

EL DESISTIMIENTO IDÓNEO FRACASADO

Maite Álvarez Vizcaya

ADPCP, T. XLIX, Fasc.III, Septiembre-Diciembre 1996, pp. 875-908

<http://www.cienciaspenales.net>

El desistimiento idóneo fracasado

MAITE ÁLVAREZ VIZCAYA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento: hipótesis tradicionalmente denominadas de desistimiento malogrado.–II. Distintas soluciones doctrinales: 1. Delito consumado doloso, en su caso, con la atenuante 9.9.ª Código penal.–2. Su sanción como delito culposo. 3. La propuesta de Muñoz Conde: concurso de delitos.–III. Requisitos necesarios para dotar de eficacia al desistimiento eficaz fracasado.–IV. La regulación establecida en el artículo 16 del Código penal.–V. La incidencia en el injusto del desistimiento idóneo fracasado: 1. Concepciones monistas: El injusto como desvalor de acción. 2. Concepciones dualistas: el injusto como desvalor de acción y resultado.–VI. A modo de conclusión.

I. PLANTEAMIENTO: HIPÓTESIS TRADICIONALMENTE DENOMINADAS DE DESISTIMIENTO MALOGRADO

Cuando uno se aproxima a la denominada Parte general del Derecho penal la primera sensación que percibe es la de que ésta ha sido analizada y estudiada hasta la exhaustividad, primera impresión que se demuestra falsa en ocasiones. Éste es el caso de la institución del desistimiento, y más concretamente, del denominado desistimiento malogrado o ineficaz que, desde la obra publicada por Muñoz Conde en el año setenta y dos, no había vuelto a ser objeto de reflexión hasta la monografía de Martínez Escamilla. Sin embargo la reciente aprobación de un nuevo Código Penal nos permite todavía apuntar posibles temas de discusión en un tema que tradicionalmente ha sido insuficientemente tratado y sobre el cual no ha existido unanimidad doctrinal sobre la respues-

ta que el ordenamiento jurídico debía ofrecer al mismo, situación que intuitivos puede perpetuarse con la nueva regulación legal.

Como es sabido, el antiguo artículo 3 del Código Penal definía las denominadas formas imperfectas de ejecución del delito: la tentativa y la frustración. La primera de ellas se caracterizaba porque el sujeto no llegaba a realizar todos los actos necesarios para la consumación del hecho delictivo por causa o accidente que no fuese su propio y voluntario desistimiento; mientras que, en la frustración, el autor realizaba todos los actos necesarios para la producción del resultado lesivo o dañoso y, sin embargo, éste no llegaba a producirse «por causas independientes de la voluntad del agente». Por tanto, según esta definición legal, la regla general de la punición de las formas imperfectas de ejecución se alteraba cuando la no producción del resultado lesivo se alcanzaba por el voluntario desistimiento del autor. El nuevo Código Penal en el artículo 15 reconoce ahora solo dos momentos en el *iter criminis*: la consumación y la tentativa, distinguiendo en el artículo 16 dos formas de ésta última, la tentativa inacabada (1) y la acabada, coincidiendo ésta, básicamente, con el concepto de frustración manejado hasta ahora (2). Al contrario de lo que sucedía en la regulación hasta hace poco vigente, la figura del desistimiento, que se configuraba como un elemento negativo en el concepto de tentativa, el legislador de 1995 ha optado por una regulación separada de la misma (3), si bien continúa girando alrededor de los dos elementos básicos que la configuraban hasta ahora: la voluntariedad y la eficacia. El acto de desistir debe ser voluntario y además el sujeto, bien con la no prosecución de los actos ejecutivos, bien realizando acciones, debe conseguir que el resultado lesivo o dañoso para el bien jurídico no se produzca. Sólo de esta forma alcanzará la exención de responsabilidad criminal prevista en el Código Penal.

La otra cara de la moneda de esta figura la constituye las hipótesis que denominamos de desistimiento malogrado (4), es decir, aquellas en las que el sujeto inicia y llega a realizar todos y cada uno de los actos necesarios para la consumación del hecho delictivo pero a pesar de que de-

(1) Artículo 16.1: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

(2) Vid. QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 460.

(3) MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., PPU, Barcelona, 1996, p. 336, núm. 46.

(4) Cfr. por todos en la doctrina española MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pp. 144 ss. Recientemente, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, pp. 73 ss.

siste (5) activamente de la realización del injusto, éste se produce, por causas independientes a su voluntad. Su desistimiento se canaliza a través de los dos planos que configuran el tipo penal: en primer lugar, desde un plano subjetivo, puesto que ya no quiere alcanzar el resultado lesivo; en segundo lugar, y con el fin de alcanzar este nuevo objetivo, lleva a cabo los actos necesarios para que la lesión o daño al bien jurídico tutelado no lleguen a producirse. Si bien hasta ahora esta figura carecía de expresa regulación, el nuevo Código Penal (art. 16.3) le ha otorgado carta de naturaleza pero exclusivamente, o al menos así parece desprenderse en una primera aproximación, en los supuestos de codelinuencia, preveyendo que siempre y cuando alguno de los sujetos intervinientes en el hecho delictivo impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación del hecho, quedarán exentos de responsabilidad criminal (siempre y cuando, evidentemente, no hayan incurrido ya en responsabilidad por los hechos hasta entonces acaecidos).

(5) Tradicionalmente, la doctrina venía distinguiendo entre la figura del *desistimiento*, como propia de la tentativa, es decir, como una figura de carácter omisivo consistente en dejar de realizar los actos necesarios para la total perfección del hecho delictivo, y el *arrepentimiento*, como elemento propio de la frustración, y caracterizado por ser una acción de carácter positivo en la que el autor debe realizar los actos necesarios para contrarrestar lo anteriormente llevado a cabo, *Vid.* COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1987, p. 541; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, T. VII, Ed. Losada, Buenos Aires, pp. 791-792; PUIG PEÑA, «*Desistimiento del delito*», NEJ, t. VII, pp. 275-276 y 280; el mismo, «*Frustración*», NEJ, t. X, p. 189; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed. corregida, aumentada y puesta al día, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 527; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. Parte general*, 15.ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Ed. Dykinson, Madrid, 1992, p. 787. Otros autores, por el contrario, consideraban que el término desistimiento era de aplicación a ambas formas imperfectas de ejecución, puesto que, como manifiesta MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op., cit.*, p. 9, «también en la frustración se puede hablar de desistimiento si se considera desde el punto de vista de la consumación ya que en cuanto el autor no llega voluntariamente a la consumación típica desiste de alcanzar la meta que pretendía.» En ambas modalidades, tentativa y frustración, coincidiría el momento subjetivo: desistir de alcanzar la perfección del delito. Diferirían en su manifestación externa: una se mostraría como la no prosecución de los actos delictivos (tentativa, acción de carácter omisivo), la otra como la realización de actos que paralicen lo ya realizado (frustración, acción de carácter positivo). En este mismo sentido, MIR, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, vol. II, p. 752; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal (PG)*, Rafael Castellanos editor, Madrid, 1986, p. 187; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, t. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 231. A esta línea de pensamiento es a la que parece haberse acogido el legislador de 1995 puesto que en el núm. 2 del artículo 16 nos habla de un desistimiento que puede manifestarse de dos formas distintas: de un lado, no continuando con la ejecución ya iniciada –supuestos de tentativa inacabada–; de otro, impidiendo la producción del resultado –hipótesis de tentativa acabada–. *Vid.* en este sentido MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 353, núm. 106.

Como ha señalado algún autor y veremos más adelante, se puede plantear aquí uno de los problemas cruciales del Derecho penal: la posible imputación al autor de un resultado lesivo producido por su actuación ilícita precedente y que, sin embargo, no sólo no es querido por el sujeto sino que éste realiza, objetivamente, actos suficientes para impedir su producción. El autor crea un riesgo, riesgo jurídicamente desaprobado, e intenta posteriormente desistir de la consumación, intento que se traduce en la realización de una actividad tendente a contrarrestar los actos realizados utilizando medios, en principio, idóneos para ello pero produciéndose, no obstante, el resultado lesivo; a diferencia de las hipótesis de responsabilidad objetiva el resultado es aquí concreción del peligro efectivamente creado por el autor.

La solución general, tanto legal (al menos hasta la nueva regulación) como doctrinal, unánimemente aceptada, para estos supuestos es la de su punibilidad: sólo cuando el autor consigue desistir eficazmente de su actividad criminal la ley permite la impunidad de los intentos criminales, es decir, cuando el culpable por su propio y voluntario desistimiento decide, bien no continuar con la realización de los actos ejecutivos típicos, bien, cuando a pesar de haber llevado a cabo todos los actos típicos descritos en la norma, los anula, no alcanzando el resultado. Por tanto, lo que caracteriza la ausencia de punibilidad en estas hipótesis es la eficacia del desistimiento, es decir, la no realización del resultado lesivo; de ahí, que cuando éste se produce la conducta deviene punible.

No obstante partir de estos presupuestos, la cuestión que aquí pretende suscitarse es si el desistimiento puede ser relevante a pesar de mostrarse ineficaz; es decir, si el hecho de intentar contrarrestar subjetiva y objetivamente la producción del resultado es capaz de modificar la calificación jurídica que en una primera aproximación sería la de delito doloso consumado, y comprobar si la opción legislativa tomada resulta satisfactoria.

Antes de abordar las distintas soluciones que se prevén para el supuesto planteado, hay que distinguir estos casos de los de tentativa fracasada y delito imposible o tentativa inidónea. En la tentativa fracasada nos encontramos ante actos punibles que se caracterizan porque el sujeto alcanza el convencimiento de la imposibilidad de conseguir la consumación del delito y, obrando en consecuencia, abandona la realización de los actos ejecutivos (6), es decir, no continua con la realización de todos los actos necesarios para lograr la consumación del delito. En la tentativa fracasada, como ha puesto de relieve Jescheck, nos encontramos ante «un dolo que no puede realizarse (y en consecuencia) tampoco puede aban-

(6) Vid. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pp. 269-270.

donarse» (7). Aquí no cabe hablar de desistimiento puesto que la voluntad del autor, su dolo, continua siendo querer la lesión del bien jurídico, sólo que ante la imposibilidad de alcanzar dicho resultado abandona la ejecución. Del mismo modo, creo que tampoco cabe plantearse como un problema de desistimiento los casos de delito imposible o tentativa inidónea, supuestos en los cuales bien por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, el delito no hubiera podido consumarse (8). Si bien es cierto que *ex post* toda acción en grado de tentativa demuestra que su capacidad para lesionar el bien jurídico no era de intensidad suficiente para alcanzar la consumación, será desde ésta perspectiva, una vez conocidas todas las características que concurren en el hecho, cuando pueda decirse qué acciones, ya desde el inicio (*ex ante*), eran suficientemente peligrosas como para poder producir la consumación y, por el contrario, cuáles eran ya incapaces de lesión desde un primer momento; éstas últimas son las que constituyen supuestos de tentativa inidónea o delito imposible (9).

II. LAS DISTINTAS SOLUCIONES DOCTRINALES

Dispar ha sido la respuesta de la doctrina al problema planteado, dada también la diversidad de criterios en que ha fundamentado las soluciones propuestas (10). Veámoslas a continuación.

1. Delito consumado doloso, en su caso, con la atenuante 9.9.^a del Código Penal

Un primer bloque de soluciones puede agruparse en torno a la idea de calificación de estas conductas bien como delito doloso consuma-

(7) JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p. 741.

(8) Cfr. JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, pp. 725 ss.; MIR, *PG, op. cit.*, 1996, pp. 346 ss., FARRE TREPAT, *La tentativa de delito*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 277 ss. Si bien existen autores que sostienen que en las hipótesis de inidoneidad del sujeto no encontraríamos ante un delito putativo y, en consecuencia, aquí no concurriría la tentativa inidónea, *Vid.* SAINZ DE ROBLES, «Sobre la tentativa del sujeto inidóneo», en *Libro Homenaje al Prof. Beristain*, editado por el Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, pp. 626 ss. y 631.

(9) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 270-271; MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 346.

(10) Ha de advertirse que en la exposición de las distintas posturas doctrinales, he preferido, por fidelidad a las tesis mantenidas por los distintos autores, mantener el texto y la numeración del antiguo Código Penal, a lo que se añade en algunos casos, el cambio de redacción experimentado en algunos artículos.

do (11), o como un delito doloso consumado al que, en todo caso, se aplicaría la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 9.9.º CP) (12). El autor realiza los actos objetivamente necesarios para la causación del resultado –coloca la bomba con su detonador para que ésta explote a la hora prevista– de los que cabe deducir la concurrencia del tipo subjetivo doloso, conoce que actuando de esa manera se puede producir la muerte o lesión de algún viandante, y de hecho lo quiere dado que lleva a cabo la acción según el plan previsto, creando, en definitiva, un riesgo para el bien jurídico tutelado, riesgo de todo punto de vista idóneo para la producción del resultado lesivo, resultado que efectivamente llega a producirse y del que no sólo cabe decir que se halla causalmente vinculado a su acción, sino que además puede imputársele de acuerdo con el juicio de imputación objetiva: crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado lesivo efectivamente producido y que además se halla dentro del ámbito de protección de la norma. No puede negarse y, menos eludirse, como se desprende, sobre todo, de la solución propuesta, que en este *iter criminis*, que así descrito parece tan lineal, se introduce un elemento que sería necesario ponderar debidamente: su desistimiento ineficaz. Ineficaz puesto que el resultado lesivo se ha producido concurriendo todos los elementos necesarios para hablar de tipicidad, que en una primera aproximación, se ve confirmada en sede de antijuridicidad. Es por lo que probablemente un sector de la doctrina, ante este *iter criminis*, considere carente de virtualidad el desistimiento del autor, puesto que el resultado lesivo ha llegado a producirse, y pueda afirmar, en consecuencia, que nos encontramos ante un simple delito doloso consumado.

Básicamente, son dos las objeciones que pueden realizarse a este planteamiento: en primer lugar, en la primera de las soluciones apuntada no se tiene en cuenta, ni siquiera a efectos atenuatorios, como señala Muñoz Conde, «el cambio de propósito del sujeto que ha intentado por todos los medios evitar la producción del resultado. El que éste, a pesar de todo se haya producido, no impide que la reprochabilidad de su conducta aparezca atenuada y esta menor reprochabilidad debe tenerse en cuenta en el

(11) JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, p. 744. Sólo en aquellos casos en que el resultado se produjese debido a una iniciativa dolosa de la víctima que pudiese impedir la paralización de la acción, cabría la aplicación analógica de la figura del desistimiento.

(12) PUIG PEÑA, «Desistimiento del delito», NEJ, t. VII, p. 281. Recientemente y en el mismo sentido CALDERÓN SUSIN, *Arrepentimiento espontáneo. Estudio del artículo 9.9.º del Código Penal*, Edersa, Madrid, 1990, p. 243; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, p. 76. Idéntica solución parece desprenderse del planteamiento de MOZOTAS FATAS, «La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal» en *ADPCP*, fasc. I, 1989, p. 146.

quantum de la pena» (13). En segundo lugar, continúa el mencionado autor, la adopción de esta solución supone, en cierta forma, un retorno a la pura responsabilidad por el resultado, «el principio del *versari in re illicita* vuelve a resurgir potente como en los tiempos medievales, mejor dicho, con un cariz aún más grave, ya que no se hace responder al sujeto de unas consecuencias mayores que las deseadas, sino que se le imputan esas consecuencias producidas en contra de su voluntad que, precisamente, había luchado expresa y seriamente por evitarlas» (14). Como anteriormente señalamos, estamos de acuerdo, en que, en efecto, la actitud de desistir debe ser valorada, y evidentemente la punición de la conducta como un simple delito doloso consumado hace caso omiso de esta circunstancia, en lo que, en mi opinión, cabe disentir, es en atribuir a esta solución vestigios de *versarismo*, dado que el resultado acaecido es concreción del riesgo inicialmente creado por el autor, aunque éste con posterioridad haya cambiado de opinión, no por ello puede olvidarse que *ab initio* quiso, y obró en consecuencia, la lesión del bien jurídico (15). También habría que matizar la apreciación de que este desistimiento supone una menor reprochabilidad en el autor. Ello supondría entender que estamos ante hipótesis de culpabilidad disminuida y, en mi opinión, este cambio en la voluntad originaria lo que en realidad supone es un intento de contrarrestar el dolo inicial del autor, es decir, todavía nos encontramos en el ámbito del injusto y no en sede de culpabilidad.

Por lo que respecta a la apreciación de la atenuante de arrepentimiento espontáneo (art. 9.9.ª), puede salvar la objeción anteriormente expuesta, puesto que, según algunos autores, una interpretación literal de la misma no excluiría su aplicación a estos supuestos (16), ya que «que parece

(13) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 147.

(14) *Ibidem*, p. 148.

(15) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, op. cit., pp. 78 ss.

(16) Cfr. CALDERÓN SUSIN, *El arrepentimiento*, op. cit., p. 243. Entiende este autor que es factible la aplicación de la atenuante 9.9.ª a estas hipótesis. Ahora bien, en caso de partirse de una interpretación rigorista de la misma y, en consecuencia, entender que el arrepentimiento espontáneo es una actividad anterior a la consumación y por ello la atenuante deviene inaplicable a los casos de desistimiento malogrado, siempre cabría la posibilidad de atenuar éstos a través de la atenuante décima, por analogía con aquella. En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, op. cit., p. 83. Parece inclinarse también por esta interpretación ALONSO ÁLAMO, *El sistema de las circunstancias del delito*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, p. 736. Parece deducirse una tesis contraria en DE VICENTE REMESAL, *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, pp. 96 y 102, en donde el autor se decanta por la aplicación de la atenuante 9.9.ª únicamente en los supuestos de efectiva consumación del delito, si bien la nota 182 de la página 96 admite que en principio sería posible su aplicación a los casos de hallarse el delito en fase de ejecución siempre y cuando el autor intente reparar los efectos del daño causado y no nos hallemos ante hipótesis de desistimiento eficaz.

que está pensado tanto para los casos en los que el sujeto no quiso evitar la consumación, pero después se arrepintió de haberla conseguido, como para aquellos en los que el sujeto no quiso producir la consumación, pero ésta, en contra de sus esperanzas, se produjo» (17). En una primera aproximación, pudiera parecer una solución razonable, pues en ella se tiene en cuenta la buena voluntad demostrada por el autor, ahora bien, no ha de olvidarse que el acto de desistir, de intentar contrarrestar lo realizado, tiene lugar antes de la producción del resultado lesivo y la apreciación de la atenuante 9.9.^a parece estar pensada para aquellas situaciones en las que el autor intenta paliar los daños ya producidos, es decir, se arrepiente de la producción del resultado. Aquí el injusto ya se habría completado y nos encontraríamos, según algunos autores (18), ante supuestos de reprochabilidad disminuida.

2. Su sanción como delito culposo

Otros autores opinan que la solución más adecuada consistiría en sancionar estas conductas como delitos consumados culposos (19). Propuesta que se fundamenta en la existencia de un error esencial sobre el curso causal que sería evitable con una mayor diligencia por parte del sujeto. La situación de peligro creada fundamenta la previsibilidad del resultado, pudiéndose imputar éste a título de culpa (20).

En mi opinión, sin embargo, no nos encontramos, estrictamente, ante supuestos de error, el autor inicia una acción para alcanzar un determinado resultado y antes de que éste se produzca intenta evitarlo, lo que no se traduce en un error en el devenir causal, sino simplemente en el intento de paralizar éste, si bien no conseguido (21). Pero aún admitiendo la posibilidad de que efectivamente nos encontrásemos ante un error sobre el curso causal, habría de tenerse en cuenta que en los supuestos de error se produce una representación equivocada sobre la relación causal

(17) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 151.

(18) Vid. por todos ALONSO ÁLAMO, *El sistema*, op. cit., p. 737. En contra de esta tesis MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed. revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 507, para quienes «al tratarse de circunstancias que operan en momentos posteriores a la comisión del delito no puede verse en ellas casos de disminución de la culpabilidad, sino meras razones político criminales por las que se pretende favorecer el comportamiento posterior del responsable confesando la infracción o reparando sus efectos».

(19) LATAGLIATA, *La desistenza volontaria*, Morano Editore, Nápoles, 1964, pp. 106 y 107 y nota 58.

(20) Esta solución conseguiría salvar la objeción, anteriormente mencionada, realizada por MUÑOZ CONDE, de encontrarnos ante hipótesis de responsabilidad objetiva por el resultado.

(21) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, op. cit., p. 84.

existente entre la acción y el resultado efectivamente acaecido, es decir, una falsa representación de la forma en que debe producirse el resultado. Dicho error sólo alcanza relevancia, cuando la desviación producida en el curso causal da lugar a un cambio en la valoración jurídica del hecho, por el contrario, cuando ésta no se produce, el error se considera irrelevante y en consecuencia deberá sancionarse la conducta como un delito doloso consumado (22). Es evidente que en los supuestos de desistimiento malogrado aún admitiendo la existencia del error sobre el curso causal, éste será de todo punto irrelevante puesto que la valoración jurídica del hecho no varía.

Fijémonos ahora en uno de los ejemplos utilizados por Latagliata para fundamentar su solución: un enfermero, queriendo matar a un paciente, omite suministrarle la medicación que se le ha prescrito, posteriormente cambia de idea y decide salvarlo sabiéndose a tiempo para ello pero le suministra, por error, un medicamento inadecuado y el paciente fallece por su ingestión. El hecho de que el enfermero se equivoque en la clase de medicamento suministrado carece de relevancia respecto al curso causal que inicialmente se había representado. Quería causar la muerte (omisivamente, dejando de suministrar la medicación) y de hecho la causa (activamente), el resultado es concreción del riesgo, ahora bien, habría que matizar que es concreción de un riesgo distinto al primitivamente iniciado, es decir, en un primer momento el autor deja de suministrar la medicación adecuada con lo que está creando un riesgo para la vida del paciente, para posteriormente suministrar el medicamento equivocado (23), lo que supone un riesgo distinto puesto que este segundo se manifiesta a través de la ausencia de la diligencia que le sería exigible en su actuación.

(22) Sobre el error en los cursos causales *vid.*, por todos, *Gómez Benítez, Teoría, op. cit.*, pp. 232-33.

(23) Por lo que respecta al segundo ejemplo utilizado por el mencionado autor para fundamentar su solución, coincidente con el expuesto por SCHÖENCKE/SCHRÖEDER, en el que una persona deja de suministrar a la víctima las dosis de veneno que inicialmente tenía previstas, pues ya no desea causar su muerte, no obstante ésta se produce por efecto de las ya ingeridas, cabe realizar también algunas consideraciones. Aunque el sujeto creyese que las dosis ya ingeridas eran insuficientes para la causación del resultado ello no significa tanto un error en el curso causal que, en definitiva, se desarrolla tal y como inicialmente había previsto el autor y cuyo resultado es concreción del riesgo precedente creado por él. Si bien es cierto que éste no desea su producción, el acento no debe hacerse recaer en una representación errónea del curso causal (el autor cree que se encuentra en un estadio de tentativa cuando, en realidad, ya ha realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado lesivo), sino en la afectación al momento volitivo constitutivo del dolo: no tanto una falta de previsión de cómo puede acaecer el resultado, cuanto no quererlo. Ahora bien, este desistir de la acción, a mi entender, se queda en un momento meramente subjetivo, puesto que no se manifiesta en actos externos que nos permitan su constatación.

En definitiva, en esta propuesta se «deja sin valorar una parte del proceso delictivo completo, la antigua intención de cometer el delito» (24). Se pone el acento en la producción del resultado, pero se elude el tracto sucesivo inicial consistente en la intención inicial de cometer el delito, conseguir el resultado, y el posterior desistimiento voluntario de dicho propósito. En consecuencia, para sus defensores parece ser indiferente que el sujeto pretendiese inicialmente causar la muerte, su acción se va a sancionar igual que si el enfermero, por descuido, hubiese proporcionado al paciente un medicamento equivocado y ello nos condujese a idéntico resultado. Evidentemente ambas situaciones son distintas y por ello, creo que exigen una valoración jurídica diferente.

3. La propuesta de Muñoz Conde: concurso de delitos

Tomando como punto de referencia los distintos ejemplos en los que el autor se apoya para desarrollar su propuesta, la exposición va a dividirse en dos bloques. En el primero se incluyen aquellos casos que no son propiamente de desistimiento malogrado, pero a los que hacemos referencia por creer que de este modo se puede comprender mejor el razonamiento seguido por el autor. En el segundo, adentrándonos ya en la materia objeto de estudio, expondré las hipótesis de desistimiento y la solución propuesta.

El primero de los supuestos manejados por Muñoz Conde supone una excepción a la regla general, puesto que aún habiéndose producido el resultado lesivo para el bien jurídico no se procede a su punición, si bien es necesario aclarar que no son casos de desistimiento sino de causalidad o imputación objetiva. Imaginemos al individuo que apuñala a un tercero causándole lesiones menos graves y arrepentido de ello lo traslada en un taxi al hospital, pero en el camino éste colisiona con otro vehículo, produciéndose la muerte del herido (25). Según entiende el mencionado autor «en los casos en que el sujeto con su desistimiento voluntario haya eliminado totalmente la situación de peligro creado por su anterior intento no podrá imputársele el resultado, si se produce por un hecho fortuito que nada tiene que ver con el anterior intento del autor», y continúa, «no podrá, por tanto, castigársele por homicidio consumado, pero tampoco por frustrado, ya que su desistimiento fue totalmente idóneo para evitar la muerte del apuñalado y anuló la situación de peligro por él producido» (26).

Distintas son las observaciones que, a mi juicio, pueden realizarse en el ejemplo propuesto. En primer lugar, creo que es necesario delimitar

(24) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 151.

(25) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, op. cit., p. 145.

(26) *Ibidem*, p. 145.

con precisión el ámbito subjetivo, es decir, el dolo del sujeto, su intención. No pueden equipararse situaciones en las que se pretende causar la muerte de la víctima a aquellas en las que únicamente se quieren producir unas lesiones.

Parece deducirse de la argumentación del autor, que el ánimo que mueve al sujeto a actuar es el de matar, ahora bien, teniendo en cuenta que sólo causa unas lesiones menos graves y no prosigue con su acción, es decir, desiste de la misma no continuando con las puñaladas, podríamos encontrarnos ante la figura del desistimiento, concretamente el autor no continúa con la ejecución de los actos tendentes a la causación de la muerte, y en consecuencia, el delito se halla en fase de tentativa. Desistimiento que puede calificarse de idóneo aunque dicha idoneidad, en última instancia no pueda comprobarse, dado que su actuar se haya interrumpido por un segundo curso causal (27) que es el que provoca el resultado de muerte. Luego sólo podría afirmarse su idoneidad y eficacia con un criterio de probabilidad. Nos encontramos ante un curso causal accidental sobrevenido que imposibilita averiguar certeramente aquélla (28). En todo caso, como el propio autor admite, cabría la posibilidad de sancionar el hecho como unas lesiones consumadas (29). Ahora bien, si el resultado

(27) Sobre los cursos causales accidentales sobrevenidos, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 178 ss.

(28) En realidad nos hallamos ante un problema de interrupción del curso causal originario similar a los expuestos por FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Murcia, 1946, pp. 61-62 para quien ante supuestos en los que a pesar de haberse producido la efectiva lesión del bien jurídico deseada por el autor, nos encontremos que no puede predicarse la consumación del hecho delictivo, así «cuando el resultado que ha surgido en la imaginación del agente se produce en realidad, pues dicho resultado puede haberse producido, de una manera, por un camino, que no sea imputable al sujeto». En parecidos términos se expresa GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, (reimpresión) Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 20, nota 1, utilizando el siguiente ejemplo: A lesiona a B con intención de causarle la muerte y éste al dirigirse al hospital fallece víctima de un accidente de circulación, opina el mencionado autor que «en tal caso, sólo es admisible castigar por tentativa. A la existencia del homicidio doloso consumado se opone el haber tenido lugar una desviación esencial del proceso causal no comprendida en el dolo del autor». Más adelante (pp. 94-95), continúa haciendo referencia a estos supuestos que, tradicionalmente, se han denominado por el Tribunal Supremo de interrupción de la relación de causalidad, poniendo de relieve la confusión, no sólo terminológica, a la que conduce este planteamiento. La relación causal existe o no, pero no puede interrumpirse. En realidad se está produciendo una confusión entre los elementos conocidos por el sujeto, aquello que es abarcado por su dolo, y la efectiva causalidad material existente. Negando en estos casos la relación de causalidad PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 189, nota 10.

(29) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, p. 145, nota 109, en donde admite, que, en todo caso, el sujeto podrá ser sancionado por un delito de lesiones en grado de consumación –supuestos de tentativa cualificada–. *Vid.* en este sentido JESCHECK, *Tratado*, vol.II, *op. cit.*, pp. 747-748.

alcanzado fuese el de lesiones graves el planteamiento de la cuestión podría variar. Quizá ya no se pudiese afirmar tajantemente la imposibilidad de sancionar al autor por un delito de homicidio en grado de tentativa puesto que afirmar aquí la eficacia del desistimiento se demostraría harto compleja; evidentemente, no cabría, tampoco, afirmar la imputación objetiva del resultado lesivo dado que éste se produce por un riesgo distinto al creado por el autor.

Por el contrario si el autor en vez de con intención de matar, actúa simplemente movido por un dolo de lesionar, la acción se hallaría ya consumada puesto que se ha alcanzado lo pretendido inicialmente y por ello, en principio, lo único que cabría aplicar al autor sería la atenuante de arrepentimiento espontáneo. Estando ya consumado el hecho delictivo no cabe posibilidad alguna de desistir. También en este caso habría que negar la relación de causalidad entre la acción de apuñalar y el resultado de muerte (30), es decir, continuamos extramuros del ámbito del desistimiento eficaz.

El segundo apartado está compuesto por aquellas hipótesis en que el riesgo creado por el sujeto es adecuado para la producción del resultado, riesgo que el autor no elimina, desde una perspectiva *ex post*, completamente con su desistimiento, a pesar de que lo intenta, y el resultado lesivo llega a producirse. Es decir, hipótesis de desistimiento malogrado y no de causalidad o de imputación objetiva.

A) A quiere matar a B y coloca una bomba en su habitación, horas más tarde arrepentido la desconecta, a pesar de lo cual y con gran sorpresa por su parte, la bomba estalla y causa la muerte de B.

B) A queriendo causar la muerte de B le suministra en pequeñas dosis, veneno. Arrepentido, al tercer día cesa en el suministro de las mismas, produciéndose no obstante la muerte de B a consecuencia de las dosis ya ingeridas.

C) A redacta un artículo injurioso contra B y lo envía a un periódico para su publicación, cuando trata de que éste le sea devuelto a efectos de impedirlo, el diario, ya impreso, ha salido a la venta.

(30) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, *op. cit.*, pp. 173 ss., quien entiende que «una vez dentro del marco normativo que es la tipicidad, la afirmación de que una acción ha causado el resultado no es más que un presupuesto a partir del cual seguir investigando si esa causación del resultado es objetivamente imputable a la acción del sujeto.» (p. 173). Más ampliamente Cfr. el mismo, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 16-18, especialmente nota 4 y la bibliografía allí citada. Si bien es cierto que no en todos los casos el criterio de imputación objetiva exige una previa relación de causalidad, por ejemplo en los supuestos de omisión impropia Cfr. por todos el mismo, *Causalidad*, *op. cit.*, p. 18 nota 6.

D) Se realizan maniobras abortivas en una mujer embarazada, pero dado su avanzado estado de gestación, la comadrona desiste de realizar el aborto. Este se produce días más tarde a consecuencia de las ya realizadas (31).

Intentando plasmar jurídicamente los distintos momentos que concurren en la evolución de estos *iter criminis*, propone Muñoz Conde que «el desistimiento malogrado debe de ser castigado por delito frustrado o intentado con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga en concurso con el delito consumado culposo» (32). En una primera aproximación parece la más acertada de las soluciones propuestas, dado que, como él mismo pone de relieve, en ella se recogen todos los momentos de la secuencia delictiva producida; sin embargo, un análisis detenido de la misma pone de manifiesto, en mi opinión, ciertas insuficiencias que no provienen tanto de la solución propuesta, sino más bien de su afán generalizador, es decir, de su pretensión de validez o aplicabilidad a todas y cada una de las hipótesis planteadas (33).

Éstas responden a situaciones distintas: en los ejemplos B) y D), el desistimiento queda reducido al ámbito de lo subjetivo, no se traduce en una manifestación externa positiva lo que dificulta, en gran manera su constatación, el mero no continuar con la acción inicialmente querida, a mi entender, no es suficiente (34). A ello se añade que el autor cree que todavía no ha realizado todos los actos necesarios para la consecución del hecho delictivo, creencia que se demuestra errónea, dado que el resultado se produce como concreción del riesgo creado por él. Imputar

(31) Ejemplos tomados de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, pp. 146-147.

(32) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 152; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 473. Partidarios de esta solución son también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *PG*, *op. cit.*, p. 194. En la mencionada monografía MUÑOZ CONDE no hace una referencia expresa al tipo de relación concursal existente entre ambas figuras delictivas, pareciendo la solución más plausible, entender que nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, en este sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 76, nota 5. Si bien recientemente en su obra MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG*, *op. cit.*, p. 443 explícitamente indican que en estas hipótesis nos encontramos ante un concurso real de delitos.

(33) En el mismo sentido de predicar su insuficiencia por su carácter globalizador, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 75.

(34) STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte general I. El hecho punible*, traducción de la 2.ª ed. alemana de Gladys ROMERO, Edersa, Madrid, 1982, pp. 222-223, núm. 715. Según este autor «La concepción, representada ocasionalmente, según la cual el autor habría desistido de la tentativa también en este caso y se beneficiaría con la impunidad, quedando quizá un resto de responsabilidad por la producción culposa del resultado, se contradice, por un lado, con la circunstancia de que ya nada queda en tentativa sino que el delito se consuma; por lo tanto, la desviación del nexo causal resulta irrelevante».

este resultado a título culposo, como pretende Muñoz Conde, requeriría la creación de un segundo riesgo que supusiese la infracción de la norma objetiva de cuidado, cosa que aquí no se produce. Más bien nos encontraríamos ante un error sobre la idoneidad del desistimiento (35), puesto que al autor no le queda capacidad para desistir, el delito ya se ha consumado, si bien, desde su perspectiva, antes de lo previsto.

En parecidos términos podríamos expresarnos respecto al caso C). Aquí el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del hecho, y efectivamente su desistimiento, a diferencia de las hipótesis anteriores, si se manifiesta externamente, puesto que el autor se traslada al periódico intentando con ello impedir la publicación del escrito injurioso. Se pretende sancionar la conducta dolosa del sujeto como frustrada o intentada puesto que, entiende el autor, no se ha anulado totalmente la situación de peligro creada con la conducta inicial. Ahora bien el resultado acaecido es concreción del riesgo creado, y querido inicialmente, por el autor, es decir, la situación de peligro se crea dolosamente y no a título de imprudencia, como mantiene Muñoz Conde (36), a lo que se añade que ese peligro se concreta en el resultado efectivamente acaecido, lo que conduce forzosamente a la consumación del delito. No acierta a dilucidarse en qué momento se sitúa la infracción de la norma objetiva de cuidado necesaria para la concurrencia del tipo imprudente (37). También aquí podemos decir que el autor con su actividad no crea un riesgo ilícito distinto al iniciado, que indudablemente tenía una carácter doloso. Por

(35) Cfr. JESCHECK, *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 743-744, donde se hace referencia a las hipótesis de tentativa inacabada en las que el resultado se produce antes de lo previsto por el autor y, en consecuencia, antes de que pueda realizar su desistimiento, lo que en opinión de este autor da lugar a la exclusión de la impunidad por desistimiento.

(36) MUÑOZ CONDE, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 153.

(37) Como de todos es conocido, la estructura del tipo imprudente se caracteriza por la infracción de la norma objetiva de cuidado. Esta diligencia exigible, cabe desglosarla en dos momentos distintos: en primer lugar, está constituida por el denominado deber de cuidado interno —o examen previo— consistente en advertir y valorar la existencia de un peligro para el bien jurídico; en segundo lugar, esta advertencia debe traducirse en un deber de cuidado externo consistente en omitir la realización de la actividad peligrosa, o realizarla tomando las precauciones necesarias, o bien cumplir, antes de actuar, una labor de información. Cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 797-800; en la doctrina española CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 43 ss. En las hipótesis aquí manejadas, el autor es consciente del peligro que ha creado con su conducta dolosa precedente pero con su actividad de cara a impedir el resultado lesivo, no es que infrinja el cuidado exigible, sino que desiste, es decir, modifica el elemento subjetivo, el dolo. No deben confundirse ambos momentos, puesto que la modificación de su intención afecta al contenido de injusto de la conducta, mientras que calificar el hecho como negligente pertenece al ámbito de la estructura del tipo imprudente.

lo que parece que la imputación de un delito consumado doloso, sería una solución más adecuada para este caso. Puede que en realidad se estén confundiendo dos momentos distintos: el autor persigue dolosamente la lesión del bien jurídico tutelado, pero en un momento determinado altera esa volición, es decir, su dolo se transforma, ello no debe traducirse en una imputación culposa del resultado, sino que ese desistimiento del autor afecta, no sólo (38), al momento subjetivo del tipo, afecta al contenido propio del injusto.

En mi opinión, únicamente para la hipótesis A) puede ser válida la solución mantenida por el citado autor, puesto que en ella sí se recogen adecuadamente cada uno de los distintos momentos de la acción, tanto objetiva como subjetivamente, emprendida por el autor. A coloca la bomba con la pretensión de causar la muerte (delito doloso), pero antes de que ésta estalle decide que ya no quiere la producción de la muerte (desistimiento en la tentativa acabada puesto que el resultado todavía no se ha producido) (39), esta actitud se traduce en la realización de actos dirigidos a desactivar el artefacto, actos que el sujeto sabe idóneos pero no obstante el resultado se produce (posible creación de un segundo riesgo consistente en no observar todo el cuidado debido en la realización de la conducta) (40). Habría que aclarar que, desde luego, si el resultado efectivamente acaecido es totalmente fortuito, es decir el autor lleva a cabo todos los actos idóneos y necesarios para evitar su producción y éste se alcanza, bien por la intervención dolosa o culposa de un tercero, bien por puro azar, el desistimiento habrá sido eficaz y dará lugar a la impunidad del sujeto, pues de lo contrario nos encontraríamos ante hipótesis de responsabilidad objetiva, que deben ser totalmente descartables.

III. REQUISITOS NECESARIOS PARA DOTAR DE EFICACIA AL DESISTIMIENTO EFICAZ FRACASADO.

Si pretendemos dotar de una eficacia relevante a este desistimiento malogrado se demuestra necesario proponer las condiciones o requisitos que éste debe cumplir. Para ello pasamos a exponer, siquiera somera-

(38) También se ve afectada la parte objetiva, dado que el cambio anímico del autor se traduce en hechos, puesto que intenta anular lo, hasta ese momento, realizado, llevando a cabo una contra-acción que intenta variar el curso causal.

(39) En contra MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 77 ss. Para quien, «si estamos ante un comportamiento doloso y ante un resultado típico unidos ambos por un nexo causal, ¿cómo es posible hablar de frustración y no de un homicidio doloso consumado?».

(40) Critica expresamente este planteamiento MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 80-81.

mente, cuál es la estructura del tipo de tentativa acabada (41) y en qué momento y bajo qué condiciones puede incidir en ella el mencionado desistimiento.

En esta estructura pueden distinguirse dos momentos: el objetivo y el subjetivo. Comenzando por este segundo, tradicionalmente la doctrina ha venido admitiendo la existencia de identidad entre el tipo subjetivo de las formas imperfectas de ejecución –tentativa y frustración– y el de la consumación (42), consistiendo éste en la voluntad de cometer el delito, sin embargo un sector doctrinal entiende que en la tentativa inacabada no pueden identificarse, al menos plenamente, puesto que el dolo, en su aspecto cuantitativo, no es equiparable en ambos momentos subjetivos (43). Cuestión distinta es la planteada respecto a la frustración, en la que sí es posible hacer coincidentes los dos momentos subjetivos (44). Para configurar plenamente el tipo subjetivo será necesaria la concurrencia, siempre y cuando el delito así lo exija, de los correspondientes elementos subjetivos del injusto (45).

(41) Resultaba debatida en nuestra doctrina la equiparación entre los conceptos de tentativa acabada y frustración y tentativa inacabada y tentativa, partidarios de su equiparación eran COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *PG, op. cit.*, p. 539, si bien en la nota 58 matizan que esta equiparación no es absoluta puesto que el término tentativa acabada hace referencia a la realización completa del plan del autor, mientras que el concepto de frustración se mide en términos objetivos. En este mismo sentido se manifiestan GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, p. 131; MIR, *PG, op. cit.*, p. 372; PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 188; QUINTERO OLIVARES, *PG, op. cit.*, p. 257. En contra de esta homologación terminológica y conceptual por creer que la distinción establecida por el Código Penal español entre las formas imperfectas de ejecución responde a criterios claramente objetivos BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ed Ariel, Barcelona, 1984, p. 312; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG, op. cit.*, p. 785.

(42) *Id.*, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, pp. 95 ss. y 125.

(43) Sobre la problemática del tipo subjetivo de la tentativa, *vid.*, por todos, FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 68 ss., y la bibliografía allí citada. En las pp. 130-133, explícitamente se manifiesta la autora por la ausencia de coincidencia entre la parte subjetiva del delito tentado y el consumado.

(44) FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 245-246, la autora expresamente reconoce la posibilidad de que ambos momentos subjetivos sean coincidentes, puesto que «en la frustración el autor realiza todos los actos que son necesarios para la consumación. La voluntad de ejecutar estos actos efectivamente manifestada equivale, pues, a la voluntad de consumación» (p. 245). En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, p. 263; MIR PUIG, *PG, op. cit.*, pp. 370 y 374. Igual planteamiento cabe realizar en la actual tentativa acabada, como pone de manifiesto MIR PUIG, *PG, op. cit.*, 1996, p. 344, núm. 77.

(45) FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, p. 247. Esta voluntad genérica de cometer el delito se traduce en la exigencia de un comportamiento doloso, lo que para algunos autores significa que es suficiente la constatación de cualquier clase de dolo incluida su forma eventual, sobre este particular, *vid.* FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 77-95, expresamente (pp. 93-95), entiende que se admite la forma de dolo

Por lo que respecta a la parte objetiva es necesaria la realización de todos los actos que deberían producir el resultado, así como la no producción del mismo (46). A estas dos características otros autores añaden la idoneidad de la conducta llevada a cabo para producir el resultado (47) y la ausencia de un arrepentimiento activo eficaz (48). En resumen, la diferencia entre la frustración y la consumación de un delito radica exclusivamente en el ámbito de lo objetivo, dado que en el subjetivo, ambas estructuras muestran plena identidad (49).

Para poder atribuir al desistimiento malogrado cierta eficacia, y en consecuencia, reconocer su capacidad de modificar el contenido de injusto será necesario sentar las condiciones en que éste debe llevarse a cabo para, con posterioridad, indagar las distintas posibilidades que su concurrencia nos ofrece. En definitiva, se han de perfilar sus requisitos para que este desistimiento ineficaz obtenga una «eficacia» de cara a contrarrestar tanto la causalidad iniciada por el autor como su dolo inicial.

En primer lugar, es evidente que el sujeto debe contrarrestar el dolo inicial, es decir, no debe querer la producción del resultado lesivo. Este no querer el resultado no significa que su primera intención se anule, desaparezca del mundo de los hechos, al contrario, nos encontramos con un querer del sujeto que en un momento determinado se reconvierte en un no querer. Para poder constatar esta evolución del momento subjetivo de la conducta debería ser requisito indispensable que este cambio del elemento volitivo se traduzca en hechos tendentes, también, a contrarrestar lo hasta ahora llevado a cabo, fundamentalmente en el ámbito de la causalidad. Será necesaria una actividad del sujeto dirigida a neutralizar su anterior actuación, actividad que, como la propia expresión indica, deberá ser de carácter activo: realización de toda conducta necesaria para impedir la efectiva producción del resultado lesivo.

No sería suficiente la omisión para contrarrestar la causalidad anteriormente iniciada. Así, en los ejemplos mencionados en las letras C) y E), el autor se limita, simplemente, a no continuar con la acción inicialmente planeada. Desde nuestra perspectiva lo único que aquí se preten-

eventual, siempre y cuando se considere que éste constituye una clase de dolo. En contra de esta tesis, recientemente, TAMARIT SUMALLA, *Tentativa, op. cit.*, pp. 547 ss.

(46) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 92; FARRE TREPAT, *La tentativa, op. cit.*, pp. 243 ss.

(47) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 94; PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 188.

(48) Vid en este sentido FERRER SAMA, *Comentarios, op. cit.*, pp. 59 y 69; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG, op. cit.*, p. 787; PUIG PEÑA, *Frustración, op. cit.*, p. 188. Se cuestiona si este elemento constituye parte del tipo o bien, se trata de una circunstancia de exclusión de la pena no perteneciente al injusto sino a la punibilidad.

(49) RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 95.

de anular es la componente subjetiva de la conducta, es decir, el dolo. El autor ya no quiere la causación de la muerte por veneno, o la producción del aborto y, para ello abandona la realización de actos, de acuerdo con su plan de ejecución inicial, necesarios para que el resultado lesivo se produjese. Contrarresta su volición, y ello se pone de manifiesto en su dejar de actuar, pero no intenta contrarrestar la parte objetiva de su acción –anular lo ya acaecido hasta ese momento–, el desvalor de acción hasta entonces realizado perdura y aunque lo ignora, ya ha llevado a cabo todas las condiciones necesarias para que el resultado lesivo se produzca. No nos encontramos ante un error sobre el curso causal puesto que el resultado producido acontece tal y como el sujeto había imaginado –y aún existiendo se demostraría irrelevante puesto que la calificación jurídica del hecho no varía–, podría existir, en todo caso, un fallo en el control de la mencionada causalidad: el autor piensa que no continuando con su actividad el curso causal se verá paralizado, cosa que efectivamente no sucede. Es necesario que el autor intente contrarrestar todos y cada uno de los momentos positivos que constituyen el injusto, desde sus dos vertientes objetiva y subjetiva. En estas hipótesis sólo se contrarresta una de ellas, la subjetiva (manteniéndose subsistente la objetiva), que quizás pueda tener su efecto como disminución del grado de reprochabilidad, en la culpabilidad, a través de la aplicación de una atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo.

En la hipótesis que nos sirve de punto de partida deberá realizar las maniobras necesarias para que la bomba no estalle –desactivar el temporizador, desconectar los cables, ...–, actuaciones que objetivamente *ex ante* deberán ser idóneas y suficientes para que el resultado no aconteciese. En función del valor que quiera concederse a este desistimiento no cabría aceptar que la acción llevada a cabo fuese ya *ex ante* objetivamente inidónea –el autor únicamente desconecta un cable sin preocuparse de si ello es suficiente o no para que el artefacto no estalle–. Por ello actos que *ex ante* y de acuerdo con los conocimientos del autor fuesen suficientes para que el resultado no llegue a producirse. Es decir, los medios utilizados por el autor para neutralizar el curso causal por él iniciado, deberán ser medios idóneos, esto no supone contradicción alguna, dado que aquí la idoneidad va referida a la cualidad y cantidad del medio utilizado y no al resultado efectivamente acaecido, con respecto al cual la ineficacia del medio, *ex post*, es evidente. *Ex ante* el sujeto debe realizar todas las acciones necesarias tendentes a la paralización o neutralización del curso causal, deben ser objetivamente suficientes para evitar el resultado lesivo. En definitiva, debe de intentar disminuir el riesgo anteriormente creado con su acción.

El segundo de los requisitos de necesaria concurrencia para dotar de cierta virtualidad al desistimiento malogrado consistiría en la realización directa por parte del autor de los actos necesarios para contrarrestar el

desvalor de acción hasta entonces ejecutado. Puede objetarse que cuando nos encontramos ante hipótesis de desistimiento eficaz, es decir, cuando se consigue la no producción del desvalor de resultado, es indiferente con que el mismo venga realizado directamente por el autor o por terceros (50). Al no producirse el desvalor de resultado –se evita la efectiva lesión al bien jurídico– el ordenamiento jurídico premia (51) al autor, siempre y cuando desista libre y voluntariamente, con la impunidad aún cuando efectivamente, *ex ante*, hubiese creado un riesgo para aquél. El acento se hace recaer en el desvalor de resultado, concretamente, en su evitación, de ahí que siempre y cuando éste no se produzca es indiferente quién posibilite directamente, el propio autor o un tercero dirigido por éste, esta ausencia de lesión. Sin embargo, en la hipótesis por nosotros manejada el bien jurídico se lesiona, en definitiva, el desvalor de resultado llega a producirse, por ello las exigencias respecto al autor, de cara a una posible exención o atenuación de la pena, deberán ser mayores que cuando este resultado lesivo alcanza a ser evitado. El autor debe de tener capacidad, *ex ante*, para realizar estas acciones de forma causalmente idónea y así, tratar de evitar el resultado, debe de ostentar el dominio del hecho.

Otra posible objeción que pudiera realizarse a este requisito consiste en que en determinadas circunstancias se considere más razonable, por suponer una mayor disminución de riesgo con respecto al interés tutelado, que la labor de desistimiento sea realizada por un tercero (imagínemos al especialista en desactivación de explosivos, que puede desconectar la bomba con mayor eficacia y menor riesgo que el autor). En estos casos, en mi opinión, sólo obtendría el desistimiento capacidad para disminuir el injusto, cuando del autor pueda predicarse un dominio de la voluntad sobre el tercero, es decir, hipótesis paralelas a la de autoría mediata (52), en las que el hombre de atrás instrumentaliza al ejecutor material y, en consecuencia, la voluntad de ejecutar la acción corresponde a aquél. No sería suficiente con el mero poner en conocimiento, por ejemplo avisar a la policía de la colocación de un artefacto, es necesario

(50) *Vid.* por todos JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, p. 744.

(51) La utilización de éste vocablo no conlleva connotación alguna relativa al fundamento de la exención de penalidad para los supuestos de desistimiento voluntario; por ello, no estoy aludiendo a la teoría del premio o de la gracia. Sobre las distintas teorías al respecto, *vid.* JESCHECK, *Tratado, op. cit.*, pp. 736 ss.; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado, op. cit.*, T. VII, pp. 799 ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 37 ss.; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 13 ss. Se comparte la idea de fundamentar la exención de punición de estos supuestos en la ausencia de necesidad preventiva de pena, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría, op. cit.*, pp. 266-267; MUÑOZ CONDE, *El desistimiento, op. cit.*, pp. 36 ss.

(52) Cfr. al respecto GÓMEZ BENÍTEZ, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en *ADPCP*, fasc. I, 1984, pp. 109 ss.

poseer un control personal del curso causal. Es esta circunstancia la que en realidad pone de manifiesto esa disminución de la potencialidad delictiva.

En resumen, este desistimiento ineficaz *ex post* debe demostrarse *ex ante* idóneo: en principio el sujeto realiza todas las componentes objetivas y subjetivas del tipo, para posteriormente decidir contrarrestarlas, no sólo subjetivamente, no queriendo ya la lesión del bien jurídico, sino también objetivamente, llevando a cabo las acciones necesarias, idóneas, para neutralizar el curso causal anteriormente iniciado, o bien, ostentar el dominio de la voluntad si el desistimiento se realiza a través de terceros. De ahí que considere más correcto hablar de desistimiento idóneo fracasado, puesto que los medios utilizados por el autor son idóneos para contrarrestar el curso causal iniciado pero, en última instancia, fracasan.

IV. LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 16 DEL CÓDIGO PENAL

A diferencia de la situación legal hasta ahora vigente, el nuevo artículo 16 del Código Penal regula, por primera vez algunos supuestos de los calificados tradicionalmente como de desistimiento malogrado. Concretamente en el número 3 del mencionado precepto se exonera, en los casos de codelinuencia, a aquellos sujetos que desistan de la ejecución ya iniciada aunque el resultado lesivo haya llegado a producirse, siempre y cuando intenten impedir seria, firme y decididamente, la producción del resultado lesivo (53). En una primera aproximación puede parecer que la mencionada norma solventa los problemas hasta ahora planteados por los casos de desistimiento malogrado. No obstante, y aún suponiendo un avance frente a la anterior total ausencia de regulación, creo que con ella van a surgir graves problemas de interpretación. Veamos detenidamente los distintos supuestos regulados.

La regla general de las condiciones y efectos del desistimiento viene establecida en el número 2 del artículo 16 quedando en él reflejados los efectos del desistimiento tanto para los supuestos de tentativa acabada –impidiendo la producción del resultado–, como inacabada –desistiendo de la ejecución ya iniciada–. Cabe aquí resaltar dos elementos distintos: uno, que lo relevante para la aplicación de la exención de responsabilidad penal es que el resultado lesivo o dañoso no llegue a producirse, es decir, el desistimiento debe de ser eficaz; y dos, que la actuación del su-

(53) Artículo 16.3: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos 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 o falta.»

jeto debe caracterizarse por su voluntariedad. Dicha exención de responsabilidad criminal parece que está pensada exclusivamente para los supuestos de autoría. Es decir, que si el autor del hecho voluntariamente, a pesar de haber iniciado la ejecución del hecho consigue que el resultado lesivo no llegue a producirse, bien no continuando con los actos necesarios para su producción; bien, impidiendo la producción de la lesión al bien jurídico, quedará exento de responsabilidad criminal. Hasta aquí nada que objetar. Sin embargo, más problemática se presenta la redacción del número 3 del mencionado artículo. Varias son las posibilidades interpretativas que, en mi opinión, este párrafo ofrece y que pueden dar lugar a la consagración de un doble sistema de desistimiento.

En una primera aproximación parece que está pensando en los requisitos necesarios para que el desistimiento tenga eficacia aunque el resultado lesivo haya efectivamente acaecido, en hipótesis de participación, es decir, no es el autor quien desiste, sino sus colaboradores, los partícipes, en su aportación a la realización del injusto (54). En consecuencia, éstos, siempre y cuando intenten impedir el resultado sería, firme y decididamente, aunque no lo consigan, quedarán exentos de responsabilidad criminal. Interpretación en la que no se alcanzaría a comprender la lógica, o dicho de otra manera, las razones político criminales que han movido al legislador para eximir de responsabilidad a los partícipes en el delito y excluir de ella al autor del hecho que también intenta la evitación del resultado aún no consiguiéndola (55), aunque su intento también haya sido firme y serio. En mi opinión, de forma más correcta, cuando el autor haya realizado *ex ante* actos idóneos para la paralización del curso causal.

Una segunda posibilidad interpretativa consiste en que la exención prevista en el número 3 del artículo 16 también tenga posibilidades de alcanzar al autor. Es decir, aquí el legislador podría estar pensando en supuestos de realización de un plan delictivo llevado a cabo entre varios sujetos (hipótesis de codélinuencia) y tanto el autor, como cualesquiera de los partícipes que colaboran con él a la realización del injusto, si intentan impedir el resultado, alcanzarán los beneficios del desistimiento. Esta interpretación resulta claramente insatisfactoria; todavía se comprendería menos por qué los beneficios de este desistimiento malogrado sólo podrían alcanzar al autor cuando ejecuta el hecho con uno o varios colaboradores y no solo. En definitiva, sería tanto como crear un doble régimen de exención en función del número de intervinientes en la acción delictiva (a mayor número de partícipes en el delito mayor benefi-

(54) Ésta parece ser la tesis sostenida por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG, op. cit.*, p. 443.

(55) En idéntico sentido crítico MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento, op. cit.*, p. 174.

cio), siendo evidentemente más beneficioso actuar en grupo que en solitario, puesto que en el primer caso el intento serio de impedir el resultado, aunque se demuestre ineficaz, dará lugar a la exención de responsabilidad, mientras que en el segundo caso sólo la evitación de la lesión efectiva del bien jurídico dará lugar a la exención de responsabilidad criminal (56).

Por último, una tercera posibilidad supondría pensar que se está haciendo referencia, exclusivamente, a las hipótesis de coautoría, es decir, que la expresión «intervengan varios sujetos» se refiere a aquellos que ostenten la condición de autor, luego el desistimiento de los partícipes carecería de expresa regulación legal. Esta posibilidad se demuestra igualmente insatisfactoria, por los argumentos aducidos con anterioridad, puesto que de nuevo se estaría estableciendo un doble régimen, a la hora de obtener el beneficio del desistimiento, para los autores del hecho delictivo.

En segundo lugar, y dejando de lado a los sujetos que pueden desistir de la ejecución del hecho, debemos centrarnos en el «modo» exigido por el legislador en el artículo 16 para que el desistimiento malgrado obtenga eficacia exoneradora. En él se prevé que el autor, o en su caso los partícipes, deben «intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación». En mi opinión no parece que sea esta la fórmula más adecuada que podría emplearse, pues ello supone la utilización de una expresión vaga y difusa que debería haberse intentado delimitar con una mayor precisión. Quien avisa a la policía del lugar y hora exactos en que va a estallar el artefacto explosivo y luego se despreocupa de si efectivamente ésta concede o no credibilidad a la llamada ¿puede ser considerado autor de un intento serio y decidido de que el artefacto no estalle?, o por el contrario, ¿sólo encontraremos firmeza en su decisión si acude personalmente al lugar de los hechos para intentar desactivar el artefacto explosivo? ¿Qué debe entenderse por un intento serio, firme y decidido?

V. LA INCIDENCIA EN EL INJUSTO DEL DESISTIMIENTO IDÓNEO FRACASADO

Si la figura del desistimiento afecta al injusto, evidentemente, las soluciones que puedan darse pasan por las distintas concepciones que del mismo se mantengan, es decir, debemos remitirnos a la relación existente entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado como elementos constitutivos del aquél. Básicamente y, prescindiendo de las particulari-

(56) En idéntico sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*, *op. cit.*, p. 175.

dades que cada concepción manifiesta, existen actualmente dos formas distintas de concebir el injusto: como desvalor de acción (concepciones monistas) y, la concepción dualista, que entiende como necesaria la conjunción de ambos elementos para su configuración.

1. Concepciones monistas: el injusto como desvalor de acción

Dentro de las concepciones monistas del injusto, se ubican quienes hacen recaer la conformación del injusto en el desvalor de acción. Esta línea de pensamiento surge con Welzel y se manifiesta en su concepción de la acción, entendida ésta como expresión de finalidad, en la que la atención se hace recaer en el desvalor de acción como elemento básico para poder fundamentar el injusto penal. Según el propio Welzel, «la lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene sólo relevancia en el Derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento, que carece de independencia, de numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro)» (57). En consecuencia, aquí el desvalor de resultado no fundamenta el injusto, todo lo más puede dotársele de un valor aumentante de éste, pero carece de una función independiente del desvalor de acción (58). Extiende esta consideración a los tipos imprudentes en los que la función que el resultado cumple es explicada así por el propio Welzel, «el elemento esencial de lo injusto en los delitos culposos no consiste en el resultado causado, sino en la forma de ejecución de la acción emprendida; lo importante es si en ésta se ha observado, o no, el cuidado necesario en el tráfico. *Con el desvalor de la acción queda fundamentado ya completamente lo injusto material de los delitos culposos*, mientras que el resultado producido lleva a cabo solamente una 'selección' dentro de él, en relación con su punibilidad» (59). Este planteamiento es recogido, con matices, por un sector de la doctrina que profundiza en el contenido del desvalor de acción en detrimento, cada vez mayor, del desvalor de resultado, si bien desde dos perspectivas distintas. De un lado, quienes propugnan una concepción objetiva de aquél y, por el contrario, los que identifican el desvalor de acción con el desvalor de la intención.

(57) WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, trad. y notas de José CEREZO MIR, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, p. 68.

(58) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, p. 147.

(59) Welzel, *El nuevo sistema*, *op. cit.*, p. 18 (en cursiva en el original).

Dentro de la primera tendencia cabría ubicar, por ejemplo, la tesis mantenida por Mir Puig (60) para quien si bien lo injusto se halla constituido únicamente por el desvalor de acción, éste se concibe de forma objetiva: si el fundamento de la pena es evitar la comisión de delitos, esto sólo puede alcanzarse si la norma penal es capaz de motivar a los ciudadanos a su no comisión. El Derecho penal no puede prohibir la causación de resultados, sino solamente comportamientos voluntarios capaces de alcanzar dichos resultados. Las normas penales sólo pretenden regular conductas humanas que son las que pueden dar lugar a los resultados lesivos por lo que «sólo podrán considerarse contrarias al Derecho penal dichas conductas distintas a las deseadas por sus normas. La antijuridicidad deberá entenderse como antinormatividad, esto es, como contradicción con la regulación deseable por el Derecho penal, y no como la causación, como estado, de la lesión de un bien amparado por el Derecho penal» (61). Ello, a juicio del autor, no obliga a abandonar el ámbito de lo objetivo, «el núcleo de lo injusto no ha de consistir, entonces, en un acto interior de desobediencia, ni en la voluntad de realizar una acción prohibida, sino en la realización voluntaria de la conducta social que el Derecho pretende prevenir» (62). Si se quiere un Derecho penal que cumpla una función preventiva no cabe más que fundamentar el injusto en el desvalor de acción (63). ¿Qué papel asigna entonces al desvalor de resultado?, éste, en su opinión no condiciona la prohibición del hecho ni integra, en consecuencia, lo injusto (64), pero sí su punibilidad, por lo que concluye que el resultado es una condición objetiva de punibilidad (65).

(60) Sobre su concepción de lo injusto, *vid.* MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed. revisada, ed. Bosch, Barcelona, 1982, especialmente pp. 57 ss.

(61) MIR PUIG, *Función, op. cit.*, p. 61.

(62) *Ibidem*, p. 62.

(63) *Ibidem*, pp. 60-61.

(64) Si bien es cierto que desde su perspectiva el resultado no tiene capacidad para fundamentar el injusto, no por ello deja de reconocer el autor que esta consideración, de eminente carácter dogmático, no puede dejar de acompañarse de consideraciones de carácter político criminal, que van a permitir que en determinados supuestos de ausencia de resultado pueda disminuirse o renunciar a la pena, «la realidad demuestra que la producción de un resultado lesivo constituye una *prueba*, a veces la única segura, sobre la peligrosidad que entrañaba la realización de la acción que lo ha causado. La conducta que efectivamente ocasiona una lesión puede probar con ello su capacidad para producirla, mientras que la que de hecho no causa resultado lesivo alguno, no es seguro que fuera tan peligrosa», MIR, *Función, op. cit.*, p. 66.

(65) MIR PUIG, *PG, op. cit.*, p. 145. Ahora bien, hay que tener en cuenta que para el autor la tipicidad penal «requiere tanto los elementos que fundamentan el injusto como los que condicionan su 'punibilidad'», por lo desde esta perspectiva el resultado también pertenece al tipo penal. En el mismo sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ,

Una postura singular entre esta concepción monista objetiva y las tesis dualistas, es la que mantiene Gómez Benítez para quien, «el desvalor de resultado no es, pues, un elemento independiente o autónomo en el plano de lo injusto, sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte» (66). Parte el autor de un concepto de injusto personal en el que el desvalor de resultado cumpliría, por tanto, una función aumentante del injusto pero no constitutiva del mismo, por lo que no nos encontramos ante un concepto independiente o dotado de autonomía, pues, en tal caso, éste se ubicaría junto al desvalor de acción (67). Sin embargo, a diferencia de Mir, no considera Gómez Benítez que el resultado sea una mera condición objetiva de punibilidad, aunque tampoco le dota de fuerza suficiente como para constituirse en elemento cofundamentador del injusto.

Distinta es la aproximación que a este mismo problema realiza Zielinski, quien enfatiza la función fundadora del injusto por parte del desvalor de acción haciéndolo equivalente al desvalor de intención y sosteniendo que basta su sola presencia para la configuración del injusto. Resulta así indiferente la existencia o no del resultado (68), porque su

«Aberratio ictus e imputación objetiva», en *ADPCP*, fasc. II, 1984, pp. 366-367; el mismo, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 415 ss. En contra HUERTA, *Sobre el contenido*, *op. cit.*, p. 40, quien muestra su disconformidad con la idea de acudir a las condiciones objetivas de punibilidad para justificar la menor punibilidad que se desprende de nuestro ordenamiento jurídico para las formas imperfectas de ejecución frente a la consumación del delito.

(66) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, *op. cit.*, p. 82. Subrayado en el original.

(67) Sobre su concepción de lo injusto, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, pp. 145-162, en donde el autor, partiendo de la diferenciación entre el desvalor de resultado y el concepto de resultado efectivamente acaecido (resultado estructural), y pretendiendo dotar al primero de ellos de una capacidad aumentante del injusto, entiende que esto sólo será posible introduciendo criterios de graduación del propio desvalor de acción. Para conseguir fundamentar esta teoría recurre a los conceptos de «capacidad de resultado» y «poder de resultado de la finalidad». El primero de ellos, en cuanto categoría que se aprecia según criterios de experiencia y probabilidad, no tiene relación directa con el resultado efectivamente acaecido (pueden existir acciones incapaces de resultado y que sin embargo nos conduzcan al mismo), sino que nos encontramos ante un criterio cognoscible *ex ante* por un observador imparcial y que trata de indagar sobre la aptitud que posee una determinada acción para producir el resultado que el autor pretende con la misma. Mientras que el poder de resultado con finalidad es la vía por la que se introduce el desvalor de resultado en el injusto, aumentándolo. El poder de resultado, *ex post*, conduce siempre al resultado estructural (pp. 148-149)

(68) ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. por Marcelo A. SANCINETTI, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 143 ss. El desvalor de resultado puede en todo caso aumentar el ilícito, pero no fundamentarlo. A parecida conclusión llega GÓMEZ BENÍTEZ, sólo que éste no parte de una concepción netamente subjetiva del desvalor de acción.

efectiva realización depende del azar y su única función es constituirse en manifestación externa de lo injusto; «no existe, entre el resultado y la acción ilícita, ninguna unión directa que posibilite al desvalor de resultado tener influencia sobre el ilícito. No sólo el resultado real carece de una función de elevación del ilícito, sino que tampoco alcanza al ilícito ninguna relación objetiva entre la acción y el resultado» (69). Las consecuencias que de este planteamiento se derivan, de cara a la teoría jurídica del delito, y por lo que aquí nos interesa, resultan evidentes: carecería de sentido, en el plano de lo ilícito, la distinción entre delito consumado y tentativa acabada, puesto que la diferencia sólo puede establecerse cuando posee un carácter cualitativo lo que aquí no sucede (70), es decir, sólo cabe diferenciar el delito consumado y la tentativa inacabada (71), puesto que en ésta no se ha producido aún en su plenitud el desvalor de acción (72). Esta interpretación, viene sin duda propiciada por la propia regulación del *StGB* en el que la disminución de penalidad en los supuestos de tentativa acabada es facultativa (73), regulación que confirma, en opinión de Zielinski, que en estas hipótesis lo injusto esté constituido por el desvalor de acción, no afectando directamente a la penalidad la concurrencia efectiva del resultado dañoso para el bien jurídico.

Desde esta perspectiva, resultaría entonces de difícil justificación la menor penalidad que nuestro ordenamiento asigna a las formas imperfectas de ejecución del delito. Si se parte de la base de que el desvalor de acción de la tentativa acabada es idéntico al del delito consumado y de que la única diferencia existente entre ésta y el mismo tipo en grado de consumación radica en que en este segundo se ha producido la lesión material al bien jurídico (desvalor de resultado), al considerar que éste no es un elemento necesario para fundamentar el injusto la consecuencia lógica debería ser la identidad de pena a imponer en ambos casos.

Ahora bien, las consecuencias que de ambos planteamientos –el monista objetivo y el subjetivo– pueden derivarse de cara a los efectos del desistimiento eficaz fracasado son, en mi opinión, distintas. Partiendo de la concepción monista objetiva, nos encontramos ante una acción objetivamente peligrosa *ex ante* para un determinado bien jurídico –colocación del artefacto explosivo por parte del autor–, peligro que tiende, también objetivamente, a alejarse puesto que el autor realiza actos idóneos (74),

(69) ZILENSKI, *Desvalor de acción*, *op. cit.*, p. 163.

(70) De ahí la igual punición que debería corresponder a estas hipótesis, *ibidem*, p. 309.

(71) *Ibidem*, p. 163.

(72) *Ibidem*, p. 309.

(73) § 23.2 del *StGB*: «Der Versuch kann milder bestraf werden als die vollendete Tat».

(74) Quizá pudiera asimilarse a las situaciones propias de la tentativa, puesto que el autor con su actuación tiende a aminorar el peligro para el bien jurídico.

aunque *ex post* ineficaces, para evitar que el resultado lesivo se produzca, luego disminuye el desvalor de acción. Subjetivamente ya no quiere la lesión del bien jurídico pero, sobre todo, ello se traduce en actos exteriores que pretenden la paralización del curso causal. Nos encontramos pues ante un injusto disminuido puesto que el autor lleva a cabo un valor de acción que es necesario apreciar. Valor de acción que se traduce en la realización de actos que intentan disminuir el poder de resultado que el desvalor de acción contiene. Si el fundamento del castigo de la tentativa acabada se encuentra en el peligro *ex ante* creado (75) para el bien jurídico por la realización de determinados actos, el desistimiento ineficaz intenta disminuir ese peligro, pone en evidencia la manifestación de una voluntad dirigida a evitar la lesión del bien jurídico. Existe una manifestación externa que nos indica que el desvalor subjetivo de la acción se ha anulado, o mejor dicho, se ha contrarrestado, ha cambiado, manifestándose esta mutación en actos externos que pretenden disminuir el poder de realización del resultado que el desvalor de acción contiene.

Sin embargo, a la conclusión que se llega desde postulados meramente subjetivos difiere de la anterior. Si, como se mantiene, el resultado es irrelevante de cara a la configuración del ilícito bastando para su constitución con la constatación del desvalor de acción, será por tanto indiferente su causación o no. Aquí el resultado cumple entonces una función meramente indiciaria (76), lo que permite aseverar que, una vez producido el desvalor de acción, el ilícito se halla ya configurado si éste es equivalente al desvalor de la intención (77); de este modo, aún cuando esta intención varíe, es decir, aún cuando el cambio en la volición del autor se manifieste externamente a través de la realización de actos *ex ante* idóneos para paralizar la lesión al bien jurídico protegido y el autor crea que ha realizado todos los necesarios para alcanzarla (se produce un valor de acción) (78), ello será indiferente puesto que el injusto, desde esta perspectiva, se encuentra ya perfeccionado.

(75) MIR PG., p. 357

(76) Como indica ZIELINSKI, *Disvalor de acción*, *op. cit.*, p. 244, «El resultado es un indicio, visible para cualquiera, del ilícito cometido (...). Facilita su demostración, dado que la acción ha dejado en él sus huellas permanentes, que permiten la reconstrucción del desarrollo de la acción.»

(77) Así se puede fundamentar el castigo de la tentativa inidónea, dado que aquí el autor ya demuestra su intencionalidad de contrariar el ordenamiento jurídico, se produce ya la infracción del deber, independientemente de que objetivamente se haya o no puesto en peligro el bien jurídico protegido.

(78) Según Zielinski, «El disvalor de acción de una acción fundamenta el ilícito; el valor de acción (preponderante) de una acción fundamenta la exclusión del ilícito. Sólo una acción que está orientada a la conservación de un objeto de bien jurídico amenazado, es decir, que está guiada por una voluntad de salvamento, puede realizar un valor de acción. Así como para el disvalor de acción y para el ilícito no importan

2. Concepciones dualistas: el injusto como desvalor de acción y resultado

No obstante lo señalado anteriormente, es mayoritario aquel sector de la doctrina penal que entiende como necesaria la concurrencia del desvalor de acción y del desvalor de resultado para que quede configurado el injusto penal (79); ambos elementos deben concurrir conjuntamente para cofundamentar el injusto (80). Básicamente, dos son las pre-

las circunstancias 'objetivas', reales, sino únicamente la situación de acción representada por el autor y la meta de acción perseguida por él, así también, para el valor de acción y para la exclusión del ilícito, tampoco importan las circunstancias 'objetivas', reales, sino sólo las representadas por el autor». *Disvalor de acción, op. cit.*, p. 313.

(79) CERESO, *Curso de Derecho Penal español. Parte general I*, 3.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pp. 364-365. En el mismo sentido, BUSTOS, *Manual de Derecho Penal español. Parte general*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 182-183, quien entiende que el desvalor de acto da contenido a la tipicidad mientras que el de resultado da contenido a la antijuridicidad; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido, op. cit.*, p. 60 y pp. 72 y 73; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 341 para quienes «Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado. Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección de la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección de la propiedad, etc. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor del resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad). Lógicamente los mandatos 'no matar', 'no robar', etc., sólo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, sólo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que pueden lesionarlos»; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte general, op. cit.*, p. 251; el mismo, «Acto», *op. cit.*, p. 383; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 22-24; TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», en *ADPCP*, fasc. II, 1992, p. 536. La inclusión de RODRÍGUEZ MOURULLO en este grupo de autores obedece a que considera necesaria la concurrencia del desvalor de acción para la configuración del injusto, ahora bien, debe matizarse que dota al desvalor de resultado de una absoluta preeminencia en la conformación del injusto (pp. 340 ss.).

(80) Aquello en lo que no mantienen acuerdo estos autores es sobre si este carácter co-fundamentador de lo injusto significa que ambos elementos se encuentran en una relación paritaria, es decir, si ambos poseen igual importancia jerárquica o no, *vid.*, en el sentido de mantener su igualdad HUERTA, *Sobre el contenido, op. cit.*, p. 72; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG, op. cit.*, p. 341. Discordante con esta postura se manifiesta RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal, op. cit.*, pp. 22-24 y 331-336, para quien si el Derecho Penal protege bienes jurídicos fundamentales castigando los hechos que los lesionan o ponen en peligro, es lógico que «el contenido sustancial de los hechos que el Derecho Penal castiga esté constituido en primer lugar por el desvalor de resultado que encarna la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos», es la propia función del Derecho Penal la que otorga, en su opinión, primacía al desvalor de resultado (p. 334). Como señala el propio autor más adelante (p. 336) el desvalor de acción cumple una función selectiva: nos indica que

misas de las que parten los representantes de esta postura: de un lado, un concepto personal de lo ilícito (81), y de otro, de una concepción imperativa de la norma penal (82). Entre otros argumentos, esta tesis se ve además avalada, en opinión de Cerezo, por la propia redacción del Código Penal, puesto que éste, en los artículos 51 y 52 (83), establece la atenuación obligatoria de penalidad cuando nos hallamos ante formas de imperfecta ejecución del delito. En estas hipótesis, el desvalor de acción es idéntico al del delito consumado, sin embargo, la penalidad que se les asigna es inferior, debido, mantienen, a la ausencia del desvalor de resultado (84), puesto que no ha llegado a producirse la efectiva perturbación del bien jurídico (85). Sin embargo, otros autores, como Quintero Olivares, entienden que también en la tentativa cabe reconocer un cierto

determinadas lesiones de bienes jurídicos son particularmente intolerables. Crítico con esta tesis QUINTERO OLIVARES, «Acto, resultado y proporcionalidad», en *ADPCP*, fasc. II, 1982, pp. 386-387. En su opinión, *PG*, *op. cit.*, p. 252, «no hay necesidad de entrar en el terreno de las primacías o de dilucidar que es en todo caso 'imprescindible' que concurra, ya que ambos [desvalor de acción y desvalor de resultado] son imprescindibles salvo excepciones».

(81) Esta es una característica compartida con aquellos autores que mantienen una postura monista respecto al injusto. En contra, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, *PG*, *op. cit.*, pp. 23-24.

(82) Si bien este aserto requiere alguna matización pues, como indica BACIGALUPO, en la estructura del sistema dogmático actual la función del concepto de norma desempeña un papel secundario, en el sentido de que la distribución de los presupuestos de las consecuencias jurídicas del Derecho Penal viene determinada no por el concepto de norma, sino por decisiones previas sobre la función de la motivación en la concepción del injusto personal, o, en cuanto a la inclusión o no del conocimiento de la antijuridicidad en el injusto, cuestiones a las que se ofrecen soluciones diversas, aun manteniendo el mismo concepto de norma imperativa, por ejemplo. «Concepto de norma en la dogmática penal» en *RFDUC*, número monográfico 11, 1986, pp. 73 ss.

(83) Se mantiene, por fidelidad con la obra del autor la articulación del antiguo Código Penal, si bien, y a efectos de penalidad el nuevo artículo 62 es equiparable a éstos dado que también permite la reducción de pena en uno o dos grados para los supuestos de tentativa acabada e inacabada.

(84) CEREZO, *Curso*, *op. cit.*, p. 366; HUERTA, *Sobre el contenido*, *op. cit.*, pp. 51 ss. Por su parte RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 24 y pp. 333-334, señala que en las formas imperfectas se encuentra ausente el desvalor de resultado. Con la finalidad de confirmar su postura aporta como argumento la solución que reciben las hipótesis de justificación putativa. En ellas aún existiendo valor de acción la existencia de la lesión al bien jurídico sirve para fundamentar la antijuridicidad del hecho y ello por la concurrencia del desvalor de resultado.

(85) Debe tenerse en cuenta la dificultad que entraña la clarificación de los conceptos «resultado» y «desvalor de resultado» en la doctrina. No se ha demostrado fácil mantener la coherencia respecto a los distintos significados de estos vocablos, problemática que se encuentra estrechamente unida a la concepción de injusto que se mantenga. Sobre esta materia véase la monografía de Laurenzo COPELLO, *El resultado en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992. Ante la utilización del término resultado puede pensarse en tres posibles sentidos: en primer lugar, el concepto más amplio de resultado que se identifica con la realización del tipo; en segundo,

desvalor de resultado (86), desvalor de resultado que se manifiesta en la exigencia de un «inicio de ejecución» objetivamente demostrable, pues de lo contrario, en su opinión, no podría distinguirse la tentativa de los actos preparatorios (87).

Dentro de estas posiciones dualistas, pero partiendo de distintas premisas, encontramos una serie de autores que remiten el contenido de la voluntad del autor al momento de la culpabilidad y parten de entender la norma penal como norma de valoración (88), es decir, ésta se constituye como un juicio de valor sobre determinados hechos que se hallan vinculados a determinados intereses –bienes jurídicos–, cuya violación se traduce en la efectiva lesión de los mismos (89). Desde estas premisas, el peso en la relación en el binomio desvalor de acción-desvalor de resultado se hace recaer sobre el segundo, puesto que se mantiene una naturaleza objetiva de la antijuridicidad será el desvalor de resultado quien cobrará especial relevancia (90). En este sentido, señala Rodríguez Mourullo (91), que si el Derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales, castigando en consecuencia los hechos que los lesionan o ponen en peligro, es lógico que «el contenido sustancial de los hechos que el Derecho penal castiga esté constituido en primer lugar por el desvalor de resultado que encarna la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos» (92); en su opinión, es la propia función del Derecho penal la que otorga primacía a éste. El desvalor de acción, por su parte, cumpliría en-

con un efecto separable espacio temporalmente de la acción y que se halla vinculado causalmente a la misma y en tercer lugar, cuando se hace referencia a la lesión o peligro del bien jurídico protegido (pp. 17-18).

(86) QUINTERO OLIVARES, *PG*, *op. cit.*, p. 253; el mismo, «Acto», *op. cit.*, p. 404. El mencionado autor parte, como principio teórico, de que para poder calificar a un hecho como punible, es necesaria la concurrencia conjunta del desvalor de acción y el de resultado, por lo que no queda más que afirmar que también ambos concurren en las hipótesis de tentativa idónea «con la característica de que el desvalor de resultado en la tentativa no tiene la misma entidad que en el delito consumado al ser menor el grado de afección del bien jurídico protegido». En el mismo sentido HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido*, *op. cit.*, pp. 55-56.

(87) QUINTERO OLIVARES, *PG*, *op. cit.*, p. 253. Es precisamente del contenido que otorga a este desvalor de resultado de donde el autor deduce que deben distinguirse los conceptos de resultado y de desvalor de resultado, «el desvalor de resultado existe tanto en los delitos de ‘mera actividad’ como en los delitos ‘de resultado’; tanto, pues, en la injuria como en el homicidio, en el delito intentado como en el delito consumado» (p. 254).

(88) Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 4.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 248.

(89) *Ibidem*, p. 273.

(90) *Ibidem*, p. 272.

(91) Derecho Penal, *op. cit.*, pp. 22-24 y 331-336.

(92) *Ibidem*, p. 334.

tonces una función selectiva, es decir, serviría para indicar qué lesiones de bienes jurídicos son particularmente intolerables (93).

Desde estas posiciones, puede entonces argumentarse que quizás la solución más coherente al problema que venimos planteando sea la aportada por Muñoz Conde puesto que en ella encuentra equilibrio dogmático la secuencia delictiva acontecida. Partiendo de que el contenido de injusto se completa cuando concurren conjuntamente el desvalor de acción y el desvalor de resultado, se observa que en el desistimiento malogrado el autor manifiesta su negativa a producir la lesión al bien jurídico antes de que el resultado acaezca, es decir, hasta ese momento nos hallamos en el *iter criminis* de un delito doloso en grado de tentativa acabada pues habiéndose realizado todos los actos necesarios para la consumación ésta todavía no se ha producido. A partir de este momento comienza, sin embargo, una nueva secuencia delictiva consistente en la interposición de actos conducentes a contrarrestar el desvalor de acción hasta entonces efectuado, encaminados, fundamentalmente, a desviar el curso causal iniciado. Es aquí, a juicio del mencionado autor, donde se produce la infracción del cuidado debido, y de ahí que quepa imputar el resultado que finalmente acaece a título de imprudencia.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

El encabezamiento de este epígrafe pretende, como los anteriores, poner de manifiesto el contenido de las líneas que le siguen, de ahí que, en honor a la verdad, se titule «A modo de» y no se encabece con una expresión más definitiva como sería la de conclusión. Y ello porque, como se ha podido intuir ya de lo anteriormente expuesto, alcanzar una conclusión definitiva para el problema planteado es harto difícil. En realidad, la única meta de este trabajo ha sido la de intentar poner de manifiesto lo insatisfactorio de muchas de las respuestas que tradicionalmente ha aportado la doctrina, e incluso en muchos casos la ausencia de las mismas, al problema del desistimiento malogrado. Aunque debo reconocer que señalar estas insuficiencias es una labor mucho más sencilla que aportar una solución satisfactoria. No obstante lo dicho, y a modo de conclusión de un trabajo claramente inconcluso, pienso que no es una tarea inútil destacar alguna de las ideas que se han venido apuntando.

En el ámbito general de la categoría del desistimiento, creo que pueden distinguirse momentos distintos; lógicamente estos momentos deben asimismo obtener una respuesta jurídica diferente. En primer lugar, nos podemos encontrar en aquella situación en la que el autor antes de haber concluido la realización de los actos necesarios para la consumación de-

(93) *Ibidem*, p. 336.

cide, libre y voluntariamente, no continuar con éstos evitando de este modo el resultado lesivo primitivamente querido: es lo que se denomina desistimiento eficaz en la tentativa inacabada. En un momento ulterior, puede suceder que este mismo autor haya llevado a cabo todos los actos necesarios para la consumación pero, arrepentido, realiza voluntariamente acciones que consiguen paralizar el curso causal y, en consecuencia, tampoco se alcanza aquí el resultado lesivo, es decir se trata de un supuesto de desistimiento eficaz en la tentativa acabada. Como es sabido, en ambas situaciones la respuesta del ordenamiento jurídico es idéntica: impunidad para el autor por ausencia de necesidad preventiva de pena.

Ahora bien, también puede suceder que el autor, antes de la consumación del delito, pero una vez ya realizados todos los actos típicos necesarios para que se produzca aquélla, pretenda evitar el resultado pero fracase en su intento y ello a pesar de haber realizado *ex ante* actos idóneos para paralizar el curso causal (desistimiento idóneo fracasado). Un cuarto momento, en este tracto delictivo, lo encontramos cuando el autor, una vez realizado el delito, es decir, una vez producida la consumación, se arrepiente del daño causado y decide paliarlo (arrepentimiento *ex post* que suele dar lugar a la aplicación de la atenuante 21.5.^a del CP). En estos últimos casos, es donde, a mi juicio, no cabe equiparar la solución jurídica castigando la conducta realizada en ambos casos como un delito consumado doloso con la concurrencia de la atenuante 21.5.^a, o, en su caso, de una circunstancia de carácter análogo a la misma.

Para realizar la anterior afirmación parto de que son distintos los momentos en los cuales el autor manifiesta el contenido de su voluntad pero además es incluso posible que el contenido de esa voluntad sea diferente lo que, en mayor medida justifica un distinto tratamiento. Así, en el primer caso, el autor realiza actos tendentes a evitar la realización del resultado manifestando, de este modo, su voluntad contraria al mismo y esta actividad tiene lugar antes de que el resultado lesivo se haya producido, es decir, antes de que se haya constituido el ilícito; en la segunda hipótesis, por su parte, no estamos ya ante un desistimiento sino ante un arrepentimiento sobrevenido cuando el daño ya se ha producido (ilícito consumado) donde, en realidad, es incluso irrelevante, a mi juicio, el contenido de la voluntad, es decir, que el autor haya querido o no el resultado, pues la atenuación de la pena se produce por reparar o paliar los efectos que este resultado ya producido (piénsese así, por ejemplo, que cabe aplicar la circunstancia del art. 21.5.^a al que tras colocar y hacer estallar la bomba, recoge a los heridos por la misma trasladándolos a un centro sanitario).

Esta divergencia entre ambos casos, se hace evidente en el uso jurídico que de la palabra desistimiento utiliza mayoritariamente la doctrina alemana quienes por tal entienden el apartamiento del hecho delictivo que comprende tanto la mera omisión, como la realización de actos que contrarresten lo ya ejecutado, mientras que arrepentirse supone el pesar

que el sujeto tiene tras la realización de un determinado hecho. Aunque nuestra doctrina mayoritaria haya utilizado hasta ahora una terminología distinta (hablando de desistir cuando basta una omisión y de arrepentirse cuando se requiere una conducta positiva) también conceden a estos casos una relevancia distinta al supuesto contemplado por el artículo 21.5.º; sólo el desistimiento y el arrepentimiento anterior a la consumación pueden, caso de ser eficaz y voluntario, conducir a la impunidad.

Ahora bien, a nuestro juicio, también en los casos en que el desistimiento carezca de eficacia cabe conceder a esta actuación un significado relevante y distinto frente a los supuestos de arrepentimiento posterior a la consumación y ello porque el cambio efectuado en la volición del sujeto y su manifestación externa tienen, en la primera de las hipótesis planteada, capacidad potencial para afectar al contenido de injusto realizado, mientras que, en el segundo caso, éste ya se ha completado, ha llegado a su conclusión, en consecuencia, no cabe modificarlo, bien para aumentarlo bien para disminuirlo, sólo quedaría la posibilidad de una sanción atenuada. La aplicación de la atenuante 21.5.ª debe quedar de este modo restringida a los casos en que el hecho delictivo ha quedado consumado, puesto que, como indica Mir (94), esta es una circunstancia que no afecta al injusto ni a la culpabilidad, ya que se produce con posterioridad a la comisión del hecho delictivo (95).

Por todo ello creo que frente a las diversas soluciones propuestas cabe concluir del siguiente modo: de un lado, y en primer lugar, no creo que, frente a lo señalado por la doctrina mayoritaria, deban sancionarse las conductas de desistimiento idóneo fracasado como delitos consumados dolosos pues, como venimos señalando, la realización de actos idóneos *ex ante* para evitar el resultado disminuye el contenido de injusto incluso aunque *ex post* estos actos se revelen como ineficaces. De otro lado, tampoco es coherente desde esta postura atenuar la conducta, es decir, aplicar la circunstancia 21.5.ª, u otra de análoga significación, al objeto de dar relevancia a la realización de esos actos idóneos pero ineficaces. Como se ha señalado, los presupuestos de los cuales partimos son distintos y, en consecuencia, la solución jurídica que a ellos se de tampoco puede ser idéntica. No pueden sancionarse de igual manera aquellas situaciones en las que el contenido de injusto es menor, que aquellas en las que éste se halla plenamente realizado.

Sin duda lo más difícil de justificar en esta conclusión es, en efecto, que se produce una disminución del injusto. Pero a mi juicio, si el autor conserva el dominio sobre el hecho y realiza actos *ex ante* idóneos para

(94) MIR, *PG, op. cit.*, p. 692.

(95) En contra de esta tesis ALONSO ÁLAMO, *El sistema, op. cit.*, p. 737, para quien esta circunstancia debe valorarse como un indicio de culpabilidad menor. (Evidentemente la valoración viene referida a la antigua circunstancia 9.9.ª CP).

disminuir el poder de resultado de su acción, aunque posteriormente éste se produzca, puede pensarse, o al menos no creo que sea descabellado plantearlo, que ha conseguido disminuir el contenido de injusto realizado en la medida en que *ex ante* ha alejado el riesgo inicialmente provocado. No es lo mismo querer causar la muerte y dirigir la acción directamente hacia la producción de ese resultado, que, una vez realizados todos los actos necesarios para ello contrarrestarlos idónea pero ineficazmente. En mi opinión, ello no afecta al grado de reprochabilidad de la conducta, sino al contenido propio del injusto, concretamente al desvalor de acción llevado a cabo, que en estas situaciones es distinto.

Pero, asimismo, la conclusión propiciada por el Profesor Muñoz Conde, si bien nos parece la más cercana a las conclusiones que intentamos obtener, tampoco nos resulta totalmente satisfactoria. Por un lado, creo que no cabe propugnar esta solución para todos y cada uno de los casos que el propio autor utiliza en la descripción del problema. De otro, y lo que es más importante, creo que, en todo caso, tampoco cabe aquí la aplicación de la referida atenuante de arrepentimiento espontáneo. Piénsese que en la solución propuesta por Muñoz Conde el resultado se imputa a título de comisión culposa mientras que el acto inicial doloso se sanciona en grado de frustración o tentativa, calificación esta última que, según creo, se debe a que ya hemos valorado para llegar a tal conclusión el desistimiento idóneo pero ineficaz del autor ya que, en otro caso, habríamos de sancionar por delito doloso consumado. En otras palabras, la ejecución de actos idóneos pero ineficaces determina un menor contenido de injusto lo que se traduce en que el sujeto responde por una tentativa acabada; si además a ello añadimos la atenuante de arrepentimiento basada en el mismo hecho, la ejecución de esos actos idóneos, estaremos valorando dos veces la realización de una misma actividad pero, sobre todo, estaremos otorgando a la realización de estos actos un significado distinto en el sentido de que no afectan al contenido de injusto.

Por lo que respecta a la reciente regulación del nuevo artículo 16, en mi opinión, deja sin resolver el problema planteado, puesto que parece evidente que, a pesar de la deficiente redacción legal, el legislador, en los supuestos recogidos en el número 3 del artículo 16, está pensando en el desistimiento malogrado de los partícipes. No creo que en él puedan incluirse las hipótesis de desistimiento en la coautoría, ya que ello supondría afirmar la existencia de un doble régimen de desistimiento al que se podrían adscribir los sujetos en función del número de participantes en la actividad delictiva. Criterio de carácter cuantitativo difícilmente justificable desde una perspectiva político criminal. En consecuencia, se continúan sin considerar dignos de trascendencia los esfuerzos del autor por contrarrestar su inicial acción, puesto que sólo si estos son eficaces, eficacia que viene medida *ex post* ya que sólo alcanza trascendencia si se consigue evitar el resultado perjudicial.