

Sabemos que existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un 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 sujeto. Común a todas las formas de tentativa, y por tanto elemento de su definición, es que el *resultado no se produce por causas diversas a la propia voluntad* del agente. Es decir, que también puede suceder que por propia voluntad el agente renuncie a consumir o evite el resultado (C.44), en cuyo caso queda en tentativa, y la conducta típica no se da completa. Para tales casos, el legislador penal español, en la línea de los de nuestro entorno, ha previsto que quien desiste del delito comenzado quede exento de pena (art. 16.2-3 CP). La impunidad por desistimiento no alcanza a aquellos hechos ya realizados que constituyan por sí solos otro tipo: el desistimiento logra la impunidad por la tentativa del delito, pero no por lo realizado que constituye ya delito (por ejemplo, por tenencia ilícita de armas, o por lesiones, si el homicida desiste después de herir a la víctima).

Entendemos por desistimiento voluntario de la tentativa aquella conducta de quien, habiendo iniciado ya directamente y por actos exteriores la realización de un delito, no continúa esta, sea abandonando la ejecución (desistimiento pasivo), sea contribuyendo a evitar activamente la consumación (desistimiento activo). El efecto del desistimiento es la impunidad del agente que desiste, salvo que lo realizado ya constituya otro delito. Esta previsión exige plantearse su fundamento y requisitos.

El *fundamento* de esta impunidad no puede ser i) una desaparición de la antijuricidad de la conducta, pues lo ya realizado no deja de ser una conducta dirigida con dolo contra un bien jurídico, una conducta por la que debería responderse. Tampoco ii) parece que sea cuestión de disminución o desaparición de la culpabilidad, porque ésta se refiere a aspectos de la relación del sujeto con la norma (L.9), y aquí quien desiste no se ve afectado por un desconocimiento patológico (por enfermedad o intoxicación) respecto a la norma a seguir; ni tampoco es que no concluya la realización del tipo porque carece de fuerzas (voluntariedad) para seguir la norma en cuestión (al contrario, da muestras de tener la decisión de no concluir el delito). Puede parecer que su decisión merezca ser premiada; pero iii) no puede entenderse como una conducta premial o supererogatoria, porque desistir es algo debido: cualquier persona está obligada a no comenzar conductas prohibidas (o a iniciar las prescritas), lo mismo que está obligado a interrumpir las prohibidas ya iniciadas; por eso, quien desiste, hace algo debido, de modo que no merecería el premio de una atenuación, y menos la exención de pena. Podría entonces plantearse iv) como un dato que afecta a la punibilidad de la conducta, como una condición de la pena a imponer en casos de tentativa: es mejor dejar de castigar si con eso se evita la consumación de algún delito; en efecto, aunque el hecho intentado merezca recibir una sanción por ser ya antijurídico, dejar de castigarlo puede ser eficaz para conseguir que el delincuente no consume el delito y lesione así los bienes jurídicos. Esta parece la fundamentación más plausible. Por tanto, se trata de una consideración, no de merecimiento de pena, sino de falta de necesidad de castigar, algo propio de la sancionabilidad (N.44 y N.141).

La impunidad por desistimiento requiere *voluntariedad* en el agente que abandona el intento (C.48): es decir, que desista «por propia voluntad» (art. 16.1). La distinción entre volición* y voluntariedad permite comprender este requisito exigido para ganar la impunidad por desistimiento. No procede la impunidad en casos en que el agente obra

con mera volición: no podemos entender que el desistimiento sea «voluntario» cuando el agente solamente «actúa», pues la volición es lo que permite decir que se ha actuado; luego hará falta algo más o algo distinto. Se precisa algo más. Aquí se debe exigir, en efecto, la voluntad completa, que se da en casos de voluntariedad*, es decir, cuando el agente se mueve por un acto de libertad consistente en obrar, no sólo con alternativas (o volición), sino además con una decisión de seguir la norma. Por tanto, la «voluntariedad» exigida para que el desistimiento del agente le gane la impunidad ha de significar obrar secundando el mensaje normativo, y no condicionado por los acontecimientos. Eso es coherente con el fundamento de la impunidad por desistimiento (como hemos visto, es la falta de necesidad de castigar si con eso se evita algún delito): ha de tratarse de una conducta del agente que vaya dirigida a *abandonar su conducta porque retorna a la legalidad*, porque prefiere –por la razón que sea, pero al menos secundando la norma– dejar a salvo el bien jurídico ya amenazado o puesto en peligro con su delito comenzado. Dicho retorno a la legalidad no podrá apreciarse por tanto cuando la realización se ha vuelto imposible (por ejemplo, si los medios empleados no son operativos), o cuando se vuelve inútil consumir el delito (por ejemplo, si se desiste porque la cosa a sustraer carece de valor: C.48). Se ha de exigir, por tanto, voluntariedad en cuanto retorno a la legalidad.

La impunidad por desistimiento exige una conducta diversa del agente, según se halle el delito en una fase más o menos avanzada de ejecución (C.49). La impunidad por desistir de la realización ya iniciada no puede exigir del agente lo mismo si la tentativa ya ha concluido, pues entonces deberá adoptar los medios oportunos para evitar la producción del resultado; es decir, se le exige entonces un desistimiento *activo*. De lo contrario, no quedaría acreditada la «voluntariedad» que le gana la impunidad por un «retorno a la legalidad». Distinto es si la tentativa sólo se ha iniciado, pero no acabado; en cuyo caso bastaría con un desistimiento *pasivo*, pues en tales situaciones el resultado no puede producirse mientras no concluya la ejecución.

En este sentido, una modalidad de desistimiento activo es el que se exige cuando el agente ha dado comienzo al tipo junto con más personas: en dicho caso, el peligro propio del comienzo del tipo no se halla sólo en sus manos, sino que puede estar compartido con otros (L.12 y L.13); puede incluso que se haya perdido el control sobre el riesgo, que está dominado por alguno de los intervinientes, pero no por el que desea desistir. Por esta razón, es correcto exigir para la impunidad del que desiste que impida la consumación; o, al menos, como sucede en el caso español (art. 16.3 CP), que la intente impedir «seria, firme y decididamente». Una regla parecida debería servir para el desistimiento de alguno de los agentes de los actos preparatorios punibles*, aunque no se halla prevista expresamente en Derecho español. Cabe proponer que se les extienda por analogía (en este caso a favor del reo) la regla que opera para los autores y partícipes. Para tal analogía será preciso exigir entonces algo semejante de lo que se pide a los co-intervinientes que desisten.

TENTATIVAINICIO....INACABADA	ACABADA	CON- SU- MA- CIÓN
Desistimiento	Basta con que sea <i>pasivo</i>	Debe ser <i>activo</i>	
Casos de codelincuencia	«impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente»		
Actos preparatorios punibles	¿analogía?		

Si el desistimiento «voluntario» no logra impedir la consumación, no procedería la impunidad, salvo lo previsto para los casos de codelincuencia, en los que se exige intentar impedirla «seria, firme y decididamente». Fuera de tales casos, quedaría si

acaso la posibilidad de una mitigación de la pena a través de la circunstancia atenuante –incluso muy cualificada– de confesión y/o reparación (art. 21.4.^a y 5.^a CP), o por analogía con éstas (art. 21.7.^a CP).