlín, 1982, pp. 209 ss), y por otro, la representada por quienes exigen la adopción de la medida óptima de salvación (entre otros, HERZBERG, R. D., «Problemenfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, pp. 862, quien recurre como criterio complementario a la teoría del dominio del hecho, esto es, considera que impide el hecho aquel que con dominio del hecho lo evita, p. 866. Una excepción se produciría allí donde el medio de salvación adecuado pase por pedir ayuda a un tercero, básicamente a un médico, p. 867. Véase también JABOBS, G., quien en los casos en que el autor no adopta la medida óptima de salvación fundamenta una tentativa con dolo eventual en comisión por omisión, «El desistimiento como omisión del hecho», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, p. 332). Sobre el debate y los argumentos a favor y en contra de una y otra posición véase ROXIN, C., «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch» *op. cit.*, pp. 329 ss., quien considera válida la teoría de la oportunidad en el caso del autor que emprende por sí la acción de desistimiento, pp. 335 ss. No obstante, no han faltado posturas que pudieran calificarse como intermedias entre las dos anteriores. Es el caso de RAU, I., quien recurre a una u otra dependiendo del bien jurídico puesto en peligro por la tentativa, *op. cit.*, p. 57.

(59) En relación con el desistimiento del autor individual, el recurso a los criterios de imputación como parámetros con los que desplazar la discusión en torno a la determinación de la medida óptima o no de salvación de cara a la evitación del resultado, se encuentra ya en la obra de RUDOLPHI, H. J., *op. cit.*, pp. 508 ss., pp. 511 ss.

hacer una precisión adicional que, pese a parecer en principio casi tautológica, resulta importante para acotar con exactitud el espectro de casos en los que proceda la aplicación del criterio. Se trata, en concreto, de subrayar que la suficiencia del esfuerzo serio, firme y decidido debe reservarse para aquel escenario en el que la actuación del interviniente que desiste tenga lugar en una secuencia en la que todavía sea posible, *ex ante*, desviar por completo la peligrosidad propia de la actuación –conjunta– inicial. Es lo que sucederá con claridad allí donde dicho riesgo se encuentre en una situación que pudiera llamarse estática respecto a la lesión del bien jurídico que se pretendió lesionar, esto es, cuando de su mano el decurso de los hechos no haya experimentado aún un cambio sustancial en términos resultativos. Imaginemos el caso del autor que ha entrado ya en fase ejecutiva y se muestra dispuesto a disparar a la víctima con el arma proporcionada por el partícipe, un estadio en el que se encuentra todavía en manos de quien la prestó la posibilidad de desviar el riesgo inicial generado, en tanto que todavía no se ha materializado en resultado alguno.

Distintas son las cosas allí donde la aportación y, con ella, el riesgo que supone se haya plasmado en un resultado intermedio fruto de la actuación conjunta de los intervinientes y que represente un avance en la progresión de la lesión del bien jurídico(60). Imaginemos el caso en el que efectivamente el autor ha llegado a disparar a la víctima con el arma que le proporcionó el cooperador necesario, siendo así que es ya cuando aquella yace en el suelo aún con vida cuando el partícipe intenta evitar la producción de la muerte. Cierto es que podría decirse que en tanto que lo que se ventila es la impunidad o no por un delito intentado de homicidio, la producción de un resultado intermedio no debería tener más significado que el de calificar las lesiones producidas, pero sin prejuzgar ni condicionar los criterios con los que determinar la eventual exoneración o no de la responsabilidad por el homicidio intentado. Sin embargo, tal entendimiento desconocería que desde el momento en que la peligrosidad contenida en la actuación conjunta del partícipe y el autor se plasma en un resultado que

---

(60) No se refiere, por tanto, la limitación a los casos en que se produce cualquier resultado, sino sólo a aquellos en que éste representa un estadio más en la progresión de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo penal a cuya lesión se orienta la actuación conjunta. Así, por ejemplo, la limitación no operaría en el caso del cooperador que prestó un arma de fuego para que con ella el autor intimidase a los empleados de una sucursal bancaria durante la ejecución de un atraco. Al disparar al aire con tal fin causa una serie de cuantiosos daños en la sucursal. Nada tendría que ver ese resultado con la progresión de la lesión del bien jurídico ni, por tanto, su producción introduciría ningún estadio relevante que justificara limitar la dualidad de posibilidades de desistir contempladas en el artículo 16.2 CP.

representa un avance en la progresión de la lesión al bien jurídico, resulta ilusoria la posibilidad de que todavía aquél desvíe el riesgo propio contenido en el hecho inicial. En tal caso la aportación del partícipe pierde la singularidad que justifica la posibilidad de acogerse a un régimen especial. Desde ese momento(61), en efecto, referente del esfuerzo por impedir la consumación no es ya ni puede ser la desviación del riesgo contenido en la conducta originaria, sino impedir un resultado imputable a la fusión de las distintas contribuciones. Parece, por ello, de todo punto disparatado pretender sostener que cuando yace en el suelo la víctima tras ser disparada por el autor, al partícipe le sigue bastando la posibilidad de desplegar un esfuerzo serio, firme y decidido para evitar la consumación mientras que a aquél le es exigible impedirlo. Todos los intervinientes se han situado ya en la misma posición, y para todos ellos el beneficio de la impunidad por la tentativa de homicidio queda ya condicionado a la regla del impedimento de la consumación(62). La determinación, pues, de los presupuestos con los que se les conceda la impunidad remite al diseño de las condiciones bajo las cuales se considere que el sujeto en cuestión ha impedido el delito, debiendo por ello traerse a colación las exigencias a las

---

(61) Para evitar equívocos, debe insistirse en la idea de que la determinación de tal momento no coincide exactamente con la calificación del intento como acabado o inacabado. Si bien es cierto que en los casos de tentativa inacabada difícilmente es imaginable la producción de un resultado, en los de tentativa acabada son imaginables casos en los que no hay resultado intermedio alguno (por ejemplo, el autor colocó la bomba gracias al acceso al lugar que le facilitó el cooperador necesario).

(62) Decae así la objeción que a veces se ha dirigido contra este criterio, en el sentido de introducir un régimen inexplicablemente beneficioso para el partícipe en comparación con el que rige para el autor, a quien en todo caso se exige la evitación de la consumación. Así lo criticó de hecho algún autor luso comentando el artículo 25 del Código Penal portugués y que reza como sigue: «Si varios sujetos coparticipan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impide la consumación o la verificación del resultado, ni la de aquél que se esfuerza seriamente por impedir una u otra, aunque los otros copartícipes prosigan la ejecución del delito o lo consumen». En concreto, denunciaba LACERDA DA COSTA PINTO, F., la incoherencia de tal régimen de la mano del ejemplo del cómplice de un homicidio que se esforzara por salvar a la víctima llamando a una ambulancia, siendo así que esta no llegase a tiempo para evitar el resultado debido a un accidente sufrido por aquella. No se entendería, decía el autor, que en tal caso el cómplice hubiera de quedar impune y no, sin embargo, el autor del mismo ejemplo, *op. cit.*, p. 137. Tal crítica decae en casos como el expuesto, en tanto que el riesgo introducido por el partícipe se ha acabado plasmando en un resultado, ya sea consumado (la víctima murió del disparo) o intentado (la víctima ha sido disparada y está herida), y con ello, su aportación se ha fusionado de modo irreversible ya con la del autor. Por ello, si en el segundo caso éste quiere conseguir el beneficio de la impunidad tendrá que acogerse al régimen general del desistimiento previsto para el autor, que pasa como ya se sabe por la evitación del resultado.

que se hacía referencia en el apartado relativo a la modalidad de impedir la consumación.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. EL RENDIMIENTO DEL CRITERIO: ANÁLISIS DE LOS DISTINTOS GRUPOS DE CASOS

Con el fin de plasmar las conclusiones de la contribución, se trata en este apartado de determinar de la mano de un análisis de distintos grupos de casos cuándo el comportamiento emprendido por el interviniente que desiste tiene potencialidad desde una contemplación objetiva *ex ante* para introducir una desviación tal del suceso que, desde aquella perspectiva, permita racionalmente afirmar que la continuidad o no del propósito delictivo y, con ello, de la ejecución del delito, pasa a explicarse por una decisión autónoma del autor o del resto de intervinientes, pero no ya por la evolución y plasmación en el resultado del riesgo inicialmente creado. De ser así, caso de producirse éste, habría de entenderse desvinculado normativamente de él.

De acuerdo con cuanto se ha venido exponiendo, es lo que ocurrirá en dos escenarios distintos. El primero, cuando la retirada de su aportación, esto es, la neutralización del aporte de quien desiste, suponga ya, desde aquella perspectiva de racionalidad objetiva, un cambio esencial en la evolución del peligro inicialmente generado. El segundo, cuando el interviniente, sin retirar su aportación inicial, emprenda una actuación que introduce una desviación relevante en el decurso de los hechos.

Dentro del primer grupo de casos, esto es, aquellos en los que la conducta del desistente se cifra en la retirada de su aporte, pueden plantearse dos hipótesis distintas de muy desigual dificultad. La primera de ellas correspondería a los supuestos en que la actuación del agente suponga la introducción de un obstáculo impeditivo para la consumación del delito. En ellos, en realidad, la solución de la impunidad sería compartida no sólo por los defensores de la doctrina de la neutralización del aporte, sino también por quienes exigen el impedimento de la consumación como requisito condicionante del beneficio de la exención de pena. El paradigma de este primer grupo de casos se encuentra en el ámbito de la cooperación necesaria. Así sucedería, por ejemplo, allí donde el co-interviniente dejase de inmovilizar a la víctima antes del acto de penetración en la violación, lo que impide que el autor, incapacitado para ejercer violencia por sí mismo debido a su escasa fortaleza o a una enfermedad o incapacidad permanente o transitoria, pudiera continuar la ejecución. Otro tanto habría que decir en el

ejemplo en el que la única manera de acceder a una caja fuerte para robar fuese el empleo de una clave o llave, que quien en un momento previo facilitó retira durante la ejecución del delito. En tanto que en cualquiera de los ejemplos la retirada del aporte asegura la evitación del resultado, al menos en el intento que se está enjuiciando(63), la concesión del beneficio de la impunidad no plantearía mayores problemas ni desde la postura que se sostiene ni desde otras concepciones.

Mayor interés, por su dificultad, tiene el tratamiento de los casos en los que la retirada de la aportación no produce, de por sí, el efecto impeditivo del resultado. En ellos se trata de determinar cuándo éste sigue siendo reconducible al peligro generado en origen de forma conjunta por los intervinientes pese al intento impeditivo de quien ahora desiste. Desde luego que las dificultades no se plantean a la hora de negar tal posibilidad allí donde la retirada de la aportación resulte por completo indiferente desde el punto de vista de las posibilidades de éxito de la ejecución por parte del resto de los intervinientes. Imaginemos el caso del coautor de un atraco que junto con otros tres coautores ha entrado ya en la sucursal bancaria y que en el transcurso del atraco hace ver al resto que abandona la fase ejecutiva, un cambio de actitud que no introduce ningún factor que desvincule en términos de desviación del riesgo la relación entre su participación en la fase inicial del delito y su posterior evolución –ya sin su participación–. Aun interrumpida posteriormente la contribución, el éxito del inicio de la ejecución –que posteriormente y de la mano ya de la actuación del resto de los intervinientes evoluciona hacia el resultado– es explicable por las labores de intimidación o vigilancia realizada, sin que el partícipe introduzca en este tipo de ejemplos ningún factor neutralizador o de desviación del riesgo que generó más allá del hecho de no seguir prestando su colaboración. Ninguna razón existe en ellos para anular su responsabilidad por el delito intentado(64).

---

(63) Todo ello obviamente sin perjuicio de que en una secuencia posterior y desconectada de la acción inicial el delito se reintente. Así, si la persona impedida para ejercer violencia busca a otra distinta para ejecutar el hecho en otro momento, o si el autor del robo recurre a reorganizar el plan empleando un explosivo con el que volar la cerradura de la caja fuerte.

(64) Es más, la ausencia de la ruptura de la relación de imputación puede determinar, incluso, que subsista la imputación de responsabilidad, no ya por el delito intentado, sino por el consumado. Es lo que sucederá allí donde pueda fundamentarse que quien retira su aporte ha asumido una posición de garantía respecto al bien jurídico protegido, posición que puede encontrar su fundamento precisamente en la previa injerencia del autor, por haber contribuido a su puesta en peligro de un modo que no se ve anulado por la conducta posterior. Sirva de ejemplo el caso de quien traslada en el maletero de su vehículo a una persona que ha sido secuestrada y maniatada previamente por un tercero. El hecho de que en un momento dado decida sacarla del

Frente a estos casos, las dificultades que plantea la fenomenología de los que nos ocupan se concentran allí donde, aun siendo necesaria la contribución del partícipe que ahora desiste para la consumación del delito, es posible la continuidad del intento si el otro u otros intervinientes recurren a un método alternativo. Sirva como ejemplo el caso de quien prestó su arma al autor para matar a un tercero, que la retira justo cuando aquél se disponía a disparar, continuando pese a todo el autor con su propósito golpeando con un objeto contundente a la víctima hasta matarla, o el caso del cooperador que en el momento de la ejecución retira la llave de la vivienda que en su momento facilitó al autor para que entrase a robar, siendo así que el autor se introduce por una ventana en el inmueble, culminando su propósito delictivo.

El aspecto que tradicionalmente ha concentrado el debate doctrinal en casos como los expuestos se ha cifrado en la determinación de los criterios conforme a los cuales poder afirmar que el hecho proyectado y el realizado finalmente conservan, en su caso, una relación de identidad, lo que en general se excluye allí donde se produce un cambio relevante de objeto del delito, de los medios de ejecución o del ámbito espacio temporal (65). Frente a tal comprensión, la aplicación del criterio aquí defendido pone el centro de atención en una perspectiva distinta, atenta a la contemplación objetiva de la actuación desplegada por el desistente. En concreto, se viene afirmando que la concesión de efectos al desistimiento del partícipe que se esfuerza de modo serio, firme y decidido en impedir la consumación debe atender al potencial de su conducta para introducir una modificación relevante en el riesgo inicialmente generado, tomando para ello en cuenta una perspectiva *ex ante* que valore las circunstancias y conocimientos del autor así como los que pudiera tener un espectador objetivo en el momento de la actuación de aquél. La aplicación de tal criterio a los ejemplos que nos ocupan determina que no pueda considerarse eficaz el desistimiento emprendido por el partícipe allí donde a la vista de aquel observador imparcial resultara previsible o incluso comprobable, *de facto*, la continuidad del plan delictivo con la ayuda de otros medios accesibles para esos otros intervinientes en el escenario creado por la original actuación conjunta de todos ellos. Aquella contemplación objetiva de los hechos impide, en efecto, considerar eficaz el

---

maletero, dejándola en una carretera poco transitada, no cancela su posición de garantía por injerencia respecto al bien jurídico protegido, de modo tal que, si el resultado de muerte finalmente se produce, habría de responder por el mismo en comisión por omisión.

(65) En la doctrina alemana, por ejemplo, ESER, A/BOSCH, N., *op. cit.*, § 24.92.

desistimiento del interviniente(66), siempre que el hecho realizado tenga lugar aprovechando la misma ocasión delictiva planeada de modo conjunto por los distintos participantes(67). Así, por ejemplo, no podrá beneficiarse de la impunidad por la tentativa previa quien retira la llave que entregó para que el autor entrase en la vivienda, siendo así que de todos modos a aquél le resulta posible el acceso por una ventana abierta; o quien tras acechar a la víctima por el parque conjuntamente con el autor y elegir para el ataque el momento en el que se encuentra en un lugar solitario, retira el puñal que antes prestó, si bien el autor aprovechando el mismo escenario creado decide matar a la víctima a base de patadas. Aun cuando en cualquiera de los ejemplos el partícipe no responda por el delito consumado, el beneficio de la impunidad no puede alcanzar a su participación por la tentativa, en tanto que no desvía de modo relevante la puesta en peligro del bien jurídico generada por el plan inicial conjunto.

---

(66) Puede observarse que la solución de estos ejemplos coincide en buena medida con la sostenida por quienes ponen el foco de atención en aspectos atentos a la eficacia real de la conducta emprendida por el desistente para evitar la consumación, así como la que atiende a si, caso de que se produzca un resultado, este es idéntico al intentado. Es el caso de GILI PASCUAL, A, *op. cit.*, pp. 89 ss., quien exige para que el interviniente que desiste obtenga el beneficio de la impunidad que introduzca una «dificultad organizativa», que signifique la frustración propia del proyecto concreto y que represente un desistimiento definitivo también desde la perspectiva del autor. Si bien es cierto que el criterio aquí defendido coincide en sus resultados con el propuesto por este autor, la lógica del razonamiento es distinta. Así por ejemplo, al igual que hace el autor, se sostiene en el texto que no merece el beneficio de la impunidad el partícipe que cierra la puerta que había abierto el autor del robo con la llave falsa que le proporcionó, siendo así que el autor se introduce por un ventanuco visible para ambos, o el partícipe que prestó la pistola al autor se la arrebató cuando iba a disparar el gatillo, si bien en cierta conexión espacio temporal el autor asesina de todos modos a la víctima con un puñal, a golpes o por estrangulamiento. A tal solución llega el autor al considerar que en todos estos casos se mantiene la identidad del hecho, también perteneciente al partícipe, sin que haya introducido una dificultad organizacional relevante hasta la fase de la tentativa, de modo que para hacerse acreedor del beneficio del desistimiento deberá evitar la consumación. Sin embargo, desde la postura que aquí se sostiene, la ineficacia de este tipo de actuaciones se debe a que, desde una perspectiva *ex ante* y teniendo en cuenta los conocimientos de un espectador objetivo, el desistente no ha introducido una desviación relevante del riesgo contenido en su actuación inicial.

(67) Siempre y cuando el tipo delictivo cometido sea el planeado en su momento, lo que excluye de la imputación eventuales desviaciones atribuibles sólo a una decisión autónoma del autor. Resulta así, por ejemplo, que en el caso propuesto del acceso a la vivienda por una ventana abierta cuando el partícipe ha retirado la llave que prestó, si bien el robo le será imputable al partícipe que se limita a retirar la llave, no lo será la eventual violación que cometiera el ladrón aprovechando la presencia de una chica en la vivienda.

Por el contrario, habrá de valorarse como un desistimiento eficaz el caso en el que un espectador objetivo situado en el lugar del agente en el momento de la comisión del delito y contando con sus conocimientos, no pudiera prever tal actuación alternativa, o, al menos, no sin interrumpir la continuidad del delito. Pensando de nuevo en el caso de quien prestó un arma que después retira, si pese a todo de forma inesperada y sorpresiva el autor sacase otra pistola que llevaba y ejecutase con ella el asesinato, ni el resultado ni la tentativa resultaría ya imputable al partícipe, lo mismo que tampoco lo sería la entrada en la vivienda cuando el autor portase otra llave con la que abrir la cerradura, igualmente de forma imprevisible para el partícipe. En tal caso, la retirada de su aporte ha de valorarse como una desviación eficaz del riesgo que inicialmente creó de modo conjunto con el autor con independencia de que subsista o no el dato de la conexión causal con el resultado producido(68). Cuestión distinta es que se plantee en tal caso la eventual responsabilidad del partícipe por un delito en comisión por omisión y, caso de descartarse ésta, por una forma de complicidad psíquica –si es que la conducta en cuestión haya tenido efectiva influencia en quien actúa en orden a reforzar su propósito delictivo(69)– o, en su caso, por un delito del artículo 450 CP. Nunca por la contribución inicial activa.

Singular dificultad plantea la determinación de cuándo resulte apreciable una desviación relevante del riesgo inicial en el caso de la inducción. Desde luego que aquella posibilidad debe de entrada negarse allí donde la incitación hubiera consistido en una labor persuasoria orientada a incidir sobre la apreciación subjetiva de las ventajas de la comisión del delito(70), casos en los que el intento por

---

(68) No comparto por ello el impedimento que ve algún autor para conceder la impunidad al interviniente que desiste sin conseguir la evitación del resultado precisamente por el dato de que la tentativa comenzara contando con su aporte. Es el caso de GILI PASCUAL. A., *op. cit.*, pp. 32 ss.

(69) LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 314 s: «La complicidad psíquica debe, por tanto, ser causal para el resultado si no queremos extender la punibilidad más allá de lo necesario, es decir, más allá de los supuestos que merecen ser castigados por constituir contribuciones a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos... y si la causalidad no puede ser probada suficientemente, la conducta...deberá ser impune como consecuencia del principio *in dubio pro reo*».

(70) A estos casos me refería ya en mi tesis doctoral *La inducción a cometer el delito*, Valencia 1995, p. 320, donde defendía el criterio de la neutralización del aporte. Sigo considerando válidos los supuestos de partida que entonces proponía: «incidencia en la valoración de las ventajas del plan frente a las inhibiciones del autor, o en la comunicación de los detalles de un plan frente a las inhibiciones del autor, o en la comunicación de los detalles de un plan que lo presentaban como una oportuni-

revertirlo (convenciendo ahora al autor de lo contrario) no podría considerarse como un esfuerzo serio, en el sentido de tener idoneidad o aptitud objetiva para evitar el resultado. Así obliga a considerarlo la imposibilidad de predecir desde una perspectiva *ex ante* que una actividad persuasoria tiene potencialidad para desviar el riesgo inicialmente generado.

Más dudosos pudieran plantearse los casos en los que la incitación se hubiera cifrado en el ofrecimiento de una ventaja o recompensa objetiva que durante la ejecución el incitador retira. Baste pensar en el caso del asesino a sueldo que se ha introducido en el domicilio de la víctima y mientras acecha sus pasos para dispararle, el inductor le hace saber que ya no está interesado en el crimen y que le retira la sugerente recompensa que inicialmente le ofreció. La cuestión, de nuevo, nada tiene que ver con la incidencia causal de la incitación en el resultado que finalmente se produzca, sino con criterios normativos de imputación<sup>(71)</sup>. Si bien es cierto que el retroceso de ese incentivo puede introducir un factor relevante con vistas a la desviación de la decisión del autor, no por ello procede decir que desde la perspectiva objetiva y atenta a los parámetros de racionalidad que aquí se manejan, tal alteración de las circunstancias pueda considerarse como un esfuerzo «serio» de cara a la evitación del resultado. En efecto, no es posible descartar ni resulta irracional prever que pese a la retirada del incentivo el autor continúe su plan, por el motivo que sea, incluida la venganza por no recibir la recompensa esperada y que se salda con la involucración del inductor en un crimen consumado<sup>(72)</sup>.

Las líneas anteriores se han ocupado del rendimiento del criterio propuesto en los casos en los que la conducta del desistente con eficacia para excluir la imputación se traduce, en esencia, en la retirada de su aportación inicial. No deben entenderse, sin embargo, como los únicos en los que procede identificar la seriedad del esfuerzo del desistente por impedir el delito. También es posible que el agente introduzca una desviación relevante en el decurso de los hechos

---

dad», p. 321. Estos ejemplos son tachados en potencia («puede resultar») como desafortunados por GILI PASCUAL., A. por entender que remiten a la fase preparatoria. Tal vez se explique su juicio por mezclar estos casos con el ejemplo que utilizo en alguna nota a pie de página referido a la específica fenomenología de los errores.

(71) Como, sin embargo, puede leerse en la doctrina alemana, KUDLICH, H./SCHUHR, J., quienes excluyen un espacio relevante de aplicación a la cláusula en comentario precisamente al exigir que la contribución del interviniente no sea «causal» para la producción del resultado, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, 50 *Strafgesetzbuch Kommentar*, Satzger/Schluckerbier/Widmaier, 3. Auf., 2016, § 24.61.

(72) Sobre estas dificultades, si bien enfocando el problema desde el punto de vista de la neutralización del aporte, VON SCHEURL, G., *op. cit.*, pp. 1, 11 ss.

cuando no sea decisiva la retirada de su aporte, ya sea porque éste no tenga la envergadura suficiente como para determinar una valoración distinta del riesgo inicial, ya sea simplemente porque le resulte imposible la retirada(73). En estos casos la comprobación de la existencia de un esfuerzo serio a efectos de apreciar el desistimiento de la tentativa también será posible cuando quien desiste lleve a cabo una actuación positiva encaminada a la evitación del suceso. Cuál sea esta acción remite a la determinación de la que se considere la medida idónea de salvación conforme al criterio de lo razonable sostenido más arriba, y cuya concreción reclama la atención a las peculiaridades de cada caso concreto. Así, por ejemplo, en el último caso propuesto del inductor que intenta desmotivar a quien previamente convenció, la relevancia de su esfuerzo pasará por adoptar medidas directamente orientadas a la evitación del delito como pudiera ser, por ejemplo, retener con fuerza a la víctima. Por su parte, y por continuar con los ejemplos, el vigilante que quiera desistir de forma eficaz durante el atraco debería intentar impedir el acceso de los atracadores al local o, si ya están dentro, al lugar donde se encuentra el dinero que pretenden robar, o bien llamar a la policía. Cualquiera de estas medidas puede contemplarse como un esfuerzo serio de cara a la evitación del delito desde una perspectiva de racionalidad objetiva y, por tanto, es susceptible de valorarse como suficiente para apreciar el desistimiento de la tentativa conforme al artículo 16.3 CP. Todo ello, además, siempre que en lo que se refiere a las exigencias subjetivas de la fórmula legal se compruebe que la adopción de la medida concreta empleada por el agente representa un esfuerzo firme y decidido por evitar la consumación, esto es, que la elección de una concreta medida, y no otra, no obedece a una actitud de indiferencia respecto a la eventual producción de un resultado que se representa en términos de probabilidad.

---

(73) Ejemplo de lo primero sería el caso del cooperador encargado de las tareas de vigilancia mientras se produce el atraco, y que en un momento dado de la fase de ejecución intenta disuadir al resto de la continuidad delictiva haciéndoles saber que retira su aporte de vigilancia. También sin esa colaboración el hecho puede continuar con idénticas posibilidades de éxito y, por ello, difícilmente se podría decir que su cambio de actitud sea determinante en la contemplación del riesgo inicialmente puesto en marcha. Ejemplo de lo segundo sería el caso en el que el aporte no admite retroceso. Imaginemos el supuesto ya citado del inductor que convenció al autor sobre lo beneficioso que le resultaría cometer un atraco, siendo así que durante la ejecución pretende hacerle cambiar de opinión. Tampoco en este escenario sería posible identificar un cambio relevante de los hechos que impidiera reconducir, en su caso, el resultado al peligro inicial.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada 2002.
- BLEI, H., «Versuch und Rücktritt von Versuch nach neuem Recht», en *Juristische Arbeitsblätter*. 1975.
- BLOY, R., «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts von beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verninderung der Tatvollendung», en *Juristische Schulung* 1987, Heft 7.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «Autoría y participación», en *Diario La Ley*, 1996-2.
- DÍEZ RIPOLLES, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm 1, 1998.
- *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2020.
- ESER, A/BOSCH, N., *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29 Auf, München 2014.
- FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1992.
- GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991)», en *Actualidad Penal*, núm. 15, 1995.
- *Revueltas, multitudes y Derecho penal*, Valencia, 2019.
- GORES, C. J., *Der Rücktritt des Tatbeteiligten*, Duncker Humboldt Berlín, 1982.
- HERZBERG, R. D., «Problemenfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989.
- JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechnbare Gefährdungsumkehr*, Beck, München, 1996.
- KUDLICH, H./SCHUHR, J *Strafgesetzbuch Kommentar*, 50 Strafgesetzbuch Kommentar, Satzger/Schluckerbier/Widmaier, 3 Auf., 2016.
- LACERDA DA COSTA PINTO, F., *A Relevância da Desistência em Situações de Participação*, Livraria Almedina Coimbra, 1992.
- LENCKER, T., «Probleme beim Rücktritt des Beteiligten», en *FS für Wilhelm-Gallas zum 70 Geburtstag*, Berlin/New York, 1973.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. C., *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MUÑOZ CONDE, F.
- *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona 1972.
- *Derecho penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 10.ª ed., 2019.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., *El delito intentado*, Colex, Madrid, 2003.
- PUPPE, I., «Die Halbherzige Rücktritt», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 11, 1984.

- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios al Código Penal español*, tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona 2016.
- RAU, I., *Rücktritt nach §24 Abs. 1 S.1 StGB?*, Peter Lang, Frankfurt, 2002.
- RÖMER, H., *Fragen des «Ernshaften Bemühens» beim Rücktritt und tätiger Reue* - Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.
- ROXIN, C.,
- «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, De Gruyter 1999.
  - Der Rücktritt bei Beteiligung mehrerer», en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1988.
  - *Derecho penal. Parte General*, tomo II, *Especiales formas de aparición del delito*. Traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- REQUEJO CONDE, C., «El intento serio de impedir la consumación del delito (análisis del artículo 16.3 del Código Penal)», en *Cuadernos de Política Criminal*, 83, 2004.
- RUDOLPHI, H. J., «Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, Heft 11.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- VON SCHEURL, G., *Rücktritt von Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.