

EL INTENTO SERIO DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN DEL DELITO (ANÁLISIS DEL ART. 16.3 DEL CÓDIGO PENAL)

PROF.^a. DR.^a. CARMEN REQUEJO CONDE
Universidad de Sevilla

SUMARIO: 1. Introducción al problema. Fundamento.— 2. Tentativa e intento serio de impedir la consumación del delito. Criterios de delimitación. a) Criterio de la causalidad hipotética. b) La teoría de la imputación objetiva c) Los correctivos a la teoría de la imputación objetiva.— 3. Intento serio de impedir la consumación y error (el «esfuerzo inidóneo»). Intento serio por omisión.— 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA. FUNDAMENTO

El objetivo de las siguientes páginas es abordar uno de los complejos problemas que se plantean en el estudio del iter criminis del delito, cual es, el análisis del párrafo 3 del art. 16 CP que contempla el desistimiento del partícipe que desiste de la ejecución ya iniciada e impide o intenta impedir seria, firme y decididamente la consumación del delito. Tras definir el párrafo 1 del art. 16 la tentativa del delito, el número 2 prevé el desistimiento como causa de exención de la pena en la denominada tentativa acabada y en la denominada tentativa inacabada, al hacer alusión a los conceptos de renuncia del autor a seguir ejecutando la acción delictiva (lo que se denomina desistimiento propiamente dicho) y de retroceso de la acción mediante medidas activas de salvación de la víctima (lo que se conoce como arrepentimiento activo) (1).

El art. 16.2 referido al autor y el art. 16.3 para los casos de codelinquencia establecen en qué supuestos el autor y el partícipe no serán castigados cuando desisten de la tentativa realizada para consumir un delito: *«quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del*

(1) Ampliamente sobre el tema del desistimiento, la discusión sobre el concepto de voluntariedad, su naturaleza jurídica y fundamento, vid MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en Derecho penal. Estudio de sus problemas fundamentales, 1994; POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva, 2003.

delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta.

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 incurrir por los actos ejecutados, si éstos fueran ya constitutivos de otro delito o falta».

Esto es, el autor queda exento de la responsabilidad penal por el delito intentado si voluntariamente evita su consumación, queda su responsabilidad penal sólo atenuada si pese a sus intentos el hecho se consuma —art. 21.5—, y es castigado con la pena de la tentativa si el hecho no se consuma por causas ajenas a su voluntad (art. 16.1) (2). Curiosamente, en el caso de desistimiento, la ley exige al autor o autores que el esfuerzo por impedir el resultado haya dado sus frutos, haya sido eficaz, pues el desistimiento malogrado carece de efectos de exención de la pena. Sin embargo, para el partícipe ha exigido sólo que su esfuerzo haya sido idóneo y voluntario, como se deja entrever con los términos utilizados de serio, firme y decidido, sin hacer recaer el acento en que haya sido eficaz, pues también el malogrado le deja impune. Semillante trato desigual no parece del todo justificado.

En efecto, el desistimiento es considerado por la doctrina mayoritaria como una causa de exclusión de la punibilidad (excusa abso-

(2) El Código penal alemán (StGB) en su § 24, y en una redacción diferente a la española, establece que «no será castigado con la pena de la tentativa quien voluntariamente renuncia a la realización del hecho o impide su consumación. Si el hecho no se consuma por razones independientes al autor, éste queda también impune si se esfuerza voluntaria y seriamente en impedir su consumación.

Si son varios los participantes queda exento de pena quien se esfuerce voluntariamente para impedir la consumación. Pero es suficiente su esfuerzo voluntario y serio si el hecho no se consuma aun sin su aportación o es perpetrado independientemente de su anterior aportación».

También el § 16 del Código penal austriaco prevé que el autor o partícipe quedarán exentos de la pena de la tentativa del delito cuando voluntariamente renuncian, o en caso de varios partícipes, cuando impiden o voluntariamente se apartan del resultado. Y más aún, que también el autor queda impune cuando la ejecución o el resultado no tienen lugar sin su intervención, pero desconociendo este extremo se esfuerza voluntaria y seriamente en impedir la ejecución o apartar el resultado. Obsérvese cómo el CP austriaco contempla en esta segunda parte una especie de esfuerzo serio en la tentativa fracasada que lleva a la exclusión de la pena aun cuando el delito no se consuma por causas ajenas a su voluntad pero existe un error del autor sobre la virtualidad lesiva de la acción creyendo falsamente que su esfuerzo ha sido el que ha evitado el resultado.

lutoria), esto es, el autor culpable queda impune de la realización de un hecho típico y antijurídico. La exclusión de la pena se ha fundamentado tanto desde una teoría político-criminal que aplica al autor que desiste retornando a la legalidad un «puente de plata», como desde un criterio más amplio con la teoría del premio, de gracia o de méritos del autor, y por la cual éste se gana la recompensa de la impunidad si desiste del crimen. También desde la teoría del fin de la pena, y ante la falta de desvalor de resultado de la tentativa realizada, la pena sólo se justifica con la voluntad contraria a Derecho del autor y la conmoción causada a la comunidad con la tentativa del delito, por lo que ni desde un punto de vista general ni especial existe necesidad de pena si el autor modifica su enemistad jurídica y lo hace notar mediante el desistimiento cumpliendo su deber de mantenimiento del bien jurídico.

Si la teoría del fin de la pena y los intereses preventivo-especiales estaban más en consonancia con la idea resocializadora tan en boga en los años setenta y ochenta, la crisis de la pretendida resocialización ha querido apuntar hacia la consideración del desistimiento entendida más bien como una «culpabilidad jurídica» o «inversión de un peligro», y de ahí que más recientemente, y con un criterio de político-criminal, la teoría del premio junto a un principio de necesidad de protección de la víctima se consideren que explican mejor la naturaleza jurídica del desistimiento, pero en casos excepcionales cuando la teoría del premio y los intereses de la víctima puedan llegar a resultados contradictorios, se viene dando preferencia a la protección de la víctima en base a la función del Derecho penal de proteger bienes jurídicos, prevaleciendo la protección de la víctima sobre la «renuncia meritoria» del autor: serán pues los Tribunales quienes hagan su valoración sobre lo meritorio de esta renuncia, pues desde un punto de vista político-criminal, si la vida de la víctima está en juego, la protección de su vida debiera ser prioritaria en la ponderación que se realice sobre la necesidad o no de pena del autor por su conducta meritoria. Si se trata en cambio de atentados a otros bienes jurídicos no tan esenciales como la vida, puede estar justificado en el caso particular poner un mayor acento en la idea del premio o méritos del autor que desiste (3). Como ha reconocido el Tribunal Supremo en recientes sentencias, «por razones de política-criminal, el legislador quiere premiar la conducta de quien en estos casos evita el delito por medio de su conducta impositiva. Sin duda es una buena manera de pro-

(3) Vid sobre ello KUDLICH, «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», en Jus 1999 p. 240 s; LAMPE, «Rücktritt vom Versuch Amangels Interesses» —BGH 35, 184», en Jus 1989 pp. 610 ss; HEINTSCHEL-HEINEGG, «Versuch und Rücktritt. Eine kritische Bestandsaufnahme», en ZStW 1997 pp. 29 ss.

teger el bien jurídico que constituye la razón de ser de la correspondiente norma penal» (un resumen de su doctrina al respecto en las SSTs de 16 de diciembre de 2002 ó 20 de septiembre de 2002).

Además, y como buena prueba de ello, el desistimiento es valorado de forma especial por el legislador penal en algunos delitos. Como excusa absolutoria se prevé de forma específica en los delitos de incendios (art. 354.2) configurándose como un arrepentimiento activo que impide el resultado de propagación del incendio una vez consumado éste (con el peligro de propagación), en el delito de falso testimonio, retractándose el sujeto en tiempo y forma (art. 462), en el caso del particular en el delito de cohecho cuando denuncia en tiempo el hecho realizado por el funcionario (art. 427), del deudor tributario con Hacienda o con la Seguridad Social que regulariza en tiempo su situación (arts. 305.4, 207.3 y 308.4), o del secuestrador que comunica al otro progenitor el lugar de estancia del menor y lo restituye antes de las veinticuatro horas desde la denuncia (art. 225 bis 4). Como atenuante cualificada se prevé además en materia de tráfico de drogas (art. 376) o terrorismo (art. 579.3), exigiéndose la eficaz colaboración del reo para capturar a otros culpables, desmantelar organizaciones terroristas o de narcotráfico o confesar los hechos a las autoridades, en materia de medio ambiente con la reparación voluntaria del daño causado (art. 340) o en los delitos contra el honor cuando existe retractación de la falsedad de la imputación (art. 214). En este sentido, el código penal ha dado relevancia al desistimiento atribuyéndole distintos grados de atenuación que van desde el desistimiento voluntario en la tentativa (inacabada) con efectos de exclusión de la pena, el arrepentimiento activo en la tentativa (acabada) con consecuencia de exclusión de la pena, el arrepentimiento voluntario tras la consumación del hecho con efectos de atenuante cualificada y reducción de la pena en dos grados (tráfico de drogas, terrorismo) o sólo en uno (medio ambiente, injurias y calumnias), hasta llegar a contemplar el arrepentimiento voluntario con efectos de atenuante ordinaria y aplicación de la mitad inferior de la condena (art. 21.4 y 5), o apreciándolo como atenuante inherente implícita incorporada como elemento de un tipo atenuado en el delito de detenciones ilegales y secuestros (arts. 163.2 y 164).

Llegados a este punto, lo siguiente será plantearnos qué desistimiento debe eximir de pena, al autor y al partícipe, aquél que en todo caso haya conseguido evitar el resultado, o aquél que intentado de forma idónea ex ante conforme a una voluntad seria, firme y decidida de retroceder en el crimen, no haya evitado la consumación, y al mismo tiempo determinar cuándo el intento es serio, firme y decidido para que el partícipe goce de este privilegio, que debiera de justicia ser también extensible al autor.

2. INTENTO SERIO EN IMPEDIR LA CONSUMACIÓN Y OTROS FACTORES COCAUSALES DE LA EXCLUSIÓN DEL RESULTADO: IMPUTACIÓN DE LA EVITACIÓN DEL RESULTADO. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

El Tribunal Supremo español en un Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 15 de febrero de 2002, y en sentencias de 15 de enero, 20 de septiembre y 16 de diciembre de 2002 ha sido exigente en esta cuestión al valorar sólo el arrepentimiento eficaz, siempre que el autor haya agotado sus propias posibilidades, tanto cuando él mismo impide el hecho directamente, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que finalmente lo consiguen. En uno estos casos el Tribunal conoció del supuesto en que el procesado agrede con intención de matar con arma blanca a la víctima, y al darse cuenta del estado de gravedad le taponaba la herida y le conduce con el coche hasta el hospital, salvando su vida. Se castiga por delito de lesiones (S de 20 de septiembre de 2002); o del caso del procesado que golpea a su hermano en la cabeza empujándolo contra un mueble de cocina, pinchándole además en el brazo, y con intención clara de querer matarlo, pero al ver la herida mortal llama a un pariente para que requiriese la ayuda de los servicios médicos, que finalmente fueron vitales para la supervivencia de la víctima. Se castigó por delito de lesiones (S de 16 de diciembre de 2002). O finalmente en el caso del sujeto que apuñala a su esposa y la deja ensangrentada en el suelo, llama a la policía y pide urgentemente una ambulancia diciendo que acababa de matar a su mujer, repitiendo la llamada al querer insistir en que si se daban prisa podían aún salvarla, logrando que la víctima quedara sólo lesionada. El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de septiembre de 2000 castiga por delito de lesiones apreciando respecto al intento de homicidio un desistimiento activo.

En cambio, en muy pocas ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Supremo y la doctrina española (4) sobre el concepto de intento serio en caso de varios participantes por intentar evitar el delito. Así por ejemplo la sentencia de 17 de julio de 2001 se manifiesta sólo en el sentido de apreciar el desistimiento cuando «se constata que ha impedido o al menos ha intentado impedir seria firme y decididamente la consumación», lo que no tuvo en cuenta en el caso de autos, la simple huida de uno de los apelantes ante la intervención policial en un intento de robo con intimidación.

(4) Vid ALVÁREZ VIZCAYA, «Desistimiento idóneo fracasado», en ADPCP 1996; sobre los actos preparatorios GÓMEZ RIVERO, «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa aportación. (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991)», en AP 1995.

Se trata, como advierte ÁLVAREZ VIZCAYA (5), de una fórmula un tanto vaga y difusa, donde no se sabe si la firmeza, decisión y seriedad del intento o esfuerzo requieren algo más que la neutralización del desvalor de acción efectuado con la participación en la tentativa del delito, y en la que además no se entiende por qué no se ha extendido al autor, como ha hecho el Código penal germano. Pues excluida la consumación, el autor se beneficia de la exención de la pena aunque su acción no haya sido la más idónea ni la acción eficaz para evitar la consumación, porque otros factores cocausales hayan contribuido a ello, mientras que consumado el delito, aunque su acción fuera ex ante idónea para evitarlo, sólo cabe acudir a la atenuación de la pena. Como bien advierte ÁLVAREZ VIZCAYA (6), no se atiende entonces al instante temporal en que el autor desiste, pues tanto lo haga antes de la consumación como después, si no la evita, su acción está penada, aunque atenuada por la circunstancia de arrepentimiento, cuando esta misma circunstancia está pensada para los casos en que el sujeto está arrepentido de lo que ya ha efectuado, pero no de lo que aún no ha causado, de tal suerte que la eficacia «viene medida ex post ya que sólo alcanza trascendencia si se consigue evitar el resultado perjudicial». Pero en estos casos el contenido de injusto es distinto: «el cambio efectuado en la volición del sujeto y su manifestación externa tienen, en la primera de las hipótesis planteadas [desistimiento antes de la consumación], capacidad potencial para afectar al contenido de injusto realizado, mientras que, en el segundo caso [desistimiento tras la consumación], 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».

El argumento de A. VIZCAYA es en este punto impecable, pues no cabe duda de que ya el término desistimiento supone distinguir actos de renunciaciones de lo que se ha comenzado a hacer, actos de impedir que se complete lo realizado a través de un desistimiento más activo, y arrepentirse de lo que ya se ha hecho y causado. Y todo ello debiera predicarse no sólo del partícipe sino del autor, de ahí que las consideraciones que hagamos sobre el desistimiento idóneo ineficaz excluyente de pena, o sobre un desistimiento eficaz pero que no es imputable al autor, sino a otros factores de causalidad, puedan ser extensibles de lege ferenda a ambos. Y por ello, el desistimiento ineficaz pese a la acción idónea del autor, debe llevarle a responder sólo del hecho intentado al tratarse de un contenido menor del

(5) ALVÁREZ VIZCAYA, «Desistimiento idóneo fracasado», en ADPCP 1996, p. 896.

(6) Op. cit. p. 908.

injusto, y no del delito doloso consumado aun con la atenuante de arrepentimiento, ni del delito culposo (7), más aún si, como sucede, la exclusión de la consumación por factores que no tienen que ver esencialmente con la acción del autor, al ser ésta inidónea para ello o ineficaz, no le hace responder del hecho doloso consumado.

Partimos para el análisis de esta cuestión del siguiente ejemplo, del que conoció el Tribunal Supremo alemán en sentencia de 27 de abril de 1982, y que modifica su criterio anterior que interpreta ampliamente la cláusula del desistimiento, abriendo una amplia discusión en la doctrina germana sobre el concepto de esfuerzo serio en la exclusión del resultado, que expondremos en las siguientes páginas:

El acusado golpeó brutalmente a su mujer. Llegó a pensar incluso que pudiera haberla matado. Lesionada de muerte, la dejó abandonada en las cercanías de un hospital, aproximadamente a 95 ms de una entrada accesoria. La mujer no pudo llegar al hospital porque la pérdida de sangre que sufría la dejó inconsciente, pero un celador la encontró, atendiéndola urgentemente. La mujer consiguió salvar su vida.

El Tribunal Supremo alemán rechazó la aplicación del desistimiento de la tentativa de homicidio, sin entrar a explicar cuáles serían las medidas necesarias que habrían de haberse utilizado para considerar el intento o esfuerzo del autor como serio. Argumenta el Tribunal que «el autor actuó representándose el peligro de realización del resultado típico. Por ello debe manifestar una voluntad de prescindir del hecho a través de acciones que se dirijan a frustrar el delito y que objetivamente, o al menos desde su punto de vista, sean suficientes para ello. Porque no hay que contentarse con medidas que como él mismo sabe posiblemente son insuficientes si tiene a su disposición mejores medidas, ya que debe agotarlas, no debe haber espacio para el azar si puede evitarlo, y si lo hace se aparta de la consumación del hecho pero no por medio de su actividad». La mujer se salvó a causa de la intervención del celador, extremo que aunque no fue tenido en cuenta por el autor, fue elemento causal al ser encontrada por éste.

De este modo el Tribunal Supremo alemán y una parte de la doctrina (8) no aprecia el desistimiento como intento del autor

(7) Como propone MUÑOZ CONDE, Derecho penal. Parte general, 2002, p. 440. La solución de apreciar la atenuante al hecho doloso intentado lesionaría el principio *nen bis idem*, al valorar dos veces el menor injusto realizado, ALVÁREZ VIZCAYA, op. cit. p. 908.

(8) También una parte de la doctrina como BLOY, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der

para evitar la consumación del hecho, basándose en la necesidad de apreciar un «serio esfuerzo» para evitar la consumación, y exigiendo un «esfuerzo óptimo de salvación» («*consideración relativa a la conducta*»). Desde la teoría del premio, recompensar la buena voluntad del autor no significa que estando el autor obligado por su posición de garante a evitar el resultado se conforme con posibilidades no óptimas de salvación, pero además porque la elección de éstas suponen un dolo eventual respecto al resultado. Tampoco desde la idea de protección de los intereses de la víctima debe aprovechar al autor medidas de salvamento insuficientes.

Y es que la jurisprudencia germana ha oscilado también en sus decisiones, reclamando unas veces algo más que la mera causalidad, sin especificar cuánto es este más, y siéndole suficiente en otras ocasiones con que la acción de salvación hubiera sido el factor causal que ha impedido el resultado.

En el caso del hospital, el Tribunal Supremo alemán niega la aplicación del desistimiento considerando que el autor debiera haber agotado las posibilidades de impedir el resultado que eran objetivamente o al menos desde su punto de vista conocidas. Lo mismo hizo el Tribunal en el caso del veneno «E-605» en sentencia de 1.2.1989 (9), confirmando la decisión del Tribunal de instancia, al no aplicar el desistimiento a la mujer que intenta envenenar al marido y llama más tarde al médico para socorrerlo al observar cómo su marido pierde la respiración y comienza a tambalearse. Porque aunque hizo primero lo necesario según ella para salvarlo, no realizó después algo que también era preciso, informar al médico del veneno que le había suministrado sabiendo que esto sería necesario para una salvación segura, al contarle sólo que había tomado café y un medicamento. Pues si el marido se hubiera de todos modos salvado y en realidad esta información al médico no hubiera sido necesaria como pensaba la mujer, pudiera su inactividad ser constitutiva de una tentativa inidónea de asesinarlo.

Tatvollendung —BGH 31, 46 und BGH, NJW 1985, 813», en Jus 1987 p. 533; HERZBERG, «Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en NJW 1989 p. 866. Adoptando un concepto más amplio del término «esfuerzo», MAIWALD, «Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen oder beendeten Versuch (§ 24 Abs 1 Satz 2 StGB)», en Wolff-FS 1998 p. 358 s., no es exigible que el autor crea suficiente su esfuerzo para impedir el resultado, ni que esté seguro de si su esfuerzo lo impedirá, o si tras un esfuerzo inicial lo suspende después, o si realiza un esfuerzo por dos veces, si en todas las ocasiones el esfuerzo es serio, pero se excluyen los esfuerzos a medias, cuando el autor desde su punto de vista tiene claro que el desistimiento no puede tener éxito y omite siguientes esfuerzos que podrían ser más eficaces.

(9) En NSTZ 1989 p. 525.

nato punible como omisión impropia. A la mujer le faltaba, según el Tribunal, intención seria de salvar a su marido.

En cambio, de otro modo se pronunció el Tribunal en el caso siguiente: El acusado con intención de suicidarse abrió dos espitas de gas cuando estaba en su piso situado en la planta baja de una casa familiar donde vivían doce personas. Pensando que quizás éstas podrían también sufrir daño al observar cómo el piso se iba llenando de gas y podría producir una explosión, llamó a los bomberos y a la policía, dándoles su nombre y dirección para que acudieran a auxiliarles, sin comentarles nada sobre su intención de suicidarse, pero sin proceder tampoco a cerrar el gas como aquéllos le dijeron. El acusado después de realizar dos llamadas de teléfono quedó inconsciente. Cuando llegaron los bomberos cerraron la llave del gas, evacuaron a cincuenta personas, sin que supieran con certeza si la explosión se hubiera podido ya producir con esta acción. La Audiencia Provincial le condena por intento de asesinato perpetrado por omisión cuando abrió la espita, no con la idea de provocar una explosión y matar a sus vecinos, posibilidad de la que sólo más tarde fue consciente, sino por dejar que el gas siguiese saliendo, pero que es lo que fundamenta una posición de garante a raíz de su previa acción. Pero el Tribunal Supremo germano en la decisión de 22 de diciembre de 2002 (10) absuelve al acusado aplicando el desistimiento de la tentativa de un delito cometido en comisión por omisión en base a que el desistimiento no presupone que el autor que impide el resultado haya elegido la medida óptima de salvación o la más segura. El hecho de que el autor se sirva de la ayuda de terceros (la policía, los bomberos) no excluye la aplicación del desistimiento si la intervención con éxito del tercero no tiene lugar para salvar las apariencias sino que responde a una intención de salvar el bien jurídico, siendo suficiente la acción causal que impide finalmente el resultado. El Tribunal además consideró que cuando el sujeto abre al espita del gas no tiene dolo de matar a los demás, sino que es sólo más tarde cuando adquiere conciencia de la gravedad de su hecho (dolo subsiguiente). El Tribunal se plantea con ello si en el desistimiento de la omisión intentada como en la tentativa de una acción es posible diferenciar entre tentativa acabada e inacabada, ya que el desistimiento en la omisión intentada debiera consistir en todo caso en una acción que impida el resultado, y si es así no es ya más importante saber cuándo el autor se decidió a salvar a la víctima, lo que hizo u omitió en el intervalo de ese tiempo y qué le llevó a esto cuando no emprendió anteriormente ninguna medida de sal-

(10) En NJW 2003 p. 1058 s.

vacación, por lo que acaba concluyendo que la tentativa del delito omisivo queda equiparada a la tentativa acabada del delito cometido mediante una acción.

Esta opinión no fue compartida por la doctrina germana (11) que distingue la tentativa inacabada de la omisión en tanto la realización del resultado aún requiere repetir la acción debida, y la tentativa acabada cuando esta acción no basta por sí sola para evitar el resultado debiendo emprender otras medidas: si el autor creyó que podía evitar el resultado cerrando la espita del gas, la tentativa será inacabada, si pensó que sólo la acción de los bomberos podía evitar ya la explosión la tentativa será acabada, lo que parece que sucedió en el caso que nos ocupa. Por ello si el autor no fue al principio consciente de causar ese resultado podría desistir con medidas de salvación no tan eficaces si impide finalmente el resultado, ya que si elige un medio poco seguro que no guarda relación de causalidad con la no realización del resultado su acción sería punible.

Causalidad en evitar el resultado, intención de salvar y voluntariedad son los criterios del alto Tribunal germano para aplicar la cláusula del desistimiento: el autor debe haber renunciado completamente a su dolo de consumación o no aceptar más su dolo eventual, por lo que la regla no encuentra aplicación cuando pese a la acción causal del autor éste se conforma con una posible realización del resultado, lo que origina una especie de renovación de la tentativa punible a través de la omisión estando en posición de garante, un desistimiento a medias que deja entrever un dolo eventual y el riesgo de un castigo de la tentativa de esa omisión. La intención de salvar a la víctima se convierte en un correctivo al criterio amplio de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

El caso del hospital citado al inicio del epígrafe inicia la discusión en la doctrina germana sobre los requisitos que debe observar el autor para impedir o intentar impedir el hecho. La doctrina ha sostenido también distintas interpretaciones: 1- Una que es la que más favorece al sujeto y para la que sería suficiente con que hubiera simplemente (co)contribuido o se hubiese esforzado para que el resultado no se produjera, poniendo en marcha el curso causal que en modo imputable pueda impedir el resultado (la llamada teoría de la esperanza o de la oportunidad «Chanceneröffnungstheorie»);

(11) Un resumen en NEUBACHER, Frank: «Der halbherzige Rücktritt in der Rechtsprechung des BGH. —Zugleich eine Besprechung der Entscheidung vom 20.12.2002 —2 StR 251/02», en NStZ 2003 p. 579 s.

2- y otras que basándose en criterios de imputación entienden que el esfuerzo o intento serio de impedir el hecho debiera en su caso haber podido evitar el resultado, pues en tanto el sujeto no emprenda acciones que sean reconocidas por él como necesarias para eliminar riesgos no permitidos, contentándose con esfuerzos de salvación a medias, subsiste la lesión a la norma jurídica. Al mismo tiempo, se ha exigido unas veces la medida más óptima de salvación de la víctima (según la llamada teoría del mejor servicio, «Bestleistungstheorie») y otras veces, no la mejor de las posibilidades que el sujeto tuvo a su disposición, sino aquélla que desde su punto de vista era de esperar que evitara el resultado, así como una tercera opinión que diferencia entre medidas propias y ajenas en el intento por evitar el resultado, aplicando a las primeras el criterio de la imputación o cocausalidad, y exigiendo en las medidas de salvación ajenas que el sujeto haya salvado o intentado salvar a la víctima en forma de coautor, inductor respecto del tercero que emprende la acción de salvación, autor mediato, o cómplice que emplea una acción insustituible (la llamada teoría de la diferenciación de ROXIN, «Differenzierungstheorie»). Veamos en detalle estas distintas posiciones de la doctrina germana.

A) CRITERIO DE LA CAUSALIDAD HIPOTÉTICA

Esta teoría parte de la cocausalidad de la conducta del autor para impedir el resultado como suficiente para apreciar un desistimiento («consideración relativa al resultado»), pues «si el final es bueno, todo es bueno». El concepto de cocausalidad supone en este sentido que la forma de actuar influyó en la no realización del resultado pero que también fueron necesarios otros factores. Para PUPPE el autor debe manifestar su voluntad de desistir mediante acciones que se dirijan a evitar el resultado y que sean suficientes objetivamente o al menos desde el punto de vista del autor, debiendo agotar sus posibilidades sin dejar lugar al azar si por sí puede evitarlo. No debe contentarse con medidas que como él mismo sabe son insuficientes si tiene otras mejores a su disposición. Por ello, dice PUPPE, si el resultado no tiene lugar sin intervención del autor (porque el resultado no podía producirse o por mediación de un tercero), hay que ver si el autor se ha esforzado para hacer lo que según él era lo mejor.

En este sentido valorando el resultado final y la necesidad de protección del bien jurídico advierte PUPPE que una medida de salvación a medias que impida el resultado debe bastar para el desistimiento aun admitiendo que ello pudiera ser compatible con el dolo eventual del resultado, siéndole permitido al autor usar un

medio menos favorable de salvación, y dejarle abierta la oferta de desistimiento en la medida en que una inicialmente mala elección en el camino del desistimiento puede acabar en una situación afortunada. Ello basta según PUPPE para calificar también la seriedad del esfuerzo: el conductor del coche que causa un accidente que ha dejado a la víctima gravemente lesionada, abandonándola en el arcén de la carretera y colocando al lado una luz de advertencia para que otro conductor le auxilie puede quedar libre de pena, ya que el castigo por la tentativa del hecho puede ser anulado por la conducta posterior aunque no lo haya sido antes por la conducta previa (llamar al médico).

Por ello señala PUPPE (12), liberar de la pena de la tentativa al autor que impide posteriormente el resultado, aun cuando deje pasar mejores ocasiones, debe suponer liberar a cualquier garante «si ha impedido el resultado con independencia de cómo y cuándo», esto es, no se le puede castigar con la tentativa de una omisión con dolo eventual, aun cuando no se trate de la elección del medio mejor pero que puede ser eficaz (la luz de advertencia junto a la víctima lesionada). Como tentativa de omisión punible quedaría sólo el caso cuando son otros los que apartan el peligro del sujeto que tiene un deber de garante o cuando el peligro es sólo aparente: la tentativa de omisión inidónea sería punible porque nadie podría haber impedido un resultado sólo aparente ni con un medio óptimo ni con uno sólo adecuado.

Esta teoría de la causalidad se contenta pues con que el sujeto haya puesto en marcha el curso causal intentando impedir el resultado, argumentando con razones de necesidad de protección de la víctima y de imputación objetiva basada sólo en el criterio de creación de un riesgo, en la idea de que el intento de impedir el resultado exige sólo crear una oportunidad de salvación de la víctima. También en un argumento de interpretación literal del § 24 StGB, cuya redacción no exige que se evite de facto el resultado. La concepción de PUPPE (13) es discutible en la medida en que el sujeto que cuenta con ambas posibilidades, su esperanza en salvar a la víctima, pero sin saber si impedirá el resultado o no, deja abierta una puerta al dolo eventual. Pero además el intento serio requiere un servicio más eficaz, una evitación del resultado implícito en la acción del sujeto, y esto sin discriminar según la forma de tentativa idónea o inidónea, de tal suerte que se llegaría al absurdo considerar suficiente, cuando se han causado lesiones mor-

tales de necesidad, idóneas para causar la muerte, con que el sujeto use cualquier medida de salvación, que se exija un servicio de más envergadura en caso de lesiones letales pero que el sujeto espera que no sean tan graves porque desde el principio no cree que lleguen a causar la muerte, o más aún si las lesiones no fueron mortales pero el sujeto las valoró como tal.

Finalmente, en los delitos de omisión impropios se reclama del garante que haga lo mejor: en las lesiones mortales causadas con intención de matar el sujeto retrocedería de la tentativa de homicidio realizada por una acción si inicia una ayuda efectiva; de la tentativa de homicidio realizada por una omisión estando en posición de garante desiste si su ayuda supone un servicio óptimo que dé una oportunidad de salvación de la víctima. En el ejemplo de PUPPE, ni cabe afirmar que exista un esfuerzo serio de evitar un resultado de muerte en el autor garante que habiendo causado antes el accidente deja al accidentado en la carretera y pasa de largo sin ayudarlo, confiando en que otros pueden hacerlo, ni en el sujeto que simplemente se ha encontrado a la víctima en la calzada. Si se decide por una acción que es poco segura de que pueda evitar el resultado lesivo responderá por este delito, del que es garante en el primer caso, y de la omisión de socorro en el segundo.

B) LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Más allá del criterio de la cocausalidad, gana partidarios el criterio de la imputación objetiva, defendida por autores siguiendo criterios tradicionales de la imputación del delito, causalidad, aumento o incremento del riesgo, resultado implícito en la acción [BLOY, MURMANN, SCHLIEBITZ (14)], criterios de prevención de la pena (RUDOLPHI), de culpabilidad del autor (HERZBERG), o más recientemente de compensación (RÖMER, con matices ROXIN) o de simetría de la acción realizada (WALTER, KOLSTER). Según esta teoría, en sí la relación causal entre la acción del autor y la exclusión del resultado típico no significa que el autor pueda objetivar su posición hacia el Derecho, ya que sólo quedará impune si impide el resultado y objetivamente éste ya no le es imputable, porque de otro modo influirá el cofactor de la casualidad y no su acción: el autor impide el resultado si fundamenta una oportunidad relevante de salvación para el bien jurídico, oportunidad que se realiza en la no consumación del hecho. Esto supone exigir del autor haber

(12) En RÖMER, Fragen des «ernsthaften Bemühens» bei Rücktritt und tätige Reue, 1987, pp. 42 ss.

(13) PUPPE, en NSTZ 1995 pp. 403 ss. y en «Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46», en NSTZ 1984 pp. 488 ss.

(14) Imputación objetiva como realización por el autor del riesgo no permitido, en Die Erfolgzurechnung beim «misslungenen» Rücktritt, 2001 p. 30 ss.

agotado las posibilidades (por él reconocidas) de impedir el resultado que eliminen lo mejor posible el riesgo creado (aunque sin llegar a exigirse la eliminación de restos de riesgos permitidos), ya que de lo contrario existirá una contribución incompleta al Derecho o desistimiento parcial, un riesgo que subsiste como explicación objetivada del autor (MURMANN), en definitiva queda subsistente un dolo eventual insuficiente para aplicar el desistimiento. Éste será el principal argumento de esta teoría.

Para BLOY (15) lo fundamental es saber si el autor impide de modo objetivamente imputable el resultado o si ello es fruto del azar, según factores de adecuación, elevación del riesgo, y esta imputación objetiva la sitúa BLOY entre los límites de la cocausalidad como mínimo y la conducta óptima como máximo, cuando la acción de salvación a la víctima se presenta en su conjunto como una acción del autor, de tal suerte que el factor del azar le perjudica sólo cuando la salvación no aparezca como fruto de su acción, de su intención. En el ejemplo del hospital aplica BLOY el desistimiento al autor: la objeción de que el autor omita otros deberes que debiera haber cumplido lo explica BLOY mediante una unidad de acción o conducta conjunta que engloba el desistimiento activo y pasivo, incluyendo todo injusto de un delito de omisión en el injusto del delito de acción, que hace que la salvación de la víctima imputable al autor y querida por él excluya toda posible imputación de una omisión de otra posible y mejor acción de salvación que pudiera serle exigible. Ante la intervención de terceros en el desistimiento, BLOY excluye el desistimiento al autor si éste fue sólo un ayudante del tercero, esto es, si no aparece como el «iniciador del desistimiento».

Desde razones de prevención y fin de la pena, RUDOLPHI (16) fundamenta la imputación objetiva de exclusión del resultado si se demuestra en el autor una oportunidad relevante de salvación del bien jurídico puesto en peligro que se realiza en la no consumación del delito, ya que con la acción de desistir el autor estabiliza no sólo la ruptura de la confianza con la norma que resulta quebrada con la tentativa de su acción, sino que además neutraliza la peligrosidad de su tentativa de acción. El castigo de la acción es ya superfluo en la medida en que toda intervención del tercero lo que hace es sólo completar la obra de salvación de la víctima iniciada por el autor.

(15) BLOY, «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tavollendung —BGH 31, 46 und BGH, NJW 1985, 813», cit. pp. 533 ss.

(16) En KOLSTER, *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, 1993, p. 95 s.

Sorprende en todo caso que la conmoción jurídica causada a la norma con la tentativa del autor pueda ser neutralizada afirmando sólo que el autor inicia la obra de desistimiento finalizada por el tercero, pues seguramente lo que los demás esperarían es que el autor trasladara a la víctima al hospital y no simplemente la dejara abandonada en una zona cercana aun con la esperanza de que alguien la encontrara, pues ello permite entrever un resto de riesgo al bien jurídico que permitiría apreciar un dolo eventual en su conducta, incompatible con el fundamento de la impunidad que debe presidir el desistimiento, o incompatible con el carácter serio, firme y decidido que se exige en el caso del partícipe. Tampoco la creencia del autor de haber hecho lo suficiente para salvar a la víctima permite hablar de un error relevante que pudiera premiarle con el desistimiento, como hace el Código penal austriaco.

En modo similar a BLOY o RUDOLPHI, HERZBERG (17) exige que el autor domine o codomine la exclusión del resultado, y en este último caso la necesidad de la medida óptima, esto es, o bien la medida más prometedora o bien el agotamiento del propio esfuerzo, ya que en la tentativa acabada, como es el caso citado, la ley no puede contentarse con la renuncia sino que debe exigir el retroceso del autor. No serían válidas acciones que son sólo el empuje que llevan finalmente a la salvación de la víctima en virtud de actos de terceros. A juicio de HERZBERG, y dado que en una tentativa acabada es claro para el autor que la realización del resultado está cerca (horizonte del desistimiento), sólo la voluntad de salvar a la víctima y las medidas adecuadas de salvamento pueden excluir la culpabilidad del autor, teniendo presente que la culpabilidad del autor en el hecho intentado se basaría en la voluntad contraria a derecho, y que por contra se exigiría un servicio óptimo de salvación que haga desaparecer el dolo eventual con la acción del retroceso. El autor debe pues haber (co)dominado la acción que impide el resultado, quedando excluidos los casos en los que la acción no tuvo relevancia ni fue decisiva para la salvación de la víctima porque ésta de todos formas se hubiera producido.

Al mismo resultado llega RÖMER (18) pero basándose en la teoría de la compensación: se trata de compensar el efecto negativo de una voluntad o enemistad jurídica que el autor produce en la conciencia de la colectividad, «compensación que tiene lugar no

(17) HERZBERG, «Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tavollendung», cit. pp. 866 ss.

(18) Fragen des «ernsthafte Bemühens» bei Rücktritt und tätige Reue, cit. p. 53.

con la creación neutralizadora-causal de un valor de resultado, sino sólo si consideramos que el fundamento del valor de la acción «esfuerzo serio» toma como base este valor de resultado».

El desistimiento por esfuerzo serio lo fundamenta RÖMER, no en la idea de sustitución o supletoriedad de otros requisitos del desistimiento (19), sino en la idea de que queda excluido el delito omisivo que se correspondería al menos en el contenido del injusto con la tentativa perpetrada. La posibilidad del autor de haber podido hacer algo más o algo mejor que evitara la consumación con mayor seguridad no impide siempre la aplicación del desistimiento. Trae a colación RÖMER el caso de 25 de junio de 1981 en el que el acusado prende fuego a una vivienda donde dormían unos niños cuando sus padres se encontraban ausentes. Arrepentido, llama al hotel donde se encontraba la madre, que casualmente tomó el teléfono, y habló con ella sin decirle su nombre, pero advirtiéndole de que debía volver de inmediato a la casa. La mujer, alarmada, retorna a la casa, y comprueba la existencia del incendio, que había sido apagado por los bomberos antes de que destruyera el mobiliario. También el acusado, que no sabía si la mujer volvería a la casa, regresa al lugar del incendio para asegurarse de que sería controlado. Con su llamada telefónica inicia el autor la acción que podría impedir la propagación del incendio, aunque no realizara la conducta óptima que pudiera realmente impedirlo, como el Tribunal reconoció, habida cuenta del peligro para la vida de los niños. Y en base a ello inicia también la tentativa de un delito de omisión impropio, del que posteriormente también desiste acudiendo personalmente al lugar del incendio y asegurándose de que es controlado. A juicio de RÖMER, de la tentativa del delito comisivo no desiste el autor con la sola llamada telefónica, el garante está obligado a emprender las acciones más prometedoras para la evitación del resultado si son posibles su realización, de tal suerte que si actúa con dolo eventual respecto al resultado eligiendo la acción menos adecuada, existirá una tentativa, que puede ser finalmente punible por haberse realizado la acción menos idónea para causar el resultado lesivo. El paralelismo del desistimiento con el delito de omisión impropio significa para RÖMER que evitación del resultado y esfuerzo serio para evitarlo no son sustituibles recíprocamente sino que pueden coexistir donde sea posible —desistimiento causal—: cuando amenaza con producirse la consumación del hecho debe el autor esforzarse seriamente por evitarlo, aun-

que finalmente ello haya obedecido a otras causas, y siempre que se excluya el dolo eventual empleando la medida que se estimó como más adecuada.

A mi juicio, la exigencia de una responsabilidad por omisión frente a medidas inadecuadas de desistimiento en un delito comisivo son más que dudosas. O se concluye en los ejemplos citados, que el pirómano se esforzó seriamente o desistió evitando el incendio, que el marido desistió evitando la muerte de la mujer a la que previamente había golpeado, aplicándoles el efecto liberador de pena del desistimiento causal o la cláusula del esfuerzo serio para el partícipe en estos hechos, o se les hace responder por incendio, o por tentativa de homicidio, por acción u omisión impropia, si otras causas evitaron la propagación del incendio, la muerte de la mujer golpeada, o el esfuerzo del partícipe no revistió el carácter de serio dejando advertir una voluntad con dolo eventual. Pero aplicado el desistimiento o esfuerzo serio respecto del delito comisivo de incendio u homicidio no cabe dejar abierta una responsabilidad por omisión, en el sentido de poder afirmarse que se pudo haber hecho algo mejor o utilizado una medida más óptima o una conducta más adecuada, ya que ello sería contrario a la idea inspiradora del desistimiento o de la seriedad del esfuerzo. Distinto será que se exijan medidas más eficaces en el delito de omisión impropia que en el delito de omisión propia o pura.

La idea de la compensación del esfuerzo serio de RÖMER la sitúa WALTER (20) en un «principio de simetría» con la siguiente argumentación: el fundamento de la impunidad del desistimiento reside en una «condición» manifestada posteriormente por el autor con la «disposición a la observancia de la norma», que deja imprejuzgada la tentativa del hecho pero que justifica una renuncia a la pena de la tentativa en virtud de una «socialización que ha quedado suficientemente intacta». WALTER reclama una medida de la condición puramente subjetiva siempre que el camino a la exclusión del resultado exista y sea objetivamente viable. Por esto se ha de tener en cuenta la clase y modo de ataque constitutivo de la tentativa para delimitar la acción del desistimiento y la condición del esfuerzo como observancia aún posible a la norma, que se haya traducido en una acción de salvación a la víctima, y excluyendo la falsa estimación del autor sobre el peligro de resultado en tanto se pueda calificar como descuido manifiesto.

(19) Como pretenden quienes defienden una «función de sustitución» del esfuerzo serio por la exclusión causal del resultado de consumación, vid RÖMER, op. cit. pp. 20 ss.

(20) En KOLSTER, op. cit. p. 108.

C) LOS CORRECTIVOS A LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

KOLSTER (21) fundamenta la pena de la tentativa en una voluntad contraria a derecho y en la forma de ataque al bien jurídico, mientras que la compensación en la que descansa el desistimiento la fundamenta en el cumplimiento del deber posterior que el autor demuestra con la voluntad de salvación a la víctima y siempre que ésta se manifieste en una medida de salvación adecuada y exteriorizable teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del autor. Se sitúa así igualmente en una posición intermedia que exige algo más que la pura co causalidad en la exclusión del resultado pero que no llega a reclamar medidas de salvación especialmente óptimas: en definitiva son aspectos relativos al hecho (lugar, tiempo, medios de ataque, grado de probabilidad de realizarse el resultado, conducta de la víctima, etc, factores que hay que valorar en el instante en el que el autor desiste), posibilidades de salvación de la víctima, criterios de razonabilidad y capacidad subjetiva del autor, los que deciden sobre la simetría entre la acción de la tentativa y la conducta del desistimiento. De ahí que la ley establezca la posibilidad de diferenciar la pena de la tentativa acabada de la tentativa inacabada, y de ahí que se califique el desistimiento de la primera como de desistimiento propiamente dicho (renuncia) y de la segunda como de impedimento o retroceso.

También desde una posición intermedia, entre la exigencia de medidas sólo causales y medidas óptimas de salvación de la víctima, se sitúa ZIESCHANG, al defender que el autor debe utilizar medidas de salvamento en cuya eficacia se pueda confiar por ser previsibles que pueden impedir el resultado (principio de la confianza) (22), excluyendo la posibilidad de intervención del azar, pero sin llegar a exigir medidas óptimas o mucho más seguras de exclusión del resultado. De este modo no hay forma de imputarle al autor alguna responsabilidad por omisión derivada de su posición de garante. Esta fórmula es a juicio de ZIESCHANG más exacta que la vaga referencia a que el resultado excluido sea en efecto obra del autor, sin entrar a distinguir tampoco medios de salvamento propios o ajenos ni autorías o participación en el hecho, sino sólo si el autor confía en que sus medios empleados sean previsiblemente aquéllos que evitan el resultado, lo que le haría actuar sin dolo eventual respecto de éste.

ZIESCHANG trae a colación un argumento histórico. El § 31 del código penal de Prusia de 1851 y el § 37 del Proyecto Friedberg

(21) Op. cit.

(22) ZIESCHANG, «Anforderungen an die Vollendungsverhinderung beim beendeten Versuch gemäss § 24 I 1, 2. Alt. StGB», en GA 2003 pp. 353 ss.

de 1869 castigaban con la pena de la tentativa si el resultado no se producía sólo por circunstancias externas independientes de la voluntad del autor, esto es sólo debido a la influencia del azar. El código prusiano se había unido a la idea adoptada por el código penal francés de 1810 que para aplicar el desistimiento había exigido dos elementos, que no se produjera la consumación del resultado y que esto no fuera fruto del azar sino de la voluntad y acción del autor. El precepto establecía que la tentativa sería punible si pese a no llegar a consumarse el hecho ello se había debido a causas externas independientes de la voluntad del autor. La regla influyó asimismo en la redacción del código penal germano de 1871, cuyo § 46 también hacía referencia a la voluntariedad del autor y no al azar como factor desencadenante en la exclusión del resultado, y en este sentido lo casual no serían más que esos factores impositivos del daño en cuya existencia o eficacia no puede ser confiada, en contraposición a lo que serían medidas normales, computables o defensivas. El párrafo dejaba el hecho impune si el autor renuncia a la ejecución de la acción o a través de su propia actividad se ha neutralizado el resultado.

El nuevo código penal germano sustituyó el antiguo término de «evitar» (Abwendung) el resultado por el de «impedir» (Verhindern), ya que el legislador había empleado el primero cuando el resultado, especialmente el peligro concreto, ya había sucedido, dejando para el resto de los supuestos el término impedir. En efecto la distinción en el código alemán entre renunciar e impedir o en el código penal español entre desistir o impedir lo que hace es reforzar la necesidad de que el autor haga algo más que dejar de hacer y emprenda los medios para retroceder o frenar los hechos.

No cabe olvidar tampoco que con frecuencia el autor no suele acudir a las medidas óptimas de salvación por temor a ser descubierto, por lo que en beneficio de la víctima debiera admitirse un camino intermedio que racionalmente pueda ser merecedor del desistimiento, sobre todo en los casos en que el autor no quiere realmente matar sino engañar emprendiendo una acción peligrosa para la vida pero sólo para cobrar un seguro o intentar suicidarse, como en el ejemplo citado (dejando abierta la espita del gas en la vivienda) (23).

De este modo, en el caso del hospital propuesto al inicio del epígrafe, si para el esfuerzo serio la teoría de la compensación exige la voluntad de salvar a la víctima y acciones de salvamento adecuadas —que no necesariamente óptimas— los brutales golpes que

(23) ZWIEHOFF, «Das Rücktrittsverhalten beim beendeten Versuch», en StV 2003 p. 635.

el marido propina a la mujer dejándola casi inconsciente y desangrándose exigen una salvación lo más urgente posible (simetría de la situación). Lo ideal sería pues la llamada al médico de urgencia y el taponamiento de la herida, y no tanto el traslado directamente con el coche al poder esto ser contraproducente agravando la herida de la víctima. Por ello, dejarla en estas condiciones a 95 metros del hospital no puede calificarse como medida de salvamento adecuada, haciendo irrelevante en este sentido la co-causalidad posterior que impide la muerte y excluyendo toda voluntad de salvarla por parte del autor, pues aun existiendo ésta, no se tradujo en una acción de salvamento adecuada. Al menos objetivamente, pero incluso también subjetivamente, falta la compensación que requiere el desistimiento.

Intentando delimitar aún más la fórmula de la compensación de KOLSTER y dando respuestas concretas al concepto de mejor servicio de salvación de la víctima, ROXIN distingue entre medidas de salvación propias del sujeto, y medidas ajenas. Para las primeras acude a la teoría de la oportunidad, de la esperanza, o de la simple co-causalidad, porque razones de política-criminal deben justificar la aplicación del desistimiento al sujeto individual que emprende por sí sólo medidas de salvación, aun cuando no las óptimas. En cambio, en medidas ajenas de salvación se exige del sujeto que elija la medida que estime como más adecuada y eficaz, entendiendo por medida ajena de salvación aquella que el autor no realiza por sí mismo, sino junto a un tercero en distintas formas de contribución:

1. Cuasi-coautor: quien habiendo intentado asesinar a la víctima arrojándola desde un puente al río para que se ahogue, se lanza junto a un tercero a salvarla. Vemos cómo el sujeto llega hasta el final en la medida de salvación.

2. Autor mediato: en los ejemplos citados antes, es autor mediato el garante que ha causado el accidente dejando lesionada a la víctima, cuando al quedar su coche estropeado, amenaza con arma a un tercero para obligarle a llevarla con su coche al hospital. Aquí, como en los dos siguientes supuestos, el sujeto interviene en un instante concreto del curso causal de la acción de salvación sin llegar hasta el final.

3. Inductor: ROXIN aprecia sólo el desistimiento del inductor si el tercero inducido es un profesional (policía, médico, bombero) y el sujeto le da la suficiente y correcta información sobre el estado de la víctima.

4. Cómplice: aprecia ROXIN el desistimiento si la contribución del sujeto es insustituible, por ejemplo, si una vez que la víctima a la que intentó envenenar está en el hospital (los médicos serán

los «autores» de las medidas de salvación ajenas en el desistimiento), le suministra el único y más eficaz antídoto contra el veneno. No son medidas de complicidad insustituibles acciones como prestar el coche para que lleven al herido al que se intentó matar si existen otros vehículos disponibles, acercarle la guía de teléfono para que avise al médico, etc. Se trata en el fondo y como equivalente en la teoría de la participación de una especie de cooperador necesario.

La tesis de ROXIN me parece que da respuesta satisfactoria a la delimitación del concepto propuesto de medida de salvación ex ante idónea y eficaz para impedir el resultado, al distinguir la forma de contribución del que desiste, ya sea el autor o el partícipe, diferenciando según lo haga él mismo por sus propios medios, o junto a un tercero. Naturalmente ningún privilegio deben tener los intentos de impedir el resultado que no llegan a tener el carácter de serio, de insustituible en la contribución junto al tercero que emprende la medida ajena de salvación, como podrían ser actos de preparación (proposición, provocación), de voluntad de salvar a la víctima que no se traducen en una puesta en marcha eficaz ni dan paso a la acción.

3. INTENTO SERIO DE IMPEDIR LA CONSUMACIÓN Y ERROR (EL «ESFUERZO INIDÓNEO»). INTENTO SERIO POR OMISIÓN

Ilustramos la cuestión con los siguientes ejemplos:

1-a) Con intención de envenenarle, A da a B una bebida que contiene una dosis insuficiente para causar un resultado lesivo. Cuando B toma la bebida, A, arrepentido, le ofrece una taza de té en la creencia errónea de que es suficiente para contrarrestar el veneno (esfuerzo inidóneo en la tentativa inidónea)

b) En el caso anterior, A lo que hace es avisar al médico para que realice a B un lavado de estómago (esfuerzo serio en la tentativa inidónea)

2-a) B se toma la bebida de A en dosis adecuada para causar la muerte o un resultado lesivo. A le ofrece la taza de té en la creencia de que es suficiente para contrarrestar el veneno (esfuerzo inidóneo en una tentativa acabada)

b) En el caso anterior, B toma la bebida y A llama al médico para que le realice un lavado de estómago (esfuerzo serio en una tentativa acabada).

Se trata en estos casos de analizar la relevancia del error sobre la situación de peligrosidad de la víctima que influirá naturalmente en las medidas de salvación emprendidas por el sujeto. Cre-

encias erróneas sobre la mayor gravedad de la víctima o sobre la situación de peligrosidad de la víctima que de facto es inexistente (caso 1), o sobre la efectividad de las medidas de salvación (caso 2) llevarán al autor o al partícipe a realizar acciones de salvamento ex post innecesarias o no tan necesarias. En estos casos se plantea no obstante la relevancia causal del factor determinante de la exclusión del resultado, que no impide hacerles responder en su caso por otros posibles delitos causados (tentativa cualificada), pero que puede hacer por ejemplo merecedor al partícipe de la exclusión de la pena de la tentativa inidónea realizada por el autor (al autor, según el código penal, sólo en su caso de la atenuación por aplicación del arrepentimiento espontáneo).

Y es que un intento o «esfuerzo inidóneo» ex ante pero serio por evitar el resultado puede llevar a la impunidad del partícipe o del autor cuando el resultado no se produce porque era imposible que se produjera (tentativa inidónea), porque otras causas lo han impedido (tentativa fracasada), o cuando pese a ello el resultado se ha materializado (consumación), extremo éste último que injustamente sólo prevé el Código penal para el partícipe.

La cuestión es entonces analizar cómo influye la idea falsa del sujeto sobre la situación de peligrosidad de la víctima y por ende si las medidas emprendidas para salvarla han de gozar de la impunidad por desistimiento, esto es, analizar la inidoneidad del esfuerzo como factor (co)causal que impida el resultado o como conducta inadecuada para evitarlo, cuando el resultado no se produce por otros factores de causalidad o por ser imposible su causación. Puesto que además el error sobre el curso causal puesto en marcha por el autor o partícipe para impedir el resultado puede obedecer a un error sobre la conducta adecuada a realizar, o bien sobre la situación de peligrosidad en la que se encuentra la víctima, y ello tanto en caso de tentativas acabadas, inacabadas o inidóneas, como hemos ejemplificado en los casos citados al comienzo del epígrafe.

En un caso similar de intento de envenenamiento planteado por el Tribunal Supremo alemán en sentencia de 1 de febrero de 1989, el Tribunal deniega el desistimiento por falta de voluntad de salvación pese a un primer amago de ayudar a su marido que realiza la mujer cuando tras haberle dado una dosis mortal de veneno llama al médico sin advertirle de lo que su marido había ingerido, sino sólo mencionando que había tomado café mezclado con un medicamento. Ciertamente la llamada al sanitario pone en marcha la acción de salvamento adecuada que puede evitar el resultado e indicia una voluntad de salvar a la víctima. Y si la mujer creyó que podía salvarle sin indicar al médico el veneno exacto que había tomado, este error no expresa una voluntad firme de

salvación que compense el injusto de la tentativa realizada, sino un esfuerzo encubierto o disimulado que pone en peligro el buen resultado de la salvación de la víctima.

La creencia errónea del sujeto de haber hecho lo mejor posible para salvar a la víctima cuando realmente su conducta era inadecuada, bien porque valora erróneamente la situación de peligrosidad de la víctima, bien porque conociendo ésta correctamente hace una apreciación errónea sobre el camino adecuado para salvarla (emprende posibilidades de salvación inadecuadas), es considerado por la doctrina como relevante si es un error invencible que no debe perjudicar al sujeto, pero irrelevante si es vencible, al no poder desde un punto de vista objetivo compensar el injusto de la tentativa cuando existe una falsa estimación del autor sobre el peligro del resultado que tenga su origen en una negligencia considerable (24).

Desde esta idea, se ha de rechazar toda consideración del esfuerzo o intento serio desde el punto de vista subjetivo del sujeto, esto es, toda forma de esfuerzo que responde a una idea supersticiosa o irracional sobre la medida de salvación de la víctima, como acciones consistentes en realizar conjuros o realizar oraciones a Dios para que el resultado no tenga lugar. Si se trata en el esfuerzo serio de mostrar una actitud firme, seria y decidida que haga desaparecer la conmoción jurídica causada, debe el sujeto realizar un acto objetivamente contrario a su acción anterior, esto es, que razonablemente se espera de una persona arrepentida, o bien de una persona que se muestra arrepentida. La falsa estimación sobre el mejor camino para impedir el resultado no debe favorecer al que desiste si según un juicio objetivo el esfuerzo aparece como insuficiente: en este sentido se requiere una reflexión del sujeto, que no implique sólo medidas subjetivamente cuidadosas, sino en palabras de JAKOBS (25), una «relevancia comunicativa» del esfuerzo, una seriedad del esfuerzo «comunicativamente relevante», que faltaría en aquellos casos que cualquier persona consideraría como medidas sin sentido. De este modo, dar té en la tentativa inidónea o acabada de envenenamiento para contrarrestar el veneno se muestra frente a un tercero imparcial una medida insuficiente de salvación que negaría al autor la impunidad de su esfuerzo, que aunque firme y decidido en su voluntad no iría acompañado en este sentido de la cualidad de serio, a diferencia de la acción, correcta, de avisar al médico para que le efectúe el lavado de estómago.

(24) WALTER, KOLSTER, op. cit. p. 125.

(25) En MAIWALD, op. cit. p. 345.

Pero el problema cobra mayor significado cuando se trata de valorar la seriedad del intento o del esfuerzo en las tentativas fracasadas de las que no se puede concluir fácilmente a priori la eficacia causal del desistimiento del autor en la exclusión del resultado, o si fueron factores (co)causales los que lo impidieron: El sujeto que habiendo colocado la bomba para que explote en determinado momento, arrepentido vuelve al lugar del crimen para desmontar el artefacto o avisar a la policía, cuando quizás ya sus esfuerzos no tendrían eficacia porque un tercero la descubrió y desconectó. O en el caso anterior antes de que acuda el médico a ayudar al que se toma el veneno éste se toma un antídoto que probablemente evita su muerte. No será fácil determinar si el aviso a la policía o al médico hubieran evitado el resultado de muerte, o la explosión de la bomba, de no haberlo impedido las otras circunstancias.

Y es que el Derecho penal debe partir en reclamaciones conforme a deber de puntos de vista racionales para fundamentar la existencia de sus normas y de la capacidad de establecer averiguaciones intersubjetivas cuya relación de eficacia pueda ser probada en un proceso. Y desde este punto de vista habría que partir para saber cuándo el autor realizó una elección de la medida adecuada que fue lo que impidió el resultado, o cuándo frente a una primera elección de un medio inadecuado realiza una segunda acción adecuada que lo impide. Como se ha dicho antes, la doctrina no suele entender que existe desistimiento si el sujeto eligió una medida menos prometedora para evitar el resultado, pero sí cuando las posibilidades de éxito de salvar el bien jurídico que el sujeto tuvo a su disposición fueron consideradas por él como «más o menos igualmente buenas», pero no cuando unas tenían de modo «relevante» más posibilidades de éxito que otras. Y si dos medidas parecen al mismo tiempo como igual de buenas se tiende a ser generoso en la aplicación del desistimiento en la elección del medio y más estricto en la exigencia de la realización de la acción de desistimiento, pues también quien quiere seriamente desistir de su acción puede usar primero el medio menos costoso o menos arriesgado, sin que el hecho de no haber usado el medio aparentemente más seguro para evitar el resultado pueda entenderse como un resto de responsabilidad por omisión imputable al autor. Y naturalmente ante el fracaso de su primera acción debe intentar una nueva actividad: si el médico a quien primero llamó el sujeto no estaba localizable debe llamar a otro médico. E incluso si el sujeto duda sobre la efectividad de su primera acción de salvación de la víctima debe intentar un segundo medio de evitar el resultado lesivo, salvo que tuviera sólo un único medio a su disposición para salvarla, como sucede en los casos en que la víctima está desangrándose tras ser

golpeada por el autor y éste cuenta con pocas posibilidades de llegar a tiempo al hospital, pues sigue siendo necesaria esta acción para ser valorado su desistimiento como serio, firme y decidido, que evite el resultado de muerte, en el caso del autor, o incluso con él, en el caso del partícipe. La simple omisión de esta acción por considerarla inútil no puede ser valorada como desistimiento liberador de pena, aun cuando la víctima llegara a salvarse, quedando subsistente la tentativa de homicidio.

Y realizado este esfuerzo objetivamente adecuado según los medios que el sujeto tuvo a su disposición, habrá que concluir que la tentativa fracasada tuvo su causa en el esfuerzo serio del autor, sin plantear mayores reclamaciones conforme a deber en el cuidado que el autor debió observar en su acción de desistir, pues ello reduciría injustamente el ámbito de aplicación de la norma.

Más dudosa me parece la posibilidad de apreciar un esfuerzo o intento serio de impedir la consumación con efectos excluyentes de pena realizado por omisión (26). El Código penal español se refiere al desistimiento como intento serio, firme y decidido de impedir el resultado. También el Código penal alemán y austriaco aluden expresamente a la seriedad del esfuerzo. Ello supone afirmar necesariamente la confirmación de una intención seria de retroceder en el crimen que sea claramente reconocible al exterior. El arrepentimiento, sea activo o espontáneo, no basta con que sea moral, sino que se traduzca en una actitud del sujeto consistente en hacer algo, en el caso de la atenuante, reparar el daño a la víctima o disminuir sus efectos, o confesar el hecho en un determinado tiempo (arrepentimiento espontáneo), en el caso del desistimiento, evitar el resultado o intentar evitarlo (arrepentimiento activo).

El concepto de desistimiento como intento *firme y decidido* debe referirse a una voluntad convencida de retroceder en el crimen, a una intención de contrarrestar el dolo. Pero no basta con ello, ya que la cualidad de *serio* debe ir referida a una actividad intensiva y adecuada para evitar el resultado, que supere lo que son simples molestias, y que se dirija a impedir el resultado. No basta pues el querer hacer algo, sino el poner en marcha la acción que pueda impedir el resultado y que ésta sea reconocible al exterior, contrarrestar también el aspecto objetivo de su acción. Y afirmada que esta acción hubiera sido suficiente según las dificultades existentes para impedir el resultado debe el autor gozar de la impunidad, aunque hubiera tenido otras mejores posibilidades de actuar que por miedo omitió. Y esto le supone al autor o partícipe esti-

(26) Cuestión distinta del posible desistimiento en un delito omisivo.

mar la lesión causada y considerar que su acción de salvamento pudiera ser suficiente, por lo que la acción objetivamente suficiente según la peligrosidad ex ante estimada por el autor o partícipe debe llevarle a la impunidad, aun cuando el resultado no se produce debido a la intervención de otros factores cocausales (como tampoco respondería si pese a su acción inicial se produce finalmente de modo fortuito). En cambio, omitir otras alternativas porque piense el autor que con las medidas disponibles a su alcance no puede evitar el resultado no muestra una voluntad firme y decidida a retroceder que deba ser premiada con la impunidad, como tampoco omitir la ayuda porque piense que la víctima puede escapar del peligro. Ya que al haber el autor causado el peligro se coloca en posición de garante que le haría responder del resultado si voluntariamente no lo impide, y no utilizar las mejores posibilidades de salvación supondría un dolo eventual respecto al resultado que le harían responder por él si se produce o por la tentativa del hecho.

En este sentido se ha planteado por la doctrina la posibilidad de admitir el intento o esfuerzo serio como forma de omisión para desistir del hecho. Por ejemplo el caso de quien instala una bomba para hacerla funcionar al paso de un vehículo, y al ver cómo un perro se acerca destruyendo el mecanismo de conexión, arrepentido no hace nada para ahuyentar al perro (27). Ningún problema se presenta en relación al esfuerzo de un coparticipante que evita la consumación o si el hecho se perpetra con independencia de su previa aportación, como cuando uno de los intervinientes posee conocimientos especiales sin los cuales los otros no pueden consumir el hecho (el experto en abrir soldando la caja fuerte no acude al lugar del robo, impidiendo que los otros puedan acceder al botín, o cuando encontrando éstos imprevisiblemente la caja abierta el experto se aleja del lugar del robo) (28).

La cuestión reviste mayor dificultad en los supuestos de un autor único, pues aunque la jurisprudencia germana ha reclamado una conducta activa manifestada claramente al exterior, «no siendo esencialmente suficientes conductas pasivas, simples cambios de opinión o mera inactividad» (29), es respecto a ese carácter «esencial» de la actuación sobre el que la doctrina ha intentado discu-

(27) Ejemplo citado por MAIWALD, op. cit.

(28) Vid sobre ello GÓMEZ RIVERO, «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación. (Comentario a la STS de 27.2.1995)», en AP 1995.

(29) En MAIWALD, op. cit. p. 349 s; TRÜG, §§ 13, 24 StGB: Der «halbherzige Rücktritt» vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts. BGH, Beschluss vom 20.12.2002 —2 StR 251/02 (LG Aachen), NJW 2003, 1058A, en JA 2003 p. 837; GORES, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, p. 214.

brir la posibilidad de algunas excepciones favorables a un esfuerzo por omisión en el desistimiento, abogando de nuevo al criterio de la imputación. Si, como en el citado ejemplo, quien coloca la bomba se sitúa en posición de garante (injerencia) respecto de la vida del conductor y otros ocupantes del vehículo, está obligado a impedir un resultado de muerte o de lesiones, por lo que existe una «fase de omisión» que determina que el autor con su positiva acción aún podría impedir el resultado. Si el autor en esta fase no cumple con el deber de evitar el resultado, la omisión no será penada independiente del castigo por el homicidio perpetrado a través de una acción positiva, al ser ya computada en esa acción positiva. Pero realizado por el autor su deber de impedir el resultado, y habiéndolo evitado, la cuestión se convierte en un problema de imputación: debe responder del hecho intentado, serle imputable, cuando el que desiste deja sólo que otras personas influyan en la no consumación del hecho, tratándose de decisiones libres de estas últimas, o deja intervenir adrede cursos causales naturales —como la intervención del perro— que impiden la terminación de su tentativa. La necesidad de que se trate de impedir o del intento o esfuerzo serio, firme y decidido, hace pensar en una idoneidad objetiva ex ante que neutralice el aspecto subjetivo y objetivo del injusto. En este sentido igual que la simple omisión o ayuda a quien se encuentra en situación de peligro fundamenta un delito de omisión de socorro aunque el autor confiara en la ayuda eventual de terceros, la simple omisión en una acción lesiva a un bien jurídico que ha sido puesta en marcha por el autor no debe por sí misma bastar para excluir de responsabilidad.

4. CONCLUSIONES

1. La necesidad de diferenciar entre desistimiento y arrepentimiento con efectos respectivos de exclusión o de atenuación de la pena, según el instante temporal de su realización: *antes* de la consumación, bien mediante renuncia en la tentativa inacabada (desistimiento propiamente dicho), o mediante retroceso en la tentativa acabada (el llamado arrepentimiento eficaz), y mediante reparación del daño causado o confesión *tras* la consumación del hecho y en el instante procesal oportuno (arrepentimiento espontáneo).

2. Valorar de lege ferenda todo desistimiento idóneo ex ante ineficaz pero realizado antes de la consumación de forma distinta a la atenuación de la pena al hecho intentado (pues ello valoraría dos veces la misma cuestión), y al hecho doloso consumado o al hecho culposo, como se viene haciendo, esto es, pese a la consu-

mación del hecho, castigar por el delito en grado de tentativa, al tratarse de un hecho con menor contenido de injusto que un desistimiento realizado tras la consumación, más aún, si la no consumación de la tentativa acabada por factores que no tienen que ver esencialmente con la acción de retroceso del autor, al ser ésta inidónea para ello o ineficaz, no le hace responder del hecho doloso consumado.

3. El desistimiento ex ante idóneo aun ineficaz supone contrarrestar no sólo el dolo (debe ser voluntario, decidido y firme) sino la parte objetiva representada por el injusto de la tentativa realizada, esto es, actos positivos de ayuda o medidas adecuadas de salvación a la víctima, lo que excluye un desistimiento por omisión.

4. Sin llegar a exigir la medida óptima de salvación, habría que valorar la contribución del sujeto en el intento por salvar a la víctima, llegando o no hasta el final en la acción de salvación, distinguiendo, según la tesis de ROXIN, si se trata acciones individuales del sujeto que desiste, o se trata de ayuda o colaboración con terceros, en las que el sujeto que desiste y el tercero sean coautores, el sujeto que desiste actúe como inductor de un tercero profesional que emprende la medida de salvación, como autor mediato usando como instrumento a un tercero que emprende la medida adecuada, o como cooperador necesario con una intervención insustituible. Han de quedar excluidas acciones de complicidad o ayudas accesorias o simples propuestas o acuerdos de salvación que no pasan a la acción.

5. Este desistimiento idóneo ex ante aun ineficaz debiera aplicarse no sólo al partícipe, como prevé con fórmula vaga e imprecisa el art. 16.3 CP, sino también al autor, como parece dar a entender el código penal germano

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael: La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto, 2000.
- ALTENHAIN, Karsten: «Der Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge bei den erfolgsqualifizierten Delikten», en GA 1996 p. 34.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite: «Desistimiento idóneo fracasado», en ADPCP 1996 pp. 885 ss.
- ANDERS, Rolf Peters: «Zur Möglichkeit des Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch», en GA 2000.
- ARZT, Günther: «Bedingter Entschluss und Vorbereitungshandlung», en JZ 1969 pp 56 ss.

- BACKMANN, Leonhard: «Strafbarkeit der vor Tatbeginn zurückgetretenen Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat? —BGHSt 28-346», en Jus 1981 p. 341.
- BARTHEL, Klaus: Bestrafung wegen Vollrauschs trotz Rücktritts von der versuchten Rauschtat, 2000.
- BLECUA FRAGA, Ramón: «El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida», en CPC 1983 pp. 309 ss.
- BLOY, René: «Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tavollendung —BGH 31, 46 und BGH, NJW 1985, 813», en Jus 1987 pp. 533 ss.
- BORCHERT, Uwe / HELLMANN, Uwe: «Abgrenzung der Versuchstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der Erfolgstauglichkeit», en GA 1982 p. 437.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano: «La terminación del delito», en ADPCP 1995 pp. 151 ss.
- BÖSE, M.: «Der Beginn des beendeten Versuchs: Die Entscheidung des BGH zur "Giftfalle"», en JA 1999 pp. 342 ss.
- BOSS, H.: Der halbherzige Rücktritt, 2002.
- DESSECKER, Axel: «Zwei Tötungsversuche mit glimpflichem Ausgang», en Jura 2000 p. 597.
- EISELE, J.: A§ 24 I 1 StGB: Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch. BGH, Beschluss vom 3.2.1999-2 StR 540/98 (LG Kassel), NStZ 1999, 299», en JA 1999 pp. 922.
- FARRÉ TREPAT, Elena: «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa», en EPC XIII 1989 pp. 46 ss.
- FAHL, C. / SCHEURMANN-KETTNER, K.: «Versuch, Vorbereitung, usw.», en JA 1999 pp. 124 ss.
- FELTES, Thomas: «Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch», en GA 1992 pp. 395 ss.
- GÓMEZ RIVERO, «La eficacia del desistimiento del conspirador: el requisito de la anulación de su previa actuación. (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1991)», en AP 1995.
- GORES, C.J.: Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982.
- GRACIA MARTÍN, Luis: «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995. (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de Mayo de 1996)», en RDPC 1999 pp. 335 ss.
- GREEVE, Gina: Zielerreichung im Eventuelversuch und in anderen Versuchsformen, 2000.
- GROPP, Walter: «Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont. Überlegungen zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch», en Gössel-FS 2002

GRÜNWALD, Gerald: «Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts», en NJW 1962 p. 49.

HAUF, Claus-Jürgen: «Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zu Versuch und Rücktritt», en JA 1995 pp. 776 ss.

HECKLER, Andreas: «Beendeter Versuch bei fehlender Vorstellung des Täters über die Folgen seines Tuns?», en NJW 1996 pp. 2490 ss.

HEFENDEHL, Roland: «Der Raub mit Todesfolge an seinen Grenzen. Zugleich eine Besprechung von BGH StV 2000, 74», en StV 2000 pp. 107 ss.

HEINRICH, Bernd: «Die Abgrenzung von untauglichem, grob unverständlichem und abergläubischem Versuch», en Jura 1998 pp. 393 ss.

HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd: «Versuch und Rücktritt. Eine kritische Bestandsaufnahme», en ZStW 1997 pp. 29 ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich: «Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung», en Blau-FS 1985 pp. 97 ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich: «Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese», en NJW 1988 pp. 1559.

HERZBERG, Rolf Dietrich: «Die Not der Gesamtbetrachtungslehre beim Rücktritt vom Versuch», en NJW 1989 pp. 197 ss.

HERZBERG, Rolf Dietrich: «Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung», en NJW 1989 pp. 866 ss.

JÄGER, Christian: Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr 1996.

JÄGER, Christian: Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch. Entwurf einer Struktursynthese aus Rücktritt als Gefährdungsumkehr und Erfolgsqualifikation als Gefährdungserfolg», en NStZ 1998 pp. 161 ss.

JAKOBS, Günther: «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», en ZStW 1992 pp. 82 ss.

KAMPERMANN, Markus: Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch. Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch in § 24 StGB, 1992.

KOLSTER, Hubertus: Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch, 1993.

KRAUSS, Detlef: «Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch», en Jus 1981 pp. 883 ss.

KUDLICH, Hans: «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», en Jus 1999 pp. 240 ss.

KÜPER, Wilfried: «Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts», en ZStW 2000 pp. 1 ss.

LAMPE, Ernst-Joachim: «Rücktritt vom Versuch «mangels Interesses» —BGH 35, 184», en Jus 1989 pp. 610 ss;

LESCH, Heiko H., en GA 1995 pp. 493 ss.

LÖNNIES, Otward: «Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt», en NJW 1962 pp. 1950 ss.

MAIWALD, Manfred: «Das Erfordernis des ernsthaften Bemühens beim fehlgeschlagenen oder beendeten Versuch (§ 24 Abs. 1 Satz 2 StGB)», en Wolff-FS 1998 pp. 337 ss.

MALITZ, Kirsten: Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt. Zum Strafgrund des Versuchs, 1998.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita: El desistimiento en Derecho penal. Estudio de sus problemas fundamentales, 1994.

MUÑOZ CONDE, «Der misslungene Rücktritt: eine Wiederkehr der Erfolgshaftung», en GA 1973.

MURMANN, Uwe: «Rücktritt vom Versuch bei Gleichgültigkeit des Täters», en Jus 1996 pp. 590 ss.

MURMANN, Uwe: Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999.

NIEPOTH, Burkhard F.: «Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt —zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. September 1992 (BGH 38, 356)», en JA 1994 pp. 337 ss.

NIEPOTH, Burkhard F.: Der untaugliche Versuch beim unechtem Unterlassungsdelikt, 1994.

PAHLKE, Bernd: Rücktritt bei dolus eventualis, 1993.

POZUELO PÉREZ, El desistimiento en la tentativa y la conducta post-delictiva, 2003.

PUPPE, Ingeborg: «Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt —Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 22.8.1985 —4 StR 326/85 —NStZ 1986, 25», en NStZ 1986 pp. 14 ss.

PUPPE, Ingeborg, en NStZ 1995 pp. 403 ss.

RADTKE, Henning: «An der Grenzen des strafbaren untauglichen Versuchs —BGH, NJW 1995, 2176», en Jus 1996 pp. 878 ss.

RANFT, Otfried: «Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung», en Jura 1987 pp. 527 ss.

RATH, Jürgen: «Grundfälle zum Unrecht des Versuchs», en Jus 1999 pp. 35 ss y pp. 140 ss.

RÖMER, Hans-Jürgen: Fragen des «ernsthaften Bemühens» bei Rücktritt und tätige Reue, 1987.

ROXIN, Claus: «Über den Tatenschluss», en Schröder-GS 1978 pp. 158 ss.

ROXIN, Claus: «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», en Hirsch— FS 1999 pp. 327 ss.

SANCINETTI, Marcelo A.: Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs, 1995.

- SCHALL, Hero: «Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung —BGH, NStZ 1990, 30», en Jus 1990 pp. 623 ss.
- SCHRÖDER, Horst «Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch», en Jus 1962 pp. 81 ss.
- SCHROTH, Hans-Jürgen: «Rücktrittsnorm und aussertatbestandliche Zweckerreichung», en GA 1997 pp. 151 ss.
- SEIER, Jürgen: «Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz —BGH, St 1988, 201», en Jus 1989 pp. 201 ss.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a: El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, 1997.
- SCHLIEBITZ, Matías: Die Erfolgzurechnung beim «misslungener» Rücktritt, 2001.
- SOLA RECHE, E.: La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos, 1996
- STRENG, Franz: «Rücktritt und dolus eventualis», en JZ 1990 pp. 212 ss.
- STRENG, Franz: «Wie «objektiv» ist der objektive Versuchstatbestand? Der «komplettierte Tatentschluss» und seine Ausführung durch Tun oder Unterlassen», en Zipf-GS 1999.
- STRUENSEE, Eberhard: «Versuch und Vorsatz», en Armin Kaufmann-GS 1989 pp. 523 ss.
- STRUENSEE, Eberhard: «Actuar y omitir. Delitos de comisión por omisión», en Stree-Wessels-FS 1993 p. 133 ss.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich: «§ 24 I StGB: Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts», en JA 1999 pp. 273 ss
- TAMARIT SUMALLA, Josep-María: «La tentativa con dolo eventual», en ADPCP 1992 pp. 521 ss
- TRÜG, G.: «§§ 13, 24 StGB: Der “halbherzige Rücktritt” vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts. BGH, Beschluss vom 20.12.2002 —2 StR 251/02 (LG Aachen), NJW 2003, 1058», en JA 2003 pp. 836 ss.
- WEINHOLD, Ina Elisabeth: Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990.
- WOLTER, Jürgen: «Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld? Zugleich ein Beitrag zum “Strafgrund der Vollendung”», en Leferenz-FS 1983 pp. 545 ss.
- WOLTER, Jürgen: «Der “unmittelbare” Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt», en GA 1984 p. 448 ss.