



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Postgrado
Magister en Derecho con mención en Derecho Penal

**EL PROBLEMA DEL HORIZONTE DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA
FRENTE A LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA INACABADA Y ACABADA**

CONSTANZA COCIÑA CHOLAKY
15.795.561-6
Juan Pablo Mañalich Raffo
Santiago, octubre 2018

El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt Vigente 1160147, “La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, a cargo del Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich

RESUMEN: En la doctrina comparada (Alemania y España) existe un profuso debate respecto cuál es el horizonte del desistimiento de la tentativa en una determinada tipología de casos, conocidos como supuestos de tentativa fracasada susceptible de ser continuada, tentativa fracasada impropia, fracaso no definitivo o el problema de la repetición de la acción de ejecución, en la que se enfrentan, en lo fundamental, dos teorías: la de la consideración individual y de la consideración global. El presente trabajo tras realizar una revisión de las figuras y distinciones doctrinales que están insertas en dicho debate, como de los principales argumentos elaborados por las dos teorías en cuestión, busca, a través de los aportes de una reconstrucción analítica del delito, encontrar elementos para una toma de posición a favor de una u otra solución. Dicho análisis permite concluir, entre otros aspectos, que lo que trasunta al debate doctrinal es, finalmente, la posición que se sostenga respecto a la relación en que se encuentran las categorías de tentativa inacabada (o propiamente tal), tentativa acabada (o delito frustrado) y delito consumado. **Palabras clave:** Tentativa - desistimiento - consideración global - consideración individual - derecho penal

Abstract: In the comparative doctrine (Germany and Spain) there is a profuse debate regarding the horizon of the withdrawal of the attempt in a certain typology of cases, known as cases of unsuccessful attempt that could be continued, improper unsuccessful attempt, failure not definitive or the problem of the repetition of the execution action, in which two theories are fundamentally confronted: that of individual consideration and the theory of global consideration. The present research seeks, after making a revision of the doctrinal figures and distinctions that are inserted in this debate and after analyzing the main arguments elaborated by the two theories in question, through the contributions of an analytical reconstruction of the crime, to find elements for a position taken in favor of one or another solution. This analysis allows to conclude, among other aspects, that what is behind to the doctrinal debate is, finally, the position held regarding the relationship in which the categories of unfinished attempt (or properly so), attempted completion (or frustrated crime) and consummated crime. **Palabras clave en inglés:** Attempt - withdrawal - global consideration - individual consideration - criminal law

INDICE

Introducción	6
Capítulo 1: El problema	10
1.1. La tipología de casos de los cuales se ocupa la presente investigación	10
1.2. Interrogante jurídica que plantea la tipología de casos	11
Capítulo 2: Conceptos y distinciones doctrinales que inciden en la discusión del problema	14
2.1. Distinción entre tentativa inacabada y acabada, y su relación con la modalidad que debe revestir el desistimiento.	14
2.2. Tentativa fracasada o fallida, y su vinculación con la negación de la posibilidad de un desistimiento	21
Capítulo 3: Estado del debate doctrinal	24
3.1. Doctrina comparada	24
3.1.1. Teoría de la consideración individual	24
3.1.1.1. Exposición de sus principales fundamentos	24
3.1.1.2. Primera objeción: Divide en forma arbitraria un actuar unitario	27
3.1.1.3. Segunda objeción: Tratamiento más perjudicial en comparación con casos de desistimiento activo	29
3.1.1.4. Tercera objeción: Es contraria a los intereses de la víctima	31
3.1.2. Teoría de la consideración global	32
3.1.2.1. Exposición de sus principales fundamentos	32
3.1.2.2. Primera objeción: Extiende en demasía el ámbito de aplicación del desistimiento	33
3.1.2.3. Segunda objeción: Privilegio al autor más calculador	34

3.1.2.4. Tercera objeción: Siempre puede alegarse una posibilidad no utilizada	35
3.1.2.5. Cuarta objeción: Transforma una tentativa acabada en inacabada	35
3.1.2.6. Quinta objeción: Otorga trato más favorable a autor que actúa con dolo directo	36
3.2. Doctrina nacional	37
Capítulo 4: Tentativa y desistimiento en la dogmática de la construcción del delito	39
4.1. La reconstrucción analítica del delito	39
4.2. La tentativa de delito como quebrantamiento imperfecto de la norma de comportamiento	43
4.3 Desistimiento como reconocimiento tardío, pero toda posible, de la norma de comportamiento	45
4.4. Rendimiento de la reconstrucción analítica del delito al problema del horizonte del desistimiento	48
Conclusiones	52
Bibliografía	56

INTRODUCCIÓN

La mayoría de los ordenamientos jurídicos castiga no solo el delito consumado sino también la tentativa de delito (en adelante, entiéndase la referencia a tentativa sin otro complemento, comprensiva – de acuerdo con los términos que utiliza nuestro Código Penal – tanto de la tentativa propiamente tal como del delito frustrado); no obstante, se excluye la punibilidad de la tentativa en caso de que concurra un desistimiento voluntario.

En nuestro ordenamiento, el artículo 7 del Código Penal establece, en su inciso primero, que “son punibles, no sólo el crimen o simple delito consumado, sino el frustrado y la tentativa”, para a continuación definir, en los incisos que le siguen, qué se entiende por delito frustrado y por tentativa (propiamente tal), señalando que “hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad” (inciso 2°) y que “hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento” (inciso final).

En la exigencia de que el resultado no deba verificarse por causas independientes de la voluntad del autor, la doctrina chilena reconoce la aplicabilidad de la figura del desistimiento en el delito frustrado, haciéndola extensiva, en base a un argumento a fortiori, a la tentativa propiamente tal, con su efecto práctico de exclusión de la pena, lo que también es reconocido por la jurisprudencia nacional¹.

¹ En ese sentido, GARRIDO Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp.183-184; CURY, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, pp. 108-109; POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 217-218. Para una revisión de la jurisprudencia puede verse BELMAR Todorovic, Felipe. *El desistimiento de la tentativa en la doctrina y la jurisprudencia chilenas*. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017.

El tratamiento del desistimiento de la tentativa resulta de gran interés por cuanto supone tomar posición acerca del fundamento y naturaleza de ésta, lo que importa consecuencias que alcanzan a la consideración de cuál es el injusto penal prototípico, el propio de un delito consumado o bien el propio de la tentativa acabada. Además, el desistimiento resulta una figura excepcional en el derecho penal, en tanto se trata de la imputación de una acción al agente que le permite pasar de lo punible a lo impune o, en otras palabras, que lo exime de pena a pesar de haber incurrido en una conducta que de lo contrario sería punible.

Esta investigación se circunscribe a revisar cómo opera, o más bien cuál es el ámbito que abarca, el desistimiento en una cierta tipología de casos. Los casos que aquí interesan son aquellos en que el agente tras la realización de una acción ejecutiva que resultó fracasada decide no seguir actuando, a pesar de contar con la posibilidad de reiterar dicha acción, ya sea con los mismos medios u otros diversos. Estos supuestos reciben distintas denominaciones en la doctrina: ya se habla de supuestos de tentativa fracasada susceptible de ser continuada, tentativa fracasada impropia, fracaso no definitivo o el problema de la repetición de la acción de ejecución, entre otras.

La pregunta que surge en estos casos es si ese mero no seguir actuando constituye un desistimiento que excluye la punibilidad del intento o intentos fallidos o, por el contrario, ya no es posible desistir del o los intentos fracasados y solamente el desistimiento opera respecto del intento al que se renuncia.

Dicha interrogante ha dado lugar a un profuso debate, aun sin acuerdo, en la doctrina comparada, enfrentándose, en lo fundamental, dos teorías: la de la consideración individual y la de la consideración global. Ello no es así en el ámbito nacional, en tanto no existen aportaciones que aborden esta problemática directamente y con el detalle que se hace en el derecho comparado.

La anterior constatación permite justificar la necesidad de la presente investigación, a lo cual se añade el hecho que la problematización de estos casos ha

puesto en duda la correspondencia que se afirma, casi sin discusión, entre grado de ejecución del delito y modalidad que debe revestir el acto de desistimiento, esto es, bajo la nomenclatura del Código Penal chileno, que en la tentativa (propriadamente tal) la conducta del desistimiento asume una modalidad pasiva, es decir, basta con un mero no seguir actuando, y en el caso del delito frustrado, debe necesariamente adoptar una modalidad activa, esto es, la realización de un comportamiento impeditivo del resultado.

El presente trabajo no pretende insistir en los argumentos que ya se han dado por la doctrina a favor de una u otra tesis, sin perjuicio de su revisión para dar cuenta del estado de la cuestión, sino que aproximarse a la problemática desde una óptica distinta que pueda contribuir a una toma de posición respecto de cuál sea la solución más correcta en estos casos. Específicamente se recurrirá a los aportes de la teoría de las normas y la teoría de la imputación, considerando que la reconstrucción del delito, bajo dicha aproximación, se corresponde al juego o interacción de normas de sanción y de comportamiento, como de reglas de imputación.

La hipótesis es que la revisión del contenido y función de las normas y reglas que interactúan en la reconstrucción del delito como de las relaciones o conexiones entre ellas permitirá clarificar cómo se deja describir el desistimiento de la tentativa en ese constructo y, a partir de tal definición, obtener elementos que permiten tomar una posición en la problemática planteada, a favor de afirmar que la renuncia a realizar un nuevo intento, tras otros fracasados, constituye un desistimiento que excluye la sanción penal para todos ellos .

El trabajo se desarrolla en cuatro capítulos. En el primero, se delimita la tipología de casos de los cuales se ocupa la presente investigación y su alcance. En el segundo, se abordan las distinciones legales y doctrinales que están presentes en la discusión del problema, por una parte, la distinción entre tentativa inacabada y acabada y, por otra, el concepto de tentativa fracasada. En el tercer capítulo, se revisa el estado de la discusión en la doctrina extranjera, para lo cual se recurre fundamentalmente a la literatura alemana y española, por cuanto se insertan, al igual que Chile, en la tradición continental, y porque en general corresponden a la doctrina comparada que mayor influencia ha

tenido en el país, y luego se hace alusión a las posiciones que se han esbozado en la doctrina nacional. En el cuarto capítulo se expone un específico planteamiento de reconstrucción del delito a partir de la teoría de las normas complementada con una teoría de la imputación, que en el ámbito nacional ha sido postulada por el profesor Juan Pablo Mañalich, el que se asume en esta investigación, y que sirve de base para una comprensión de la tentativa y del desistimiento, con el objeto de tomar posición respecto de las soluciones que se han dado para la tipología de casos en estudio.

CAPÍTULO 1: El problema.

1.1. La tipología de casos de los cuales se ocupa la presente investigación.

Los casos objeto de esta investigación son aquellos en que el agente tras la realización de una acción ejecutiva que resultó fracasada², decide no seguir actuando, a pesar de contar con la posibilidad de reiterar dicha acción, ya sea con los mismos medios u otros diversos.

El ejemplo al que se recurre para ilustrar estos casos es aquél en que un sujeto dispara contra otro, sin embargo, yerra en el tiro y teniendo la posibilidad de realizar otro disparo renuncia voluntariamente a hacerlo. Un ejemplo, de utilización de otros medios, sería el de un autor que da a la víctima un veneno, que no surte el efecto esperado, ante lo cual decide comenzar a asfixiarla, conducta en la que finalmente no persiste.

Los casos en la jurisprudencia extranjera no son pocos y se suele citar a modo de ejemplo, en el caso alemán, los denominados casos “Flachmann” y el de la “tenaza para tubos”. En el primero, el autor, quien estaba con su ex novia en un auto, le propina a ésta, con la intención de darle muerte, un golpe en la cabeza con una botella llamada Flachmann, golpe que no logró su efecto dadas las pequeñas dimensiones del auto, que no le permitían la movilidad necesaria para asestarle con mayor fuerza, razón por la que procedió a estrangularla hasta que quedó inconsciente, pero luego se arrepintió y desistió de darle muerte. En el segundo caso, el autor quería matar a su hijastra, para lo

² La noción de fracaso admite una conceptualización en sentido fuerte y en sentido débil. El fracaso en sentido fuerte se corresponde con la no realización de una intención que tuvo el agente para ejecutar su acción, pero igualmente puede hablarse de fracaso, ahora, en sentido débil, cuando la no realización dice relación con aquello que se representó se produciría con su actuar y no referido a la no realización de la intención del agente. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho* 44 (2), p. 480. Esta última noción, fracaso en sentido débil, es a la que se hace referencia en el texto, lo que está relacionado con la adopción de una posición respecto a la suficiencia del dolo eventual para la configuración de la tentativa.

cual le da un golpe en la cabeza con una tenaza para tubos, golpe que creía le ocasionaría la muerte, sin embargo, el autor luego de asestar el golpe se da cuenta que su hijastra sigue viva y decide no seguir intentándolo a pesar de que de esa manera hubiera logrado darle muerte^{3 4}.

1.2. Interrogante jurídica que plantea la tipología de casos.

La pregunta que surge respecto al tipo de casos antes descritos es si la renuncia del autor a ejecutar una acción típica, habiendo ya realizado anteriores intentos que no alcanzaron la consumación, puede configurar un desistimiento liberador de pena o ya

³ ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*. En su: Dogmática Penal y Política Criminal (trad. Manuel A. Abanto Vásquez). Lima, Idemsa, 1998. pp.304-305; el mismo. *Derecho Penal Parte General: especiales formas de aparición del delito*. (trad. Diego- Manuel Luzón Peña (director) y otros). España, Civitas, 2014, Tomo II, 652 pp.; PÉREZ Ferrer, Fátima. *El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español*. Madrid, Dykinson, 2008. p.216.; SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo? [en línea] *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 2° época, número 16 <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3040&dsID=PDF>> [consulta: 06 enero 2016], p. 146.

⁴ En la jurisprudencia nacional no se destacan casos en que se haya discutido a este respecto, pero ello no se debe a que la realidad no dé cuenta de situaciones similares, sino más bien a que en nuestro país no se ha prestado mayor atención a esta discusión, más allá de pequeñas y aisladas menciones por parte de algunos autores nacionales. Una explicación de aquello, en términos de hipótesis, es que de manera no poco frecuente la existencia de una conducta que pudiera entenderse constitutiva de desistimiento es considerada, en el ejercicio de argumentación, para efectos de negar la existencia de dolo directo, como exige mayoritariamente la jurisprudencia para la configuración de la tentativa. Es decir, el hecho de que el autor no haya seguido actuando (o incluso haya llevado a cabo una conducta impeditiva del resultado) vale para fundamentar o ratificar la no concurrencia de dolo directo. Así por ejemplo se extrae del siguiente argumento, que preciso es consignar no constituye el argumento central de la sentencia, pero sirve para ilustrar lo que se viene diciendo: “Que respecto de querer el acusado matar a la [víctima] y a su hijo que estaba por nacer, estos sentenciadores se preguntan, como se coincide dicha hipótesis con lo acreditado en juicio del auxilio inmediato que [el acusado] prestó a la afectada, consistente en sacarla del dormitorio, llevarla de las manos al baño, lugar en donde fue auxiliada, para luego concurrir al centro hospitalario (...)” (Sentencia de fecha 11 de julio de 2017 del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, recaída en causa RIT 313-2017). Algo parecido se puede apreciar también de la sentencia de la Corte Suprema de la misma fecha, causa Rol 19.008-17, cuyo caso generó gran impacto social, en el que la circunstancia de que el acusado, al volver al lugar donde se encontraba la víctima, no haya seguido propinándole golpes hasta producirle la muerte, fue considerado para negar la configuración de un homicidio frustrado por falta de dolo directo. Quizás, una perspectiva distinta, pudiera haber abierto debate respecto de la concurrencia de un desistimiento, aunque, por cierto, cabe decirlo, este mero no seguir actuando era insuficiente para constituirse en un desistimiento en dicho caso concreto. Lo relevante, de lo expuesto, es que con ello se pierde un importante espacio para la discusión acerca del desistimiento, sus requisitos y límites.

con la ejecución de la primera acción ejecutiva se cierra el paso al desistimiento respecto de dicho intento fracasado y solo se trata de la renuncia al posterior intento.

La cuestión puede replantearse en términos de preguntarse hasta cuándo o hasta qué momento, en aquellos casos en que el resultado típico podría obtenerse con la realización de distintas acciones ejecutivas, cada una de ellas suficientes por sí sola para producirlo, el autor tiene la posibilidad de desistirse con un mero no seguir actuando. Las respuestas, en términos simples, pueden ser: hasta antes de ejecutar una cualquiera de esas acciones ejecutivas, siguiendo el ejemplo, hasta antes de realizar el primer disparo, o mientras todavía tenga posibilidades de reiterar la acción ejecutiva en pos de conseguir dicho resultado, es decir, mientras todavía le queden balas y pueda disparar en contra de la víctima.

La discusión es relevante por cuanto la adopción de una u otra solución significa en un caso descartar la posibilidad de desistimiento, afirmando con ello la aplicación de una pena, y en la otra, por el contrario, admitir esa posibilidad con la correspondiente eximición de pena para el autor. Además, la discusión resulta interesante por cuanto pone en duda o cuestiona la total correspondencia que se afirma entre la distinción tentativa inacabada-acabada y modalidad pasiva o activa del desistimiento, como también incide con respecto a la delimitación de los casos que cabe incluir dentro del concepto de tentativa fracasada, como se verá en los acápites siguientes.

Así planteado el problema, los casos de desistimiento activo exceden del marco de esta investigación, es decir, aquellos en que la conducta de desistimiento consiste en la ejecución de una conducta impeditiva del resultado. Dicha modalidad es la que se exige en la tentativa acabada, es decir, cuando el autor ha hecho todo lo necesario para que el delito se consuma, y plantea también importantes cuestiones dogmáticas por resolver, principalmente en lo que respecta a si basta una mera relación causal entre la conducta de desistimiento y la no producción del resultado o ello es insuficiente, requiriéndose una atribución normativa con mayores requisitos⁵. Solo en lo que interesa

⁵ A este respecto puede verse ALCÁCER Guirao, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Granada, Comares, 2002; y DAVID,

al presente trabajo cabe hacer presente, como se puede apreciar de los casos que da cuenta la jurisprudencia, que muchas veces es complejo distinguir cuando basta un mero no seguir actuando o es necesario realizar una acción que interrumpa el curso causal o, en otras palabras, cuando se está frente a una tentativa inacabada o acabada. Efectivamente, en Chile la respuesta viene dada por el texto legal respecto a que, en el delito frustrado, a diferencia de la tentativa propiamente tal, el autor debe haber puesto todo lo que está de su parte para que el delito se consuma, pero, por cierto, en un caso concreto, ello muchas veces puede resultar difícil esclarecer. Al respecto cabe consignar que será necesario un comportamiento activo cuando el autor si bien no sabe si el resultado se va a producir, sin ulterior intervención de su parte, no descarta dicha posibilidad⁶.

Asimismo, cabe explicitar, como es posible apreciar de los ejemplos que se han mencionado para ilustrar la tipología de casos en estudio, que el trabajo se circunscribe a los delitos comisivos, de resultado⁷ y de un único autor⁸.

Alejandro. *El desistimiento de la tentativa: fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica*. Tesis (Doctor en Derecho). Argentina, Universidad Austral, 2014.

⁶ En tales términos, Roxin señala “no existe tentativa inacabada, sino acabada cuando el autor no sabe, en el momento de detenerse, si el resultado se producirá o no a consecuencia de los esfuerzos realizados hasta ese momento, por lo que cuenta con cualquiera de ambas posibilidades. En un caso así, el autor merece que se le reconozca un desistimiento (en su caso, excluyente de la pena), únicamente si no se arriesga a que se produzca el resultado, sino que reacciona activamente para impedirlo”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General: especiales formas de aparición del delito* (trad. Diego- Manuel Luzón Peña (director) y otros). España, Civitas, 2014, Tomo II, p. 649.

⁷ Respecto de los delitos de mera actividad, por regla general, se afirma que no es posible hablar de delito frustrado, en tanto la completa ejecución de la conducta típica se corresponde con la consumación. Mañalich, pone de manifiesto que podría ser concebible plantear la posibilidad de una tentativa acabada de un delito de mera actividad, bajo la modalidad de una tentativa inidónea fracasada. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de Estudios de la Justicia* (4), p. 161.

⁸ Sobre el desistimiento en casos de pluralidad delictiva puede verse, GILI Pascual, Antoni. *Desistimiento y concurso de personas en el delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

CAPITULO 2: Conceptos y distinciones doctrinales que inciden en la discusión del problema.

2.1. Distinción entre tentativa inacabada y acabada, y su relación con la modalidad que debe revestir el desistimiento.

En doctrina comparada se distingue entre tentativa inacabada y acabada de acuerdo con el grado de ejecución alcanzado por la acción típica: parcial o total⁹.

Si la ejecución es parcial, es decir, si falta la realización de uno o más actos para que el delito se consume, la tentativa está inacabada. Por ejemplo, la tentativa estará inacabada si el autor es interceptado justo cuando se dispone a jalar el gatillo del arma para matar a su víctima. También lo estará si el autor que se propone robar un domicilio ingresa a éste fracturando la ventana, pero finalmente no sustrae ninguna especie.

Por el contrario, habrá tentativa acabada cuando la ejecución de la acción ejecutiva sea total, esto es, cuando el autor haya realizado todo lo necesario para que el delito se consume, pero sin embargo ello no tiene lugar. Aquello ocurrirá, por ejemplo, cuando el autor dispara contra la víctima y si bien la deja malherida con riesgo de producirse su muerte, ésta finalmente no acaece porque recibe auxilio médico. Asimismo, estará acabada la tentativa cuando el autor con el propósito de dar muerte a otro active la bomba que ya ha instalado y finalmente esta no explote por un error en su fabricación.

Dicha distinción no está exenta de discusiones en relación a la perspectiva desde cual debe juzgarse que se realizaron total o parcialmente los actos necesarios para que

⁹ En este sentido, MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal (...), op. cit., pp. 159-160.

el delito se consume, enfrentándose teorías objetivas, subjetivas y mixtas^{10 11}; pero lo que interesa, es que más allá de las diferentes posturas, una de las utilidades que, casi sin discusión, se reconoce a la distinción entre tentativa inacabada y acabada es la de determinar la modalidad que debe asumir la conducta de desistimiento.

Se afirma que cuando la tentativa está inacabada basta para configurar el desistimiento con solo abandonar la ejecución del hecho, por cuanto como el autor no ha hecho todavía todo lo necesario para que se produzca el resultado típico, el no seguir adelante con la ejecución de la acción es suficiente. En cambio, en la tentativa acabada, como el autor ya ha hecho todo lo necesario para que se produzca el resultado, el mero abandono es insuficiente, requiriéndose que emprenda una conducta activa que evite la consumación¹².

¹⁰ Desde una perspectiva objetiva, lo que interesa para distinguir entre tentativa inacabada y acabada es la consideración de un espectador u observador imparcial o una comparación con la estructura típica de cada delito, siendo irrelevante las creencias del autor. De acuerdo con un criterio subjetivo, lo relevante, por el contrario, es la representación del autor, sea ésta correcta o no. Para quienes defienden una postura mixta la calificación es desde un observador objetivo, pero que a su vez tenga en cuenta el plan del autor. Esta discusión no es menor en la dogmática de la tentativa y la postura que se adopte se verá mediada por la respuesta que se dé a cuál sea el fundamento de la punición de la tentativa. En caso de propugnarse teorías objetivas, asociadas a la peligrosidad de la conducta, se intentará prescindir de la perspectiva del autor y recurrir a un observador imparcial. En cambio, si se considera que lo que justifica la punición de la tentativa es el disvalor de acción expresada con la conducta del agente, habrá necesariamente que estarse a su representación. No obstante, la adopción por uno u otro criterio (objetivo, subjetivo o mixto) no prejuzga la solución que cabe dar a la tipología de casos que interesa a la presente investigación, por eso no se trata en mayor profundidad. Para ver una recapitulación de las distintas posturas, puede verse FARRÉ Trepal, Elena. *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, Bosch, 1986, pp. 258 y siguientes. GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado [en línea] *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, número 2 <<http://www.indret.com/pdf/885.pdf>> [consulta: 04 enero 2016], pp. 9-12.

¹¹ A este respecto también se plantea la pregunta acerca de cuáles actos son los que deben ser considerados para estimar que la ejecución es parcial o completa, si solo los que corresponden al autor o también aquellos que deban realizar terceros o la propia víctima. El ejemplo al que se recurre para explicar el punto es aquel en que el autor pretende dar muerte a la víctima, por envenenamiento, echándole veneno a un líquido que será suministrado por un tercero, la pregunta aquí es si vamos a entender que la tentativa está acabada cuando 1) el autor vierte el veneno en el líquido y lo deja a disposición del tercero que debe servirlo a la víctima, 2) cuando aquél se lo entrega a ésta o 3) cuando ésta comienza a beberlo. Sobre este punto FARRÉ Trepal, Elena. op. cit., p. 254 y PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p. 208.

¹² Preciso es señalar que esta vinculación se acepta respecto del desistimiento de un autor único, distinto es el caso respecto del desistimiento en supuestos de intervención múltiple.

En efecto, la distinción entre tentativa inacabada y acabada fue en un principio construida, fundamentalmente, por la doctrina alemana, a partir de la regulación legal del desistimiento, que contempla (actualmente, en el § 24, inc. 1º del Código Penal Alemán) precisamente dos modalidades: abandonar la ejecución ulterior del hecho e impedir la consumación. En ese sentido la distinción entre tentativa inacabada y acabada pretende diferenciar aquellos casos en que es suficiente para el desistimiento con una mera renuncia a la ejecución y en los que, en cambio, es necesario que el autor lleve a cabo una conducta que evite la producción del resultado¹³. En el caso español, la doctrina también distingue entre tentativa inacabada y acabada, entendiendo que ésta tiene reconocimiento legal en la distinción que hace el Código Penal español entre la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado (artículo 16.1) y vincula dicha distinción a las dos modalidades de desistimiento que reconoce el Código: desistirse de la ejecución ya iniciada e impedir la producción del resultado (artículo 16.2)¹⁴.

En el caso chileno, el Código utiliza otra terminología, tentativa (propriadamente tal) y delito frustrado, para distinguir de acuerdo con el grado de desarrollo de las fases de ejecución imperfecta del delito¹⁵. Aunque se discute si ambas distinciones (la que utiliza

¹³ JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona, Bosch, 1981. Tomo II, pp. 1424, p. 739; MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General*. (trad. Jorge Bofill), 7ª edición. Buenos Aires, Astrea, 1995. Tomo II, p. 72

¹⁴ALASTUEY Dobón, Carmen. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento [en línea] *Revista de derecho penal y criminología*, 2011, 3ª época, número 5 <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2011-5-1000/Documento.pdf>> [consulta: 06 enero 2016], p 17; GILI Pascual, Antoni. GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado (...), op. cit., p.8. En la terminología del Código Penal anterior a 1995, que al igual que el Código Penal chileno, distinguía entre tentativa y delito frustrado, MUÑOZ Conde, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Barcelona, Bosch, 1972, p. 8.

¹⁵ Si bien la doctrina es conteste que el criterio de distinción entre tentativa propiadamente tal y delito frustrado dice relación con el grado de ejecución de la acción ejecutiva, dicha claridad no está tal en la jurisprudencia. Véase en, BELMAR Todorovic, Felipe. *El desistimiento de la tentativa en la doctrina y la jurisprudencia chilenas*. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017, en la cual, a partir del análisis de jurisprudencia, se advierte la utilización de otros criterios como es si el resultado se produce por causas dependientes o independientes de la voluntad del autor y el esfuerzo expresado en la conducta de tentativa.

la doctrina extranjera y la que contempla el Código Penal chileno) son asimilables¹⁶, lo cierto es que la doctrina nacional también reconoce que tratándose de una tentativa propiamente tal (que sería asimilable a una tentativa inacabada) la conducta de desistimiento se corresponde con un comportamiento pasivo o un mero no seguir adelante y que en caso de un delito frustrado (que equivaldría a lo que se conoce como tentativa acabada) la conducta de desistimiento requiere una conducta activa que evite la consumación¹⁷.

En principio dicha correspondencia no aparece problemática. Si la aplicamos a los casos a que se hizo referencia para ilustrar cuando se estaba ante una tentativa inacabada, no cabe duda que el autor que se dispone a disparar en contra de su víctima le basta para que se configure un desistimiento que se abstenga, por su propia decisión, de jalar el gatillo; en el caso de quien con el propósito de robar ingresó fracturando la ventana a un domicilio ajeno bastaría que voluntariamente decidiera no sustraer ninguna de las especies que se encontraran en el lugar. Ahora, en los ejemplos que se dieron para ilustrar casos de tentativa acabada no basta para configurar el desistimiento con que el autor solo se retire y no siga actuando, si no que el autor que ya disparó a la víctima y le acertó, pero que aún no ha muerto, debe, para poder hacerse merecedor de la exención de pena por desistimiento, llevar a cabo un curso activo que impida que el

¹⁶ Por ejemplo, Politoff postula que ambas distinciones son disímiles por cuanto aquella que hace la doctrina alemana, entre tentativa acabada e inacabada, depende de la representación del autor, a diferencia de la distinción entre tentativa y delito frustrado que, a su juicio, opera desde un criterio objetivo. POLITOFF, Sergio, op. cit., p. 214. Me parece que la adopción de diversos criterios no es un elemento de relevancia para afirmar que ambas distinciones no puedan ser asimilables. De hecho, cuál sea el criterio que adopte nuestro Código es algo discutido, y si bien en Alemania la mayoría propugna un criterio subjetivo, lo que tiene un importante apoyo en la legislación positiva, hay autores que propugnan ciertas matizaciones u objetivación. Además, la definición de tentativa propiamente tal que contempla el artículo 7 inc. 3° de nuestro Código Penal en nada se diferencia de lo que se señala por la doctrina comparada acerca de la tentativa inacabada. Respecto de la asimilación entre delito frustrado y tentativa acabada, también en principio no se visualiza un problema, salvo que se estime que el desistimiento constituye un elemento negativo del tipo en el caso del delito frustrado.

¹⁷CURY, Enrique, op. cit., pp. 117 y 129; el mismo. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011. pp. 570-572; GARRIDO Montt, Mario, op. cit., pp.189 y 195; POLITOFF, Sergio. op.cit., p. 228; NOVOA Monreal, Eduardo. El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de Concepción, XXXI (124), Abr-Jun 1963, p. 68.

resultado letal, por ejemplo, trasladando a la víctima al hospital para que se le otorgue el tratamiento correspondiente; y quien dejó activada la bomba, debe desactivarla.

Sin embargo, esta claridad se desdibuja precisamente en los casos que motivan este trabajo. Así quien cuenta con varias balas para disparar y dar muerte a su víctima, pero en un primer intento no logra asestarle, y luego decide no seguir disparándole, o el en caso de que el veneno suministrado no produce los efectos mortales esperados y ante ello el autor procede a asfixiar a la víctima, conducta que finalmente no concluye ¿estamos ante una tentativa inacabada o acabada?

La complejidad se da precisamente porque en estos casos, si se mira el intento fallido en forma aislada, es decir, la bala que no dio en el blanco y el veneno que no surtió efecto, se podría afirmar que se trata de una tentativa acabada por cuanto el autor puso todo de su parte y el resultado no se produjo por razones independientes de su voluntad. En cambio, si se mira el caso concreto en su conjunto lo cierto es que sería difícil decir que el autor hizo todo lo necesario para que el delito se consumara, pues contando con más balas o habiendo sido posible darle muerte a la víctima mediante asfixia, el autor no lo hizo.

Si se asume plenamente la vinculación entre grado de desarrollo de la tentativa y modalidad de desistimiento, de afirmarse que se está ante una tentativa inacabada, el abandono o renuncia a seguir disparando o continuar asfixiando a la víctima constituye desistimiento, siempre que por cierto el abandono o renuncia sea voluntario. En cambio, si se entiende que se trata de una tentativa acabada se descarta aquello, por cuanto en ésta el desistimiento solo puede asumir una conducta activa evitativa del resultado, y por lo tanto si no hay nada que contrarrestar, ninguna acción puede realizarse en ese sentido, lo que, a lo menos, resulta contra intuitivo¹⁸.

Sin embargo, varios autores, desde distintos puntos de vista (no precisamente con referencia a los casos en estudio), cuestionan que a partir de los conceptos de

¹⁸ Ver infra Capítulo 3, 3.1.1.3.

tentativa inacabada-acabada se pueda definir cuál es la modalidad que debe revestir el desistimiento, es decir, ponen en tela de juicio la vinculación entre ambas, y postulan que para determinar cómo debe ser la conducta de desistimiento es necesario recurrir al fundamento de la exención que dicha figura supone y la regulación legal existente al respecto.

En la doctrina alemana, Roxin señala que la distinción tentativa inacabada y acabada es “rechazada ya desde antiguo, y de forma creciente en tiempos recientes, por superflua y fuente de errores”¹⁹, y postula que lo relevante, especialmente en los casos dudosos, no será conceptos predeterminados de tentativa inacabada o acabada, sino que la interpretación del texto legal, a partir de los verbos, “renunciar” e “impedir” (regulación relativa al desistimiento), interpretación que ciertamente no puede sino estar influenciada por el fundamento que se propugne acerca del desistimiento. En este sentido, indica que, si para eximir al autor de la pena basta un simple detenerse entonces podrá afirmarse que se trata de una tentativa inacabada, a la inversa si se requieren esfuerzos salvadores, cabe sostener que se está ante tentativa acabada²⁰. Si bien bajo este predicamento se mantiene la correspondencia entre grado de desarrollo de la tentativa y modalidad de la conducta de desistimiento, no es la distinción respecto a la tentativa lo que define si basta un mero abandono o es necesario una conducta impeditiva del resultado, sino que por el contrario es la forma que debe adoptar el desistimiento lo que determina qué tipo de tentativa es la que concurre.

En la misma línea, Héctor Alejandro David critica que la metodología para la solución de los casos sea primero determinar ante qué tipo de tentativa estamos y luego, en base a ello, concluir si basta una mera renuncia o es necesario un comportamiento

¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 644. Así por ejemplo, Maurach, quien si bien reconoce la utilidad de los conceptos de tentativa inacabada y acabada (o no concluida y concluida) para describir o caracterizar los estadios en los cuales tienen lugar, por una parte, el abandono del hecho (desistimiento pasivo) y, por otra, la evitación de la consumación (desistimiento activo), estima que hay que tener cuidado con que la liberación de pena por desistimiento en definitiva se determine a partir de dichos conceptos, no contenidos en la legislación positiva, y no de los presupuestos legales del desistimiento. MAURACH, Reinhart. op. cit., p. 74.

²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 644.

activo para configurar un desistimiento. Plantea David que para resolver cuál sea la modalidad de desistimiento que cabe exigir en cada caso concreto, hay que recurrir al principio de prestación óptima. Es decir, la conducta de desistimiento exigida será aquella que no deje riesgo residual alguno. Por tanto, y manteniendo la correspondencia, afirma que, si en un caso la prestación óptima se corresponde con un mero dejar de actuar, la tentativa estará inacabada. Por el contrario, si la prestación más segura exige del autor el inicio de un curso salvador, la tentativa estará acabada²¹.

Pero otros autores van más allá y derechamente desechan la correspondencia entre grado de desarrollo de la tentativa y modalidad de desistimiento. Antoni Gili Pascual plantea que la distinción previa de tentativa inacabada y acabada, que atiende “a los estadios fácticos que atraviesa el devenir del hecho intentado”, que está contenida en el artículo 16.1 del Código Penal español, nada aporta acerca de la forma que debe revestir el desistimiento, ningún efecto dogmático tiene a este respecto. Para Gili, lo único relevante será un criterio valorativo que atienda al fundamento de la exención del desistimiento, esto es, que la conducta del desistente pueda valorarse como reconocimiento personal del derecho, lo que entiende, solo se consigue con el principio de la máxima seguridad en la salvación del bien jurídico²².

También Carmen Alastuey plantea la incorrección de tal vinculación, afirmando que es posible un desistimiento pasivo en la tentativa acabada, ejemplificando dicha posibilidad específicamente en los casos que interesan a la presente investigación. Para esta autora ambas distinciones (la relativa al grado de desarrollo de la tentativa y aquella que distingue las modalidades de desistimiento) se realizan desde distintas perspectivas. Para distinguir entre tentativa inacabada y acabada debe mirarse al proceso ejecutivo, si se realizaron todo o parte de los actos que debían producir el resultado, y ello debe analizarse en el momento de la realización de los actos ejecutivos. Por su parte, la determinación de si es posible un desistimiento responde a criterios político-criminales y, a su juicio, hay que observar la situación tras la realización de los actos ejecutivos: en

²¹ DAVID, Héctor Alejandro. *El desistimiento de la tentativa: repercusiones prácticas del fundamento y su impunidad*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 165-166.

²² GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado (...), op. cit., pp. 24-26.

caso de que siga siendo posible el resultado, en términos que éste depende de la actividad que pueda realizar el autor, cabrá desistimiento, ya sea abandonando la acción o llevando a cabo una conducta salvadora²³.

Precisamente dicha correspondencia es la que también se pondrá a prueba en el curso de esta investigación. Desde ya, cabe precisar que, en el contexto del derecho penal chileno, por tratarse la distinción entre tentativa propiamente tal y frustración una que viene dispuesta desde la legislación positiva, el criterio de distinción aplicable no puede venir influenciado por la respuesta a la pregunta sobre qué tipo de desistimiento cabría que operara (si pasivo o activo). Más bien, para corroborar o descartar la operatividad de la correspondencia hay establecer primero desde qué perspectiva cabe juzgar que se han realizado todos o solo alguno de los actos necesarios para la consumación y luego ver si es coincidente con el tipo de desistimiento que se estima es preciso que concurra en cada caso concreto.

2.2. Tentativa fracasada o fallida²⁴, y su vinculación con la negación de la posibilidad de desistir.

Para quienes defienden la utilización de este concepto, plantean que un presupuesto para poder hablar de desistimiento es que efectivamente el autor cuente con la posibilidad de que el delito pueda consumarse o, en términos más amplios, que su plan delictivo sea alcanzable, pues si no cree factible tal opción, no puede hablarse de una renuncia (o un “evitar”²⁵), sino más bien lo que hay ahí es un fracaso²⁶. Es decir,

²³ ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., pp. 20-21.

²⁴ En el derecho comparado también se utiliza el término “frustrada” para referirse a la tentativa fracasada, así Roxin titula este tema como “la tentativa frustrada” en su libro *Dogmática Penal y Política Criminal*. No obstante, se omitirá esta terminología en este trabajo a fin de evitar confusión con la noción de delito frustrado.

²⁵ El concepto de tentativa fracasada generalmente se utiliza para los casos de abandono o renuncia del hecho. Serrano, dando cuenta de este uso parcial, sostiene que las exigencias de coherencia obligan a aplicar el concepto de fracaso a todos los supuestos, y en caso de un impedir el resultado, debe distinguirse entre la evitación del delito y la del hecho pretendido. SERRANO González de Murillo, José Luis. Error sobre el objeto, tentativa fracasada y desistimiento. *Cuadernos de Política Criminal* (90): 2006. pp. 109-110.

²⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op cit, p. 605; el mismo, *La tentativa frustrada*, op. cit., p. 282; SERRANO González de Murillo, José Luis. Error sobre el objeto (...), op.cit, p. 107.

si el autor cree -correcta o erróneamente- que el resultado no se va a producir, no cabe lugar a un desistimiento. Por lo mismo la conocida fórmula de Frank para conceptualizar cuando un desistimiento sería involuntario “no puedo alcanzar el objetivo, aunque quiera”, no da cuenta tanto de lo que pretendía sino más bien define lo que es una tentativa fracasada²⁷.

La utilidad del concepto, así concebido, sería descartar la concurrencia de un desistimiento, sin que sea necesario entrar a considerar la concurrencia de sus requisitos, principalmente, si éste es voluntario o no (o también si ha existido una actividad impeditiva del resultado). Por lo mismo, se afirma que abogar por su reconocimiento como categoría independiente no sería solo una precisión terminológica, sino que permitiría resolver los casos con mayor claridad²⁸.

Pero en la doctrina no solo se discute la corrección del concepto²⁹, sino cuáles sean los casos que agrupa es algo sobre lo que también no existe consenso³⁰; sin

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op cit, p.618; el mismo, *La tentativa frustrada*, op cit., p. 287.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op cit., p. 625; el mismo. *La tentativa frustrada*, op cit., pp. 291-292; SERRANO González de Murillo, José Luis. *Error sobre el objeto (...)*, op. cit, p. 114. Por ejemplo, Muñoz Conde si bien utiliza el concepto de tentativa fracasada cuando argumenta a su respecto se refiere siempre a la falta de voluntariedad. MUÑOZ Conde, Francisco. op. cit., pp. 104 y sgtes.

²⁹ Los detractores no solo critican que se trata de un concepto que no está contenido en la legislación positiva y sobre el cual existe una diversidad de opiniones acerca de su acepción y alcance, sino que también estiman que es innecesario, ya que entienden que estos casos pueden ser solucionados correctamente utilizando los requisitos legales del desistimiento (eficacia y voluntariedad). Con un desarrollo detallado de las críticas, véase SERRANO González de Murillo, José Luis. *Error sobre el objeto (...)*, op.cit, pp. 107 y sgtes. MAURACH, Reinhart, op. cit., pp. 82 y sgtes.

³⁰ En un intento de sistematización Roxin, distingue tres constelaciones de casos en los que, a su juicio, cabe hablar de fracaso: a) en aquellos en que el cumplimiento del tipo es imposible, ya sea porque fallan los medios que tenía disponible, por ejemplo la pistola está descargada o la ganzúa se rompe; por incapacidad del autor, como sería si al momento de disponerse a jalar el gatillo el autor sufre un desmayo; por falta de objeto material, por ejemplo si no existe ningún objeto en la caja fuerte o si al momento del disparo la víctima sale arrancando; o por imposibilidad jurídica, como sería el caso si la víctima del hurto consiente en la entrega de la cosa. Estos serían los que se denominan fracaso en sentido propio, sobre los que no existe mayor discusión; b) la identidad del objeto de la acción no se corresponde al plan del hecho, son casos de error en la persona o en el objeto material, como sería si el sicario advierte que a quien apunta no es la persona que debía matar o cuando quien se disponía a sustraer un determinado cuadro de valor no lo hace porque se da cuenta que es falsificado; y c) el objeto del hecho no responde a las

embargo no es del caso entrar a este detalle, porque en lo que respecta a la presente investigación lo que interesa poner de manifiesto es que precisamente los casos de reiteración de la acción ejecutiva son englobados bajo el concepto de tentativa fracasada impropia³¹, por cuanto si bien existe la posibilidad de lograr la consumación, el o los anteriores intentos, individualmente considerados, no han producido el resultado. Así el concepto de tentativa fracasada se incardina en la discusión doctrinal respecto a los casos en estudios y por ejemplo Gili plantea que las diversas soluciones dadas por la doctrina a éstos lo que pretenden resolver es la ubicación del fracaso de la tentativa³² y Roxin señala que en estos casos de lo que se trata es de distinguir entre tentativa inacabada y tentativa fracasada³³.

expectativas del autor, principalmente aplicable tratándose de delitos patrimoniales y siempre que el plan del autor esté lo suficientemente delimitado en cuanto a la cantidad o género de lo que pretende sustraer o apropiarse. La inclusión de los dos últimos grupos de casos es mucho más dudosa, por cuanto si bien la ejecución del delito sigue siendo posible, no lo es en los precisos términos pretendidos por el autor. Roxin excluye aquellos supuestos en que las modalidades del hecho difieren de lo previsto por el autor, por ejemplo, en el caso del ladrón que se retira de la casa porque advierte que la casa se encuentra habitada, caso al que acude por ejemplo Muñoz Conde para ilustrar casos de tentativa fracasada, lo que da cuenta de la disparidad de criterios. ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op.cit., pp. 288 y sgtes. MUÑOZ Conde, Francisco. op. cit., pp. 103 y sgtes.

³¹ Así por ejemplo MUÑOZ Conde, Francisco. op. cit., p. 107; GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado (...), op. cit., p. 14; SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p. 140.

³² GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado (...), op. cit., p. 14.

³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* (...), op. cit., p. 652.

CAPITULO 3: Estado del debate doctrinal.

3.1. Doctrina comparada.

En la doctrina comparada esta problemática ha sido abordada con gran profundidad, dando lugar, en lo fundamental, a dos teorías que se enfrentan, la de la consideración individual y la consideración global, por cierto, con variados matices.

3.1.1. Teoría de la consideración individual.

3.1.1.1. Exposición de sus principales fundamentos.

Conforme a la teoría de la consideración individual, la ejecución de cualquier acto que pudiera conducir a la realización del resultado típico, sin ulterior intervención del autor, y que, en definitiva, no lo produce constituye una tentativa acabada³⁴. Aquí comienzan las diferencias entre los distintos autores.

Para algunos, en este supuesto, es decir, cuando se lleva a cabo una acción que se estima idónea para lograr la consumación y sin embargo ésta no tiene lugar, la tentativa además de acabada está fracasada, por lo mismo descartan la posibilidad tanto de un desistimiento pasivo como activo. Es decir, niegan el desistimiento tanto para quien errando en el tiro decide no realizar un segundo disparo como para aquel que, acertando en su víctima, pero no produciéndole la muerte, la traslada a un hospital,

³⁴ SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p. 148; ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., p. 40; PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p.218. ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op. cit., p.309.

evitando con ello su deceso³⁵. Otros, en cambio, solo niegan la posibilidad de desistir mediante una renuncia a seguir actuando, mas no un desistimiento activo³⁶.

Las distintas variantes no inciden directamente en los casos en estudio, que se han ejemplificado con el caso del autor que erró en el primer tiro, pero contando con más balas y pudiendo disparar contra su víctima, decide no hacerlo. Ambas variantes, niegan que la renuncia a seguir disparando pueda constituir un desistimiento liberador de pena respecto de aquellos intentos fracasados.

La teoría de la consideración individual, más allá de sus variantes, visualiza cada acción ejecutiva individualmente, no obstante que las distintas acciones puedan estar vinculadas entre sí, de ahí la denominación que adopta esta teoría, y pone el acento al inicio de la realización de ésta, esto es, la calificación de inacabada y acabada se efectúa en ese instante y no de manera ex post³⁷.

Uno de los argumentos que se esgrimen a su favor es que, en definitiva, el autor ya con su primer intento que, a la postre resultó fallido, pensó o se representó que era posible lograr la consumación. En otras palabras, el autor llevó las cosas demasiado lejos, dio paso a un curso causal que debería haber producido el resultado y que solo

³⁵ En este sentido Jakobs, quien, refiriéndose precisamente a estos casos, señala que “debe regir una estricta consideración individual, y ello significa que cualquier acto individual que desde la perspectiva del autor -partiendo de un juicio racional (es decir, de modo objetivamente imputable)- podría conllevar la realización del tipo sin que ello pudiera remediarse, pero no lo hace, debe ser valorado como tentativa fracasada que excluye, en lo que a ella se refiere, cualquier desistimiento. No puede desistir de lo que ha salido del propio dominio.”. JAKOBS, Günther. *La conducta de desistimiento*. (trad. Manuel Cancio Melía). En: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, 1ª edición, Madrid, Civitas, 2005, p. 562. También Sancinetti, quien derechamente postula que no es posible un desistimiento en caso de tentativa acabada y en este sentido señala que “toda vez que el autor asuma una arrogación definitiva posiblemente ya no más controlable, quedan solo dos posibilidades: o bien esta tentativa (acabada) produce el resultado, o bien no lo produce; en el primer caso, habrá consumación, en el segundo, un fracaso. Cualquiera de esas dos salidas no deja ningún espacio para el desistimiento (liberador de pena)”. SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa: a la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Santa Fé de Bogotá, Temis, 1995, p. 109.

³⁶ Para un detalle de las distintas variantes de los defensores de la teoría de la consideración individual, véase SANCINETTI, Marcelo. op. cit., pp.107-110.

³⁷ ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., pp. 38-39; SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p 154.

por azar no lo hizo, diferenciándose claramente de los casos que típicamente se califican de tentativa inacabada³⁸.

Otro argumento es que esta teoría, a diferencia de la posición contraria, no pone en mejor posición a aquel autor que se hace valer de distintos medios para lograr su objetivo y que, en definitiva, ataca con mayor intensidad, pues es indiferente si solo tenía una bala o si, pensando que existe la posibilidad de no poder acertar a su víctima a la primera, se premune de varias balas o de distintas armas para esos efectos³⁹.

Un importante defensor de esta teoría es Jakobs, en su variante más estricta, o si se quiere, menos proclive al desistimiento. Jakobs distingue entre modificación del hecho y conducta posterior al hecho. Postula que el autor de tentativa lo que declara con su conducta es que la norma no rige para él en esa situación y cuando el autor es separado de esa conducta “la contradicción a la norma se ha convertido en algo perteneciente al pasado, de modo que se excluye un desistimiento y sólo es ya posible un comportamiento post-delictivo”⁴⁰. Sostiene que ya no se trata de una modificación del hecho, sino de una conducta posterior cuando el autor “pierde aunque sólo sea una posibilidad de influir sobre el mundo futuro; pues entonces ya no se corresponden el mundo en el que tiene lugar la posibilidad perdida y el mundo de las potencialidades del autor”⁴¹. Por tanto “cada vez que el autor ejecuta una conducta en la suposición de que en virtud de ella concurre un riesgo irreversible y de magnitud relevante de realización del tipo, renuncia simultáneamente en esa medida a una influencia ulterior sobre el acontecimiento y declara por tanto como concluida su expresión de sentido. Las tomas de posición que se produzcan más tarde no son ya, en consecuencia, modificaciones

³⁸ SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p. 149; ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op. cit., p. 311 y el mismo, *Derecho Penal (...)*, op. cit., p.661. ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., p. 42.

³⁹ PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p. 219; SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p. 156; ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op. cit., p.310 y el mismo, *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 664.

⁴⁰ JAKOBS, Günther. *El desistimiento como modificación del hecho*. En su: Estudios de Derecho Penal (trad. Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio). Madrid, Civitas, 1997, p. 328.

⁴¹ Ibid.

del hecho, sino que se convierten en interpretación del pasado y por consiguiente en conducta general posterior al hecho⁴².

3.1.1.2. Primera objeción: Divide en forma arbitraria un actuar unitario.

Una de las críticas que se dirige en contra de la teoría de la consideración individual, específicamente en lo que respecta a la forma en que aprecia el suceso delictivo, es que divide un actuar unitario en varios actos independientes. El argumento reza así: si se está de acuerdo que la ejecución de varios disparos, el último de los cuales produce la muerte de la víctima, constituye un solo hecho homicida, o varios disparos contra la víctima sin que ninguno logre acertarle constituye una única tentativa acabada, no se ve cuál sea la razón por la que en esos casos se está dispuesto a una consideración global de las distintas acciones ejecutivas y no en el caso de quien errando en su intento decide no seguir actuando a pesar de contar con dicha posibilidad. Es decir, por qué en los primeros no se escinden y evalúan las distintas acciones ejecutivas y se observan varias tentativas acabadas en concurso con un delito consumado o varias tentativas acabadas, y sí se hace en los casos en estudio⁴³.

Como contrargumento a esta crítica, Jakobs señala que debe diferenciarse, por una parte, la interpretación jurídica objetiva de un suceso y, por otra, la opinión individual del autor, y en ese sentido puede ser que para este último sus distintas acciones constituya un solo cuadro, pero ello no impide que el Derecho, desde la perspectiva del tipo, puede determinar, ya con ciertos segmentos de ese cuadro, lo que constituye una tentativa⁴⁴.

Tiene razón Jakobs cuando plantea que, para la calificación jurídica, el Derecho puede solo considerar ciertos aspectos del proceso fenomenológico, aquellos que interesan para la respectiva subsunción de la conducta en el tipo penal. Pero lo cierto es

⁴² Ibid, pp. 331-332.

⁴³ ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op. cit., p. 309 y el mismo, *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 663; SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada(...)*, op.cit., pp. 150-151; MUÑOZ Conde, Francisco. op. cit, p. 109.

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *La conducta de desistimiento*, op. cit., pp. 562-563.

que, desde la otra vereda (esto es, desde la teoría de la consideración global), no se niega que en el primer intento haya una tentativa. En efecto, para que tenga lugar un desistimiento debe existir una tentativa, el desistimiento solo tiene lugar en aquellos casos en que se ha sobrepasado el límite de los actos preparatorios, realizando una conducta ejecutiva. De hecho, si el autor fuere impedido de realizar un segundo disparo, por ejemplo, porque es detenido por la policía, nadie niega que existe una tentativa (acabada o delito frustrado), en la medida en que, al momento de efectuar el (en definitiva: único) disparo, el autor se haya representado estar haciendo algo contextualmente suficiente para lograr la consumación. En este sentido, el contraargumento dado por Jakobs no resuelve la crítica que se formula en contra de la teoría que defiende.

Otros autores argumentan en contra de esta crítica (de que se dividiría arbitrariamente un acto unitario) que el concepto de hecho que se maneja en la doctrina en materia de concursos nada aporta a favor del desistimiento⁴⁵. En este sentido, Sancinetti señala que pueden estar en unidad de acción actos que individualmente realizan el tipo con un último acto desistido y dicho desistimiento no implicará la impunidad de los primeros, aunque se encuentren en unidad de acción⁴⁶. Efectivamente ello ocurrirá, por ejemplo, cuando quien con el propósito de dar muerte a otro lo golpea en la cabeza con un objeto contundente y sin embargo decide no proseguir con la ejecución de lo propuesto, en tanto será condenado por las lesiones que haya ocasionado a la víctima, mas no respecto de la tentativa de homicidio por venir en consideración un desistimiento. Pero el argumento de Sancinetti no es bueno, porque precisamente toma en consideración acciones que constituyen ya un delito consumado, en los que precisamente no cabe el desistimiento, el que solo está concebido respecto de las etapas ejecutivas imperfectas. Lo que sí podemos extraer del ejemplo es que la afirmación de una unidad de acción no es una condición suficiente para un desistimiento liberador de pena.

⁴⁵ SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p.150 [nota 23]; SANCINETTI, Marcelo. op. cit., p. 108 [nota 9].

⁴⁶ SANCINETTI, Marcelo. op. cit., p. 108 [nota 9].

También se contraargumenta en el sentido que la doctrina de la tentativa puede utilizar un concepto de hecho de acuerdo con sus propios fines distintos al que se maneja en la doctrina de los concursos⁴⁷. Pero como bien destaca Roxin si bien ello sería posible, la afirmación de la necesidad de elaborar conceptos distintos requiere una fundamentación adicional⁴⁸.

3.1.1.3. Segunda objeción: Tratamiento más perjudicial en comparación con casos de desistimiento activo.

Una segunda crítica que se dirige en contra de la teoría de la consideración individual es que la solución planteada supone un tratamiento perjudicial para el autor en comparación con aquellos casos en que, siguiendo con el ejemplo que se ha venido utilizando, con el primer disparo se hiere a la víctima (sin que se produzca su muerte). En efecto, en este último caso el autor, según la mayor parte de la doctrina, tendrá la posibilidad de alcanzar el desistimiento mediante una acción salvadora, por ejemplo, trasladando a la víctima al hospital donde, tras asistencia médica, sea puesta fuera de peligro de muerte. El problema es que en ambos casos el autor al ejecutar la acción habrá asumido que el resultado podría producirse, perdiendo el control sobre el riesgo creado con su comportamiento. En otras palabras, en los dos casos, el autor ha ido igual de lejos en su actuar, y si en uno ha herido a la víctima y en el otro no, también es una cuestión de azar. Más aún, desde la perspectiva de la víctima, el autor que logra hierirla la ha expuesto, efectivamente, a un peligro real. Por lo mismo, no se vislumbra por qué a este autor sí se le otorga la posibilidad de desistirse, mediante un actuar activo que impida el resultado, y no a quien solo decide no seguir actuando, pues nada tiene que evitar⁴⁹.

⁴⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 663; ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., p. 39 [nota 74].

⁴⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., pp. 663-664.

⁴⁹ SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., p.149; ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., pp. 42-43; PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p. 219; ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*, op. cit., p. 311 y el mismo, *Derecho Penal (...)*, op. cit., p.662.

Para salvar esta contradicción o incoherencia, Herzberg plantea que existiría una diferencia entre no seguir actuando y la realización de una conducta impeditiva del resultado. Esta última, a su juicio, da cuenta con mayor fuerza de un desistimiento, mientras que la mera renuncia es más débil y fácilmente afirmable, es decir, siempre podría alegarse que era posible haber utilizado otros medios de los que no se hizo uso⁵⁰. Como advierte Serrano González de Murillo al parecer el argumento es de orden probatorio y no de carácter dogmático, y por lo demás también sería posible concebir, agregando con ellos otros problemas de prueba, que un autor a objeto de hacerse acreedor de la exención por desistimiento, al haber fallado un primer disparo, decida generar un peligro de consumación, disparándole nuevamente hasta herirla, para poder llevar a cabo una conducta que impida el resultado, ya que la mera renuncia (en relación al primer disparo) no se lo permitiría⁵¹. En contra de este último argumento, Herzberg estima que es una objeción que no tiene sentido, por cuanto en ese segundo disparo, al haberse ya decidido que luego se llevará a cabo una conducta que impida el resultado, no existiría dolo de matar. Efectivamente no habrá dolo directo, pero sí hay dolo eventual, en efecto, si ese segundo disparo (realizado con el fin de crearse una posibilidad de desistimiento) produce la muerte se estaría en presencia un delito consumado⁵².

Para ser exactos, cabe señalar que la incoherencia que se le adjudica a los defensores de la teoría de la consideración individual de reconocer la posibilidad de desistimiento a quien hiere a la víctima, pero descartarla para quien yerra en el tiro, no es pertinente de cara a todos sus defensores. En efecto, los autores que, como Jakobs, entienden que en caso de realizarse una conducta que de manera irreversible podría producir el resultado y que, en definitiva, no lo produce, es una tentativa acabada

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 663; SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., p. 152.

⁵¹ SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., pp. 153-154. Sancinetti advierte que, no todos los partidarios de la teoría de la consideración individual, que aceptan la posibilidad de un desistimiento activo en caso de generarse un peligro de consumación, están de acuerdo que en caso de varios intentos en el que en el último se hiere a la víctima pero se evita su muerte mediante salvación se excluye la punibilidad de todos ellos, ya que existen dos posibilidades: ese desistimiento se extiende a los anteriores intentos fallidos (que denomina consideración individual impropia) o solo libera de pena respecto del intento que genero el peligro de consumación (que denomina consideración individual limitada). SANCINETTI, Marcelo. op. cit., pp. 107-110.

⁵² SANCINETTI, Marcelo. op. cit., p. 108 [nota 10].

fracasada y por lo mismo niegan lugar a cualquier tipo de desistimiento, no incurren en dicha contradicción⁵³. Respecto de aquellos, entonces, la crítica es que su solución contradice la legislación positiva, por cuanto tanto el Código Penal alemán como el Código Penal español contemplan la posibilidad de un desistimiento mediante un comportamiento impeditivo del resultado, por lo que no existe razón para descartar la posibilidad de desistimiento en estos casos⁵⁴. Lo mismo puede plantearse en términos de la legislación positiva nacional, e incluso con más fuerza, por cuanto el reconocimiento de la figura del desistimiento, la que se acepta por la doctrina y la jurisprudencia casi sin discusión, es precisamente construida a partir de la definición de delito frustrado (art. 7 inc. 2º) cuando se precisa que la consumación no se verifica por causas independientes de su voluntad (del autor).

3.1.1.4. Tercera objeción: Es contraria a los intereses de la víctima.

Finalmente, también se le ha criticado a la teoría de la consideración individual que reduce en demasía el ámbito del desistimiento en contra de los intereses de la víctima, por cuanto, en los casos que se ha visto, ésta todavía se encuentra a merced del autor y éste no tendrá ningún incentivo para no seguir disparando. Como señala Roxin, por el contrario, si el autor sabe que en caso de no seguir actuando igualmente será sancionado por su anterior intento fallido más incentivos tendrá para dar muerte a la víctima, en tanto aquello disminuiría las posibilidades de inculpación⁵⁵.

⁵³ Jakobs está claro que la tesis por él planteada restringe drásticamente las posibilidades de desistimiento en el caso de la tentativa acabada, pero a su juicio esta es la única solución factible bajo una interpretación del desistimiento como una figura interna a la tentativa. Los únicos casos en que acepta el desistimiento en la tentativa acabada son aquellos en que el autor “pueda revertir todavía de un modo planificado y seguro el camino que conduce hacia la realización del tipo” JAKOBS, Günther. *El desistimiento como (...)*, op. cit., p. 335. Sancinetti, quien aún es más drástico en su postura, ya que a su juicio no es posible el desistimiento en la tentativa acabada, señala que el único caso propuesto por Jakobs no es sino un caso de tentativa inacabada omisiva. SANCINETTI, Marcelo. op. cit., pp.72 y sgtes.

⁵⁴ Roxin, en el ámbito de la doctrina alemana, considera que negar posibilidad de desistimiento a quien revierte el peligro de consumación generado con su actuar contradice lo dispuesto en el 24. I del Código Penal alemán. ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 662; Para el caso español, Carmen Alastuey también considera que dicha postura es incompatible con el derecho español vigente. ALASTUEY Dobón, Carmen. op. cit., p. 45. Igualmente. SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., pp. 149-152.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 557; PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p. 219; SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada(...)*, op.cit., p. 153.

3.1.2. Teoría de la consideración global.

3.1.2.1. Exposición de sus principales fundamentos.

De acuerdo con la teoría de la consideración global, lo importante es la situación al momento de adoptar la decisión de desistimiento⁵⁶. Si en ese instante para el autor sigue siendo posible la consumación, a pesar de existir anteriores intentos fracasados, la tentativa estará inacabada y por lo tanto es admisible el desistimiento con un mero abstenerse de ejecutar las acciones que llevarían a la consumación. La decisión de no continuar con la ejecución del hecho constituye desistimiento en tanto exista una unidad de acción entre los anteriores intentos fallidos y el acto que el autor decide no realizar.

No hay mucha claridad respecto a qué se entienda por unidad de acción y se han utilizado diferentes expresiones para ello “fenómeno existencial unitario”, “unidad natural de acción”, “identidad jurídica de hecho”, entre otros⁵⁷. En general se exige que exista una estrecha relación espacio-temporal, que solo haya un aumento cuantitativo del injusto y que exista una situación motivadora unitaria⁵⁸. Estos criterios siguen adoleciendo de problemas en su concreción, pero como en general ocurre con conceptos indeterminados, quizás la solución pase por realizar el ejercicio de pensar que si en caso de que el autor hubiere efectivamente realizado la acción de la que se desiste, se está dispuesto o no a afirmar un solo hecho.

Un importante exponente de esta doctrina en el ámbito del derecho alemán es Roxin, para quien “mientras el autor pueda seguir actuando con perspectiva de éxito y sin aumento del riesgo que corre, conforme a las normas de la profesión criminal sería muy irrazonable (muy ilógico) echarse atrás; justamente por eso tales casos deben calificarse en su totalidad como tentativas inacabadas (...) La persona que en la concreta

⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op cit., p. 655; SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada(...), op.cit., p. 154.

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 655.

⁵⁸ SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada(...), op.cit., pp. 157-158.

situación del hecho es consciente de que le quedan posibilidades concretas de éxito y, sin embargo, renuncia a provocar el resultado ha manifestado objetivamente con ello que abandona el camino del crimen. Precisamente ese retorno a la legalidad prueba la menor energía criminal del autor que hace que sea superflua una sanción penal⁵⁹.

3.1.2.2. Primera objeción: Extiende en demasía el ámbito de aplicación del desistimiento.

Se le critica a la teoría de la consideración global que es excesivamente benevolente con el autor, que extiende demasiado el desistimiento, por cuanto ya con la primera acción podría haberse conseguido el resultado sin actuación ulterior de su parte y si no se produjo solo fue por azar. Efectivamente esto último es así, y no se puede desconocer, pero tampoco se puede hacer caso omiso de otra realidad del proceso fenomenológico y es que en estos casos, a diferencia de los supuestos de tentativa fracasada propia, el autor sí tiene la posibilidad de conseguir el resultado y el decidir no seguir adelante con las acciones que lo llevarían a ello, demuestra una voluntad contraria a la manifestada con sus intentos fallidos, un comportamiento que como tal manifiesta conformidad con el derecho⁶⁰. Podría contraargumentarse que su situación no es la misma respecto de quien no ha incurrido en una conducta contraria a derecho, el autor que decide no seguir actuando después de anteriores intentos fallidos ya manifestó con éstos que el derecho no regía para él, por lo que no merecería un trato similar. Pero ese argumento puede también aplicarse respecto del desistimiento en los casos paradigmáticos de tentativa inacabada y los de tentativa acabada. Cada vez que se reconoce un desistimiento voluntario el autor es eximido de pena (no de los delitos que alcanzaron la consumación), por lo tanto, el punto ataca más bien al efecto de la figura misma del desistimiento, esto es, que pueda liberar de pena al autor.

⁵⁹ ROXIN, Claus. *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*. En su: Problemas básicos del Derecho Penal (trad. Diego-Manuel Luzón Peña). Madrid, Reus, 1976, p. 265.

⁶⁰ En el mismo sentido Muñoz Conde, quien criticando la teoría de la consideración individual afirma que ésta “olvida algo que es esencial en la tentativa fracasada impropia: la posibilidad de seguir actuando. En tanto que exista esa posibilidad el sujeto no ha practicado todos los actos de ejecución necesarios para producir el resultado y la producción de éste depende todavía de su voluntad”. MUÑOZ Conde, Francisco. op. cit., p. 109.

Respecto de la incidencia del azar en la posibilidad de desistimiento, como se ha dicho, ello es así, pero el azar siempre tiene incidencia, es imposible excluirlo del todo. En efecto, puede ser que se dispare a dos personas con la misma arma y a la misma distancia y una resulta muerta y otra no, en un caso habría tentativa punible y en el otro un delito consumado; o respecto de dos personas que han sido envenenadas con la misma sustancia y en la que ambos casos los autores por arrepentimiento le den en la misma oportunidad el antídoto, en un caso la conducta que pretende evitar el resultado en un caso sea exitosa y en el otro no, así un autor estará eximido de la pena y en otro no. O pensemos en el caso de dos autores que con el ánimo de hurtar introducen su mano en el bolsillo de la persona que está a su lado y en un caso uno no encuentra ninguna especie y en otro sí, el primero será condenado por esa tentativa no teniendo posibilidad de desistimiento por cuanto se encontraría fracasada, pero el segundo eventualmente pudiera arrepentirse de su intento y en definitiva no sustraer lo que la víctima tenía en su bolsillo, en ese caso, afirmándose la voluntariedad el autor sería eximido de pena. Por lo mismo muchas veces es el azar el que define la posibilidad de desistimiento, pero ello no fundamenta que se niegue tal posibilidad, porque lo relevante es si la situación permite que el autor aun pueda volver a la senda del Derecho y lograr con su actuar, ya sea pasivo u activo, que la consumación no se produzca⁶¹.

3.1.2.3. Segunda objeción: Privilegio al autor más calculador.

También se le critica a la teoría de la consideración global que privilegia al autor más calculador, es decir, al que planifica su actuar con mayor detalle y considerando la posibilidad de un fracasado se provee de distintos medios para alcanzar su propósito⁶². La plausibilidad de este argumento ha sido desvirtuada incluso por los propios autores de la teoría de la consideración individual, así por ejemplo Jakobs, para quien el favorecimiento al autor que está más fuertemente armado tiene fundamento, toda vez “quien tiene capacidad para continuar o repetir una acción puede demostrar con su

⁶¹ SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., p. 160.

⁶² Ibid, p. 156. ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit. p. 664; PÉREZ Ferrer, Fátima. op. cit., p. 223.

conducta un cambio de sentido, lo que ya no es posible a quien ha llegado al fin de sus fuerzas”⁶³.

3.1.2.4. Tercera objeción: Siempre puede alegarse una posibilidad no utilizada.

Igualmente, se le reprocha a esta teoría que siempre será factible alegar la existencia de una posibilidad no utilizada y por lo tanto la exención de pena dependerá de la habilidad de las alegaciones de la defensa⁶⁴. Este argumento, como ya se ha expuesto, es más bien de orden probatorio o si se quiere de las dificultades en la aplicación práctica. Sin embargo, ello no exime de la necesidad de establecer ciertos criterios para evitar las dificultades que se pueden enfrentar al momento de su concreción al caso particular. En este sentido, se ha señalado que no basta que objetivamente exista una posibilidad de seguir actuando, sino que el autor debe haber advertido dicha posibilidad y decida no utilizarla. En general, tratándose de los mismos medios no existe mayor discusión, es decir, seguir disparando, darle el mismo veneno, etc. El problema es en relación a la utilización de otros medios. A este respecto se plantean ciertas limitaciones como por ejemplo que los medios sean similares o que no difieran sustancialmente entre sí o que no sean mucho más arriesgados o inapropiados para el propósito pretendido⁶⁵.

3.1.2.5. Cuarta objeción: Transforma una tentativa acabada en inacabada.

En otra línea se le objeta a la teoría de la consideración global que lo que hace es transformar una tentativa acabada en una inacabada⁶⁶. Esta objeción se debilita si se

⁶³JAKOBS, Günther. *El desistimiento como (...)*, op. cit., p. 343.

⁶⁴ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p. 660; SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada (...)*, op.cit., p. 156.

⁶⁵Para ver las distintas limitaciones que se han propuesto al respecto, se puede ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., pp. 656 y 664-665.

⁶⁶SERRANO González de Murillo, José Luis. *¿Tentativa fracasada(...)*, op.cit., p. 157. Roxin, importante exponente de la teoría de la consideración global, da pie a esta crítica, pues justamente al tratar la delimitación entre tentativa inacabada y acabada y haciendo mención a un caso en que el autor tras el último acto ejecutivo pensó que la producción del resultado era segura, pero después advirtió su error y no obstante se detuvo a pesar de la posibilidad de lograr la consumación, señala que en ese caso tiene lugar una regresión desde una tentativa acabada hacia una tentativa inacabada. ROXIN, Claus. *Derecho Penal (...)*, op. cit., p.648.

tiene presente que para la delimitación entre ambas formas de tentativa lo que interesa es una perspectiva ex post, por lo tanto, solo al finalizar el actuar del autor podemos definir si hizo o no todo lo necesario para que el delito se consumara, y no interesa una perspectiva ex ante, es decir, al momento de realizar la acción. Desde ya cabe plantear que parece más adecuada una perspectiva ex post ya que si atendemos al momento de la realización tendríamos que calificar de tentativa acabada una actuación que ex post puede realizar el tipo de delito respectivo, es decir, que está consumada. Además, el propio criterio de grado de ejecución de la acción ejecutiva invita a mirar el punto final de la actuación.

3.1.2.6. Quinta objeción: Otorga trato más favorable a autor que actúa con dolo directo.

Finalmente, se argumenta en contra de la teoría de la consideración global que trata en forma más favorable a los autores que actúan con dolo directo en desmedro de quienes lo hacen solo con dolo eventual, por cuanto este último no tendrá ningún motivo para hacer uso de las posibilidades subsistentes si ya ha obtenido el objetivo extratípico que pretendía con su actuar⁶⁷. Así el autor que escapando de sus captores dispara contra ellos para asegurar su huida y éstos ante los disparos deciden no continuar con la persecución, lo cierto es que en ese escenario el autor no tendrá ningún motivo para seguir disparando. Pero como apunta Jakobs, esto también es aplicable en casos paradigmáticos de tentativa inacabada. Pensemos que en el mismo ejemplo el autor solo apunta a sus captores, con la decisión de disparar si éstos se le acercan, los que por miedo disuaden de intentar darle alcance, ahí también el autor no tendrá motivación alguna para disparar. Más allá de la solución que se quiera dar para resolver este problema, me parece que más bien se trata de la delimitación del requisito de voluntariedad, que una objeción que cabe hacer a la teoría de la consideración global.

⁶⁷ SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada (...), op.cit., p. 164.

3.2. Doctrina nacional

En el caso de la doctrina nacional, se han pronunciado expresamente sobre el tema Cury y Garrido, sosteniendo ambos una postura a favor de reconocer en los casos en estudio un desistimiento con eficacia excluyente de la punibilidad.

Cury⁶⁸ plantea que en aquellos casos en que el autor, explícita o implícitamente, contempla la posibilidad de realización de varias acciones ejecutivas, cada una de ellas con potencial por sí sola de causar el resultado típico, el que se han llevado a cabo uno o varias de aquellas acciones sin éxito, no significa que se trate de un delito frustrado, aunque en apariencia con cada una de las acciones individualmente consideradas pudiera entenderse que el autor hizo todo lo necesario para que el delito se consumara. La solución correcta, sostiene, pasa por apreciar el hecho en su conjunto, por lo tanto, si en la situación concreta, de acuerdo a los conocimientos del autor, todavía sigue siendo posible el resultado, reiterando o repitiendo la acción, se está ante una tentativa propiamente tal (tentativa inacabada), ya que el autor no ha hecho todo lo que, según su representación, le era posible a fin de obtener el resultado. La interrupción de la ejecución, en ese contexto, constituirá desistimiento si dicha paralización es voluntaria⁶⁹.

⁶⁸ Cury trata esta problemática a propósito de la distinción entre tentativa propiamente tal y delito frustrado (a cuyo respecto propugna la adopción de un criterio subjetivo), por cuanto asume una vinculación estricta entre estas figuras y la modalidad del desistimiento, entendiendo que la mera abstención solo funge como tal en caso que se trate de tentativa propiamente tal (tentativa inacabada) y no en caso de delito frustrado (tentativa acabada). Metodológicamente hablando primero resuelve si en estos casos el autor puso de su parte todo lo necesario para que el delito se consumara o no, y de esa conclusión deriva, conforme a la correspondencia con la modalidad de desistimiento, si éste puede tener lugar. CURY, Enrique. *Tentativa (...)*, op. cit., pp. 117 y 129.

⁶⁹ Ibid, pp.85-86 y 119. Cabe señalar que en la exigencia de que implícita o explícitamente el autor haya considerado la posibilidad de la realización de varias acciones ejecutivas, como asimismo a la reiterada referencia del plan del autor a que hace alusión Cury en su libro al tratar este tema, pareciera que adopta una posición que mira a la representación que tenía el autor al comienzo de la ejecución; sin embargo más adelante en su libro, el propio Cury, haciéndose cargo de la objeción de que recurrir a la representación del autor privilegiaría a aquél especialmente peligroso que ha calculado por anticipado todas las modalidades de actuación posible, la que estima acertada, sostiene que “lo más adecuado [es] referir la decisión a la situación objetiva y al conocimiento que tiene de ella el autor. Si las cosas se presentan de tal manera que el sujeto podía realmente, con arreglo a una “prognosis póstuma”, insistir en su propósito, habrá una tentativa y, en consecuencia, la posibilidad de desistimiento”.

En apoyo a su posición, Cury señala que esta solución capta mejor “la realidad psicológica de la situación” y que si se estimara que se trata de un delito frustrado no cabría la impunidad por desistimiento, por cuanto no hay nada que evitar ya que es seguro que el resultado no se producirá, y, a su juicio, si no fuera porque el código chileno sanciona en forma diferente la tentativa propiamente tal y el delito frustrado, se aceptaría que en estos casos el no continuar con la ejecución es suficiente para otorgar la impunidad. Agrega que, además, se estaría tratando al autor de manera más desfavorable respecto del que ejecutando la o las mismas acciones logra acertar a la víctima, pues éste, a diferencia de aquél, no tiene cerrada la posibilidad del desistimiento, en tanto puede llevar a cabo una conducta salvadora que evite el resultado⁷⁰.

Garrido concuerda con dicha solución, indicando que “el propósito delictivo debe ser apreciado en su conjunto, como una globalidad. Si el delincuente no lo dividió, tampoco debe hacerlo el juez”⁷¹; no obstante, al parecer, solo lo aplica en caso de que el autor haya planeado hacer uso de varias acciones idénticas o alternativas para alcanzar su objetivo delictivo, en caso de fallar⁷².

⁷⁰ Ibid, pp.86-87.

⁷¹ GARRIDO Montt, Mario. op. cit., p.190.

⁷² En efecto señala que “...si según esa estrategia [recurrir al plan del autor] el resultado al que aspiraba sería alcanzado mediante una reiteración de acciones análogas o la ejecución de acciones alternativas, tratándose de eventos respecto de los cuales el agente estaba inseguro de lograr la consumación con una actividad única, aunque cada una de esas acciones pudiera tener el carácter de consumativa, la interrupción del íntegro cumplimiento del plan antes de lograr el resultado típico, importa desistimiento de tentativa [propiamente tal] y no de delito frustrado”. Igual Garrido confunde la problemática al poner luego como ejemplo, de utilización de otros medios alternativos, el del autor que con dolo de sustraer se le rompe la ganzúa al intentar abrir la caja fuerte y no utiliza los explosivos que tenía pensado usar, pues en ese caso nadie duda que se trata de una tentativa (no se ha hecho todo lo suficiente para la sustracción) y no de un delito frustrado en los términos del artículo 7 inciso 2° del Código Penal Chile; la discusión ahí es si la tentativa está fallida o frustrada en los términos que la utiliza la doctrina comparada. Ibid, pp.189-190.

CAPÍTULO 4: Tentativa y desistimiento en la dogmática de la construcción del delito

Tras haber revisado en los capítulos anteriores, la tipología de casos que motiva la presente investigación, los conceptos y distinciones legales y doctrinales que se vinculan a éstos y el estado de la discusión doctrinal, procede analizar si una reconstrucción del delito y, consecuentemente, de la tentativa y del desistimiento pueden aportar elementos para optar entre las dos tesis que se enfrentan, la de consideración individual y de la consideración global.

4.1. La reconstrucción analítica del delito.

Para estos efectos se partirá de la base de una conceptualización de delito como quebrantamiento imputable de una norma de comportamiento⁷³. Esta reconstrucción del delito resulta de la distinción y conjugación, por una parte, de normas de sanción y de comportamiento, y por otra, de reglas de imputación.

Las normas de sanción son aquellas expresadas en la parte especial del Código Penal y que están construidas de forma condicional, es decir, por un supuesto de hecho a partir del cual se establece una consecuencia, la pena. Así por ejemplo la norma establecida en el artículo 391 N° 1 del Código Penal, que sanciona el homicidio establece: “El que mate a otro (...) será penado con (...)”. Como se puede advertir el delito, por cierto, no contradice la norma de sanción, por el contrario, satisface su

⁷³ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 24 (1), p.92. El autor hace una distinción entre las nociones de delito y hecho punible, y sostiene que este último se corresponde con “aquel delito que además satisface aquellas condiciones ulteriores de las cuales puede depender, específicamente, su merecimiento y necesidad de pena, por referencia a variables delictivas (por ejemplo, la eventual clausura de la punibilidad de la imprudencia) o bien extradelictivas (por ejemplo, el reconocimiento de alguna excusa legal absolutoria)”.

supuesto de hecho⁷⁴. El delito consiste en el quebrantamiento de la norma de comportamiento que subyace y se deja inferir de la norma de sanción, que, en el caso de la tipificación del homicidio, se corresponde con la prohibición de dar muerte a otro. Es decir, el quebrantamiento de la norma de comportamiento, que coincide con la realización del supuesto de hecho de la norma de sanción, es el antecedente para la imposición de la consecuencia jurídica que en ésta se contempla. Por lo mismo, el fin de la norma de sanción no se relaciona directamente con la protección de bienes jurídicos, sino que, con la vigencia de la norma de comportamiento, cuyo quebrantamiento castiga con una pena⁷⁵.

Las normas de comportamiento, en su función prospectiva, van dirigida a sus destinatarios en términos de definir aquello que está prohibido (normas de prohibición), indicándoles que es lo que deben omitir, o aquello que está mandado (normas de requerimiento), indicándoles que es lo que deben hacer⁷⁶. En este sentido, las normas de comportamiento constituyen razones para omisión o ejecución de una acción, respectivamente⁷⁷.

⁷⁴ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación como categoría del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* (12), pp. 171-712.

⁷⁵ “El aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento constituye la finalidad de la norma de sanción. En efecto, la norma es válida fácticamente cuando resulta reconocida con eficacia para la acción. Por tanto, cada “contradicción de la norma” de comportamiento constituye *eo ipso* un menoscabo a su eficacia y, en consecuencia, un menoscabo de su función como pauta directriz obligatoria de interacciones jurídicas”. DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa: fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica*. Tesis (Doctor en Derecho). Argentina, Universidad Austral, 2014, pp. 196-199.

⁷⁶ Como señala Hruschka, “las reglas de comportamiento poseen en la prospectiva una función de configuración. Su cometido reside, pues en influir y en conformar la vida”, ejemplificándolas como “no debes matar”, “no debes robar”. Pero también “poseen, en la retrospectiva (...) una función de baremo de medición”, llamando la atención de que “tanto más ha de distinguirse entre la función configurativa y la de baremo de medición de las reglas de comportamiento, tanto más no conviene olvidar que ambas funciones forman un conjunto. Son como dos caras de una y la misma moneda; sin duda distintas, y, a pesar de ello, una unidad”. HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación [en línea] Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Septiembre-Diciembre 1994, Tomo XLVII, Fascículo III <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/hruschka%20joachim.pdf > [consulta: 20 enero 2016], p. 344-345.

⁷⁷ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., p. 173. En el mismo sentido, DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa* (...), op. cit., p. 215. Ambos autores destacan que las normas de comportamiento son razones excluyentes para la acción, esto es, “son razones de primer orden para la omisión o la ejecución de una acción y, a la vez, son razones de segundo

La constatación de la realización de un comportamiento que exhiba los caracteres distintivos de aquello que está prohibido (o la no realización de aquello que está mandado), lo que solo podrá verificarse de manera ex post, a través de la labor de subsunción del comportamiento en cuestión bajo la descripción de alguna de las normas de comportamiento, permite afirmar la antinormatividad (objetiva) del hecho que es objeto de la imputación.

La constatación anterior no resulta suficiente para la imposición de la consecuencia jurídico penal contemplada en la norma de sanción, sino que se requiere poder atribuir la conducta (objetivamente) antinormativa al autor como un hecho suyo e interpretarla como expresión de un deficitario reconocimiento de la norma como razón para la acción, pues solo en tal caso se pone en entredicho la validez de la norma como pauta de comportamiento vinculante.

Tales atribuciones de sentido se realizan a través de las reglas de imputación⁷⁸, distinguiéndose dos niveles. Si bien esta operación de atribución tendrá lugar a posterior, el punto de vista relevante, a diferencia de aquél utilizado en la determinación de la antinormatividad de la conducta, será uno ex ante, es decir, en la oportunidad para la acción (u omisión), lo que se revela claro si se tiene en cuenta que dicho proceso de imputación dice relación con la comprobación de presupuestos de capacidad del autor al momento de no omitir realizar o no ejecutar la acción que la norma prohibía o mandataba, respectivamente.

orden que excluyen eventuales razones conflictivas en favor de la omisión o ejecución de esa misma acción”.

⁷⁸ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., p. 174, quien destaca que “las condiciones bajo las cuales a alguien puede imputarse un comportamiento como contradicción de una norma no pueden estar enunciadas en la propia norma quebrantada”, por lo mismo, la norma de comportamiento no puede dar directrices respecto de cuando cabe entender que una conducta constituye una contravención a ella, esa es la función que cumplen las reglas de imputación, éstas definen los presupuestos bajo los cuales es posible permiten afirmar que el comportamiento antinormativo, objeto de la imputación, es expresivo de una contradicción a la norma. En el mismo sentido, DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa (...)*, op. cit., p. 245

En un primer nivel de imputación, cabe verificar si el agente tenía capacidad de acción, esto es, la capacidad personal de evitar intencionalmente la conducta antinormativa, tanto en términos físicos como cognitivos⁷⁹. La exigencia de capacidad física hace que se descarten como constitutivos de una infracción personal aquellas conductas que corresponden a movimientos reflejos o casos de vis absoluta. Por su parte, la capacidad cognitiva supone que el autor se representó, en la oportunidad relevante para la acción, que la conducta realizada y que debía omitir o que omitió, debiendo haberla realizado, exhibía los caracteres de aquella prohibida o requerida, esto es, que pueda imputarse a dolo del autor⁸⁰. La concurrencia de los presupuestos de este primer nivel de imputación permite afirmar que el autor incurrió en una infracción del deber que le era exigido por la norma de comportamiento en cuestión, quedando así construido lo que se denominada el injusto personal de acción⁸¹.

En el segundo nivel de imputación, relativo a la imputación del injusto a la culpabilidad, cabe verificar si el agente tenía la capacidad para motivarse conforme a la norma. Dicha capacidad, presupuesta, no podrá ser afirmada, cuando, por una parte, el autor no haya podido motivarse conforme a ella, lo que ocurre en caso de error de prohibición o de inimputabilidad por enfermedad mental o por edad, conocidas como causas de inculpabilidad o exclusión de la culpabilidad, y, por otra, en aquellos casos en que, si bien es factible la motivación, el seguimiento de la norma no resulta jurídicamente exigible atendida las especiales circunstancias concurrentes, lo que se denominan causas de exculpación⁸².

⁷⁹ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., p.180; DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa* (...), op. cit., pp. 264-265.

⁸⁰ Esta conceptualización del dolo supone una toma de posición en contra de aquellas posiciones, mayoritarias en la doctrina y jurisprudencia nacional, que exigen para la configuración del dolo un elemento volitivo, lo que se ha denominado el "querer". En este sentido, se asume en esta tesis una noción cognitivista.

⁸¹ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., p.180.

⁸² Cabe tener presente que en ambos niveles es posible una imputación de carácter extraordinaria, cuando la falta de algún presupuesto sea posible atribuir a la propia responsabilidad del autor. Así en el primer nivel, será posible aun afirmar una infracción de deber en caso de ausencia de dolo, cuando dicha falta de representación o conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes pueda ser atribuido a culpa del agente; por su parte, en el segundo nivel, cuando el error de prohibición en que haya incurrido el autor era vencible. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., pp.180-181; HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación (...), op. cit., pp. 352.

La satisfacción de los presupuestos de ambos niveles permite interpretar el comportamiento como expresivo de una falta personal de reconocimiento de la norma como razón para la acción.

4.2. Tentativa de delito como quebrantamiento imperfecto de la norma de comportamiento.

Si se siguiera la reconstrucción del delito recién planteada respecto de una instancia de comportamiento constitutiva de tentativa de delito, piénsese por ejemplo del autor que dispara a otro sin lograr acertarle, el primer obstáculo con el que tropezaría el operador jurídico sería precisamente que la conducta constitutiva de tentativa antes descrita no resulta subsumible en la descripción típica del homicidio. En efecto, el disparo efectuado no produjo la muerte de un otro. De ahí también que si no existiera la regla del artículo 7 del Código Penal dicha conducta resultaría impune bajo el tipo de homicidio. Es decir, a diferencia del delito consumado, la conducta de tentativa no resulta (objetivamente) antinormativa, en tanto no comparte los caracteres que definen el comportamiento del correspondiente tipo delictivo.

No obstante esta falta de antinormatividad (objetiva), es posible reconstruir la conducta de tentativa como una contradicción a la norma, si ésta es expresiva de una falta de reconocimiento de aquella como razón eficaz para su acción, y lo será si el autor se representó, en la oportunidad relevante para la acción, que su comportamiento ejemplificaría a posteriori los caracteres de aquello prohibido (o no lo haría respecto de aquello mandado), pues dicha representación debería necesariamente haberlo llevado a omitir (o haber ejecutado) dicha acción, si hubiere tenido la norma como razón para su acción.

Esa es la marca característica o distintiva de la tentativa en relación con el delito consumado, esto es, ella se muestra deficitaria respecto del quebrantamiento de la norma que supone el delito consumado, en donde, precisamente es posible reconocer antinormatividad e infracción de deber. En la tentativa solo será posible afirmar la

infracción de deber⁸³. Desde otra perspectiva, en el delito consumado hay una completa congruencia entre aquello que declara el sujeto con su actuar y aquello que tiene lugar en el mundo, lo que no ocurre en la tentativa en cuanto si bien con su actuar el agente declara que la norma no rige para él, ello no se materializa en el mundo en tanto no tiene lugar aquello prohibido o mandado por la norma⁸⁴.

Lo anterior también permite clarificar la idea de que el concepto de tentativa viene a ser solo un concepto secundario o derivado respecto del concepto de delito consumado, que es lógicamente primario en relación con aquella. Así, sería lógicamente inadecuado definir el delito consumado como una tentativa exitosa e, igualmente contradictorio, señalar que alguien ha hecho algo sin éxito, más bien se dirá que intentó hacer ese algo⁸⁵.

Tal conceptualización supone descartar la plausibilidad de aquellas teorías que postulan que el quebrantamiento perfecto de la norma de comportamiento se

⁸³ Los predicados de antinormatividad e infracción de deber se pueden conjugar de distinta manera: pueden ambos concurrir, como en el caso del delito consumado; ambos pueden faltar, lo que no resulta de interés jurídico penal; puede solo configurarse antinormatividad más no infracción de deber, como ocurre en los casos de error de tipo en los que no cabe una imputación extraordinaria; y viceversa, como es el caso de la tentativa. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación (...), op. cit., pp.182-183. También, DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa* (...), op. cit., pp. 274-276. En los dos últimos, la falta de congruencia entre ambos predicados se debe precisamente al error en que incurre el agente, en el primero cree erróneamente que las circunstancias fácticas no son constitutivas del tipo en cuestión, por ejemplo, cuando cree que lo que está detrás del árbol es un espantapájaros y no un ser humano, a quien finalmente le da muerte; y en el segundo, se basa en la errónea creencia que su actuar ejemplificará ex post el contenido proposicional de la prohibición o no lo ejemplificará en caso de un mandato.

⁸⁴ “La manera performativamente perfecta de no reconocer la prohibición de matar a otro ser humano como razón vinculante es ejecutar –y así: no omitir– una acción que en efecto llega a ser verdaderamente descriptible como consistente en matar a otro ser humano. Pues de esto depende que la configuración objetiva de la instancia de comportamiento en cuestión sea perfectamente congruente con el valor declarativo al cual está asociada su específica significación criminal (...) Semejante perfecta congruencia performativa es justamente lo que no es predicable de una instancia de comportamiento criminalmente significativa cuando ella es constitutiva de una tentativa de delito. Pues la esencia de un delito tentado yace en el hecho de que la instancia de comportamiento en cuestión no ejemplifica las propiedades fundantes de la antinormatividad que es definitoria del correspondiente género de delito”. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible (...), p. 477.

⁸⁵ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible (...), p. 478-483. También, DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa* (...), op. cit., pp. 283-286.

corresponde con la tentativa acabada, sobre la base argumental de que la norma de comportamiento solo puede prohibir o mandar aquello que está dentro de la esfera del control del agente, esto es, solo la realización de una acción y no la producción de un resultado, el que dependerá finalmente del azar⁸⁶. El error que afecta a dicho razonamiento es que confunde la función prospectiva de la norma de comportamiento, en tanto directiva de conducta dirigida a sus destinatarios, que en ese sentido solo prohíbe o manda la realización de un cierto tipo de acción, con su contenido. En efecto, el contenido de una norma es uno y no está definido ni mediado por la función que ésta cumple, en este sentido una forma de comportamiento se encuentra prohibida o requerida de manera objetiva y atemporal⁸⁷, no ex ante ni ex post; el que desde una perspectiva ex ante sirva para que el agente pueda reconocer aquello que debe omitir o ejecutar y que, desde una perspectiva ex post, permita verificar la antinormatividad objetiva de la conducta, no desvirtúa ni modifica su contenido, que en el caso de un delito de resultado se corresponde precisamente con una modificación del estado de cosas existente, consistente en la producción del resultado.

4.3. Desistimiento como reconocimiento tardío, pero toda posible, de la norma de comportamiento.

Para entender cómo se deja describir el desistimiento bajo las premisas ya conceptualizadas hay que tener en cuenta que el efecto práctico del desistimiento es el de eximir de pena al autor, lo que solo tiene lugar en caso de tentativa. Por lo mismo, de producirse de todas formas la consumación, el acto de desistimiento en ningún caso podrá eximir de pena al autor, aunque eventualmente puede configurarse una atenuante de responsabilidad⁸⁸

⁸⁶ En este sentido, se aboga por la igualdad punitiva entre la tentativa acabada y el delito consumado. El derecho positivo chileno, que contempla una rebaja punitiva obligatoria en el caso de los grados de ejecución imperfectos del delito con relación al delito consumado (un grado para el caso del delito frustrado y dos grados para la tentativa propiamente tal) habla en contra de una defensa a dicha formulación.

⁸⁷ MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible (...), p. 464.

⁸⁸ En el caso chileno, la del numeral 7 del artículo 11 del Código Penal, esto es, procurar la reparación celosa del mal causado.

Lo anterior da luces en cuanto a que la figura del desistimiento se encuentra necesariamente vinculada con la de la tentativa. De ahí que para desentrañar qué debe entenderse por desistimiento se requiere partir de la base de qué se entiende por tentativa. En otras palabras, si el efecto excluyente de la punibilidad que tiene el desistimiento solo es posible en la tentativa, el fundamento de la punición de esta última debe tomarse en consideración para explicar la exención de pena resultante del desistimiento⁸⁹.

De acuerdo a lo expuesto en el acápite anterior, la conducta constitutiva de tentativa se corresponde con una infracción de deber; a través de la imputación de un comportamiento como tentativa, al autor se no haber tenido la norma de comportamiento como razón para su acción, esto es, no haber evitado la realización de aquella conducta que si hubiere tenido la norma de comportamiento como razón para su acción debería necesariamente haber evitado. Lo que justifica su punición, más allá de la disputa entre teorías objetivas y subjetivas respecto del fundamento de la punibilidad de la tentativa, es que con aquella conducta el autor expresa que para él no rige la respectiva norma de comportamiento, es decir, con su actuar pone en entredicho la vigencia de ésta.

Con ello, el desistimiento, como contrapartida, debe dejarse describir como un reconocimiento tardío, pero todavía posible, de la norma de comportamiento, que hace innecesario, entonces, el restablecimiento de la vigencia del derecho a través de la imposición de la pena, pues la acción de desistimiento cumple dicho cometido. En este sentido, el desistimiento vendría a cumplir la misma función de la pena, es decir, actúa como un subrogado de ésta, en tanto con el acto de desistimiento el autor expresa que la norma de comportamiento respectiva es una pauta válida.

⁸⁹ En este sentido, Jakobs advierte que “cualquier reflexión sobre el desistimiento requiere dejar bien sentado previamente cuál es el fundamento de la pena de la tentativa”. JAKOBS, Günther. *El desistimiento como* (...), op. cit., p. 325. En igual sentido, Alcácer, quien señala que “para saber cuál es la razón por la que la acción de desistimiento hace innecesaria la pena de la tentativa lo primero que debemos saber es cuál es el fundamento de la punición de la tentativa”. ALCÁCER Guirao, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba?* (...), op. cit., pp. 52-53.

En tal sentido Alcácer señala que “(...) siendo ése [reinstaurar la vigencia de la norma menoscabada] el fundamento de la necesidad de pena de la tentativa, lo que caracteriza al desistimiento es precisamente que opera *de igual modo que lo haría la pena*: con la acción de revocación y la salvación *segura* del bien jurídico, el autor manifiesta que la norma sigue siendo una pauta correcta y obligatoria de conducta y devuelve a Alter la confianza en que la norma será respetada (...) así no se precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de la norma negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, niega la negación anterior, reafirmando él mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función”⁹⁰.

En el mismo sentido David, quien postula que “el fundamento de la impunidad del desistimiento consiste en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, porque el desistimiento suprime el fundamento de la punibilidad de la tentativa”, que no es otro que “la necesidad de restablecer la vigencia de la norma menoscabada” por la infracción de deber culpable que constituye la tentativa y la pena “reafirma comunicativamente la vigencia de la expectativa de conducta como pauta vinculante, a pesar de su defraudación y de manera contrafáctica (...) Con la acción de desistimiento como rectificación del déficit de reconocimiento de la norma -y al expresar que, en última instancia, la quiere seguir-, el sujeto manifiesta que se puede continuar confiando en ella como pauta de conducta vinculante, de modo tal que ya no sea necesario restituir su validez aplicando una pena”⁹¹.

Esto supone que la conducta constitutiva de desistimiento, que objetivamente se puede describir como una instancia de impedimento de la producción del resultado, ya sea a través de la renuncia a seguir continuando con la ejecución de aquella acción que aún no se ha terminado o la realización de una conducta salvadora, debe poder imputarse al autor como expresión de un reconocimiento de la norma como razón para

⁹⁰ ALCÁCER Guirao, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba? (...)*, op. cit., pp. 53-54.

⁹¹ DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa (...)*, op. cit., pp. 314-316.

su acción, pues solo en esa medida puede revocar la expresión de sentido que significó la conducta de tentativa y justificar la exclusión de pena.

En otras palabras: la mera constatación de la no realización del resultado resultará insuficiente para entender que concurre un desistimiento, en los términos que arriba se ha planteado. En este sentido la configuración del desistimiento supone un juicio de mérito, similar al juicio de demérito propio de la construcción del injusto, que permita interpretar la no producción del resultado como un reconocimiento de la norma de comportamiento como razón para la acción.

4.4. Rendimiento de la reconstrucción analítica del delito al problema del horizonte del desistimiento.

La reconstrucción analítica del delito, que se acaba de esbozar, permite abordar desde otra perspectiva la interrogante que surge en los casos que motivan la presente investigación, y que deja entrever el título de esta investigación, esto es, ¿hasta cuándo el autor tiene posibilidad de desistir?, ¿cuál es el horizonte del desistimiento en estos casos? ⁹².

En primer lugar, esta nueva mirada permite advertir que, en el trasfondo del debate doctrinal en el que se enfrentan, en lo fundamental, la teoría de la consideración individual y la consideración global, aparece otra discusión más amplia relativa a la relación en que se encuentran las categorías de tentativa inacabada (o propiamente tal), tentativa acabada (o delito frustrado) y delito consumado. En otras palabras, si el salto cualitativo o la línea divisoria se traza entre la tentativa (inacabada o acabada) por un lado y el delito consumado, por el otro, o si, en cambio, se estima que la tentativa acabada (el delito frustrado) resulta asimilable al delito consumado, marcando ambas categorías una diferencia con la tentativa inacabada (o propiamente tal).

⁹² Claro está que el inicio de este horizonte está determinado por el así llamado principio de ejecución, esto es, el paso de los actos preparatorios a la tentativa; y el término, con la consumación, pues una vez que el delito se consuma se cierra el paso al desistimiento. Asimismo, no habrá posibilidad de desistimiento si el autor cree, ya sea correcta o erróneamente, que el resultado no se producirá, es decir cuando la tentativa esté fallida o fracasada.

En efecto, para los defensores de la teoría de la consideración individual, en su vertiente más radical, la respuesta a la pregunta antes esbozada es que el autor tiene posibilidades de desistirse con efecto eximente mientras no haya realizado una acción que pudiera conducir a la realización del tipo, sin ulterior intervención de su parte, pues al llevar a cabo ésta la tentativa no solo está acabada sino también fracasada. Es decir, la noción de fracaso no tiene relación con que la consumación esté descartada como posible, sino que se construye en referencia a lo que autor ya realizó, siendo indiferente que aun existan posibilidades de consumación a través de acciones sucesivas e inmediatas que éste pueda emprender. El acabamiento de dicha acción que no produce el resultado, al igual que la consumación, cierra el paso a la posibilidad de desistimiento como causal de eximición de pena, siendo éste posible, en definitiva, solo en el caso de la tentativa inacabada. Aquello deja entrever, aunque no se lo exprese, que la distinción no se traza entre la tentativa (inacabada y acabada) y el delito consumado, sino que entre la tentativa inacabada por un lado y la tentativa acabada y consumación por otro. Pues para estos autores la expresión de sentido que supone la realización de una acción ejecutiva que no produce el resultado cierra el paso para que el autor pueda redefinir el status de su comportamiento al igual como ocurre cuando el delito se consuma.

Por su parte, para los defensores de la teoría de la consideración global lo relevante en estos casos es que todavía existe la posibilidad de que el delito pueda consumarse, mientras ésta exista y así se lo represente el autor, es factible que el autor redefina el status de su comportamiento, mediante un desistimiento, cumpliéndose por cierto las exigencias de voluntariedad y eficacia. Es decir, la producción del resultado, y la existencia y reconocimiento de dicha posibilidad, resulta relevante en la distinción entre las categorías dogmáticas de tentativa inacabada, acabada y delito consumado.

Por cierto, bajo la reconstrucción analítica del delito y de la tentativa que se asume en el presente trabajo, la noción que trasunta a los defensores de la teoría de la consideración individual, desconoce o niega lo que, se ha afirmado, es la nota distintiva de la tentativa, esto es, su falta de antinormatividad (objetiva), en la medida que el comportamiento que la constituye no satisface la descripción del tipo delictivo correspondiente, no obstante su imputación como una infracción al deber contenido en

la norma de comportamiento; y en ese sentido, su diferencia, con el quebrantamiento perfecto de ésta que supone, por su parte, el delito consumado, lo que, a su vez, hace trazar la distinción cualitativa entre la tentativa (inacabada y acabada) por un lado y delito consumado, por otro.

Desde ya la regulación chilena de la tentativa habla también en contra de una asimilación entre tentativa acabada (delito frustrado) y delito consumado, en tanto, a diferencia de otras legislaciones, establece una rebaja obligatoria (y no facultativa) en caso de no producirse el resultado.

Desde otro punto de vista, y en segundo término, lo expuesto respecto a que el desistimiento operaría como un equivalente funcional de la pena, en tanto con dicha conducta el autor manifiesta que la norma de comportamiento rige para él en la situación dada, haciendo innecesario así el restablecimiento simbólico de su vigencia, a través de la imposición de la pena, permite, por su parte, ver más claro que la determinación de cuáles conductas son abarcadas por el desistimiento en caso de realizaciones sucesivas del tipo, debe resolverse de la misma forma en que se hace para determinar la imposición de una pena, pues si el desistimiento es un subrogado de ésta no hay razón para una diferente consideración. Es decir, si para la imposición de una pena no hay duda de que las realizaciones sucesivas del tipo son constitutivas de una única acción, no se ve razón para no apreciar una única acción cuando se trata de un desistimiento.

Así, el mismo sustrato fáctico que se considera para la imposición de la pena en caso de consumación es el mismo que debiera abarcar el desistimiento. En caso de la realización de varias realizaciones fracasados de un mismo tipo delictivo, como sería el caso de varios disparos que no logran acertar a la víctima, se entiende que se está frente a una única acción para los efectos de imponer la pena. En efecto, nadie estaría dispuesto a afirmar que existen dos o más tentativas, sino una única acción de tentativa, es decir, un único tipo delictivo constitutivo de tentativa y ese mismo predicamento debe ser aplicado en el caso del desistimiento. Cómo afirman los defensores de la consideración global no existe razón para que en un caso se vea todo el suceso como una unidad y para otros efectos se los separe. Lo mismo ocurre cuando tras varias

acciones que resultan fallidas se produce el resultado, como por ejemplo varios disparos uno logra acertar en forma mortal a la víctima, también nadie dudaría en cuanto a que se trata de una sola acción que constituye una instancia de comportamiento propia del tipo penal de homicidio y no de varias tentativas en concurso con un delito consumado.

En tercer y último lugar, lo concluido también permite afirmar que en los casos de reiteración de la acción ejecutiva no se desdibuja la distinción entre grado de ejecución de la tentativa y modalidad de desistimiento, como plantean algunos autores⁹³. Ello porque la determinación del grado de ejecución del delito solo es posible realizarlo de manera ex post, pensar que debe mirarse al momento de la ejecución del hecho, de acuerdo si con ello se hace o no todo lo necesario para que el delito se consume o falta la realización de otros actos para ello, no resulta adecuado. En efecto, lo que en ese momento ex ante se puede definir como tentativa acabada podría finalmente ser un delito consumado. Y la pregunta que surge, es por qué tratándose de la distinción entre tentativa y delito consumado se utiliza una perspectiva ex post, pero no así para la delimitación entre tentativa inacabada y acabada. Por lo mismo, solo ex post, se puede verificar si efectivamente el autor hizo todo lo necesario para producir el resultado o efectivamente le faltaron uno o más actos para ello, y en los casos de reiteración de la acción ejecutiva en la que el autor cuenta con otras chances de las que finalmente no hace uso, no se puede decir que hizo todo lo necesario para lograr la consumación.

⁹³ Ver supra Capítulo 2, 2.1.

CONCLUSIONES

- 1) La presente investigación aborda el problema del horizonte del desistimiento de la tentativa con el objeto de identificar hasta qué momento la renuncia del agente a continuar a la realización de la acción ejecutiva tiene eficacia como eximente de pena. El contexto (y por consiguiente los resultados de la investigación) aborda únicamente los casos de delitos de resultado (y no de mera actividad) y de autor individual (no pluralidad de agentes).

El problema jurídico se puede plantear en términos de preguntarse hasta qué momento nuestro ordenamiento reconoce la validez del desistimiento de la tentativa respecto de aquellos casos en que el resultado típico podría obtenerse con la realización de distintas acciones ejecutivas (cada una de ellas suficientes por sí sola para producirlo). Las opciones son dos: el desistimiento es válido hasta antes de ejecutar una cualquiera de esas acciones ejecutivas o bien mientras todavía tiene posibilidades de reiterar la acción ejecutiva para procurar conseguir el resultado (consumación).

- 2) En la doctrina comparada (esencialmente Alemania y España) se han planteado un conjunto de respuestas que, en lo fundamental, se sintetizan en dos teorías: la de la consideración individual y de la consideración global.

La teoría de la consideración individual postula que la ejecución de cualquier acto que pudiera conducir a la realización del resultado típico -sin ulterior intervención del autor, y que, en definitiva, no lo produce- constituye una tentativa acabada y, para los más radicales, fracasada, razón por la cual niegan la posibilidad de éste. Esta teoría visualiza cada acción ejecutiva individualmente, no obstante que las distintas acciones puedan estar vinculadas entre sí, y pone el acento al inicio de la realización de ésta, esto es, la calificación de inacabada y acabada se efectúa en ese instante y no de manera ex post. Las críticas a esta teoría son: que divide en forma arbitraria un actuar unitario; que otorga un tratamiento más perjudicial para el agente que fracasa en intentos previos en comparación con casos de desistimiento activo, en los cuales habiendo sido exitosa la conducta el propio agente evita el resultado por actividad propia; es contraria a los

intereses de la víctima por cuanto ésta todavía se encuentra a merced del autor y éste no tendrá ningún incentivo para no seguir efectuando intentos para obtener la consumación.

La teoría de la consideración global considera que lo importante es la situación al momento de adoptar la decisión de desistimiento, en términos tales que si, en ese instante, para el autor sigue siendo posible la consumación, a pesar de existir anteriores intentos fracasados, será admisible el desistimiento con un mero abstenerse de ejecutar las acciones que llevarían a la consumación. La decisión de no continuar con la ejecución del hecho constituye desistimiento en tanto exista una unidad de acción entre los anteriores intentos fallidos y el acto que el autor decide no realizar. Las críticas a esta teoría son: extiende en demasía el ámbito de aplicación del desistimiento; privilegia al autor más calculador; siempre puede alegarse una posibilidad no utilizada (y por lo tanto la exención de pena dependerá de la habilidad de las alegaciones de la defensa); transforma una tentativa acabada en inacabada, y otorga trato más favorable a autor que actúa con dolo directo.

- 3) En Chile la doctrina no ha analizado la problemática relacionada con el alcance del desistimiento de la tentativa en casos de reiteración de la acción ejecutiva. Los autores nacionales que se han pronunciado sobre esta materia adoptan la solución que propugna la teoría de la consideración global.
- 4) Desde una reconstrucción analítica del delito es posible sostener que la marca característica o distintiva de la tentativa, en relación con el delito consumado, es que ella se muestra deficitaria respecto del quebrantamiento de la norma que supone aquel. Esto porque pese a que la conducta constitutiva de tentativa puede definirse como una infracción de deber, aquella no resulta (objetivamente) antinormativa, en tanto no comparte los caracteres que definen el comportamiento del correspondiente tipo delictivo.
- 5) Lo anterior permite afirmar que el concepto de tentativa viene a ser solo uno secundario o derivado respecto del concepto de delito consumado, que es lógicamente primario en

relación con aquella, descartando por consiguiente la plausibilidad de aquellas teorías que postulan que el quebrantamiento perfecto de la norma de comportamiento se corresponde con la tentativa acabada.

- 6) El desistimiento, como contrapartida, se deja describir como un reconocimiento tardío, pero todavía posible, de la norma de comportamiento, que hace innecesario entonces el restablecimiento de la vigencia del derecho a través de la imposición de la pena, pues la acción de desistimiento cumple dicho cometido.
- 7) Esta mirada –a partir de una reconstrucción analítica del delito- permite advertir que, en el trasfondo del debate doctrinal, aparece otra discusión más amplia relativa a la relación en que se encuentran las categorías de tentativa inacabada (o propiamente tal), tentativa acabada (o delito frustrado) y delito consumado. Es decir, si el salto cualitativo o la línea divisoria se traza entre la tentativa (inacabada o acabada) por un lado y el delito consumado, por el otro, o si, en cambio, se estima que la tentativa acabada (el delito frustrado) resulta asimilable al delito consumado, marcando ambas categorías una diferencia con la tentativa inacabada (o propiamente tal). La regulación chilena de la tentativa habla en favor de la primera, en tanto, a diferencia de otras legislaciones, establece una rebaja obligatoria (y no facultativa) en caso de no producirse el resultado.
- 8) Lo expuesto respecto a que el desistimiento operaría como un equivalente funcional de la pena, permite ver más claro que la determinación de cuáles conductas son abarcadas por el desistimiento en caso de realizaciones sucesivas del tipo, debe resolverse de la misma forma en que se hace para determinar la imposición de una pena; por lo tanto, si para la imposición de una pena no hay duda de que las realizaciones sucesivas del tipo son constitutivas de una única acción, no se ve razón para no apreciar una única acción cuando se trata de un desistimiento.
- 9) En los casos de reiteración de la acción ejecutiva no se desdibuja la distinción entre grado de ejecución de la tentativa y modalidad de desistimiento. Ello porque la determinación del grado de ejecución del delito solo es posible realizarla de manera ex post: solo en ese instante se puede verificar si efectivamente el autor hizo todo lo necesario para producir el resultado o efectivamente le faltaron uno o más actos para

ello, y en los casos de reiteración de la acción ejecutiva en la que el autor cuenta con otras chances de las que finalmente no hace uso, no se puede decir que hizo todo lo necesario para lograr la consumación.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALASTUEY Dobón, Carmen. Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento [en línea] *Revista de derecho penal y criminología*, 2011, 3ª época, número 5 <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2011-5-1000/Documento.pdf>> [consulta: 06 enero 2016]
2. ALCÁCER Guirao, Rafael. *¿Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*. Granada, Comares, 2002. 192 pp.
3. BELMAR Todorovic, Felipe. *El desistimiento de la tentativa en la doctrina y la jurisprudencia chilenas*. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. 88 pp.
4. CURY, Enrique. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976. 221 pp.
5. CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª edición. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011. 816 pp.
6. DAVID, Héctor Alejandro. *El desistimiento de la tentativa: repercusiones prácticas del fundamento y su impunidad*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2009. 180 pp.
7. DAVID, Alejandro. *El desistimiento de la tentativa: fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica*. Tesis (Doctor en Derecho). Argentina, Universidad Austral, 2014. 375 pp.
8. FARRÉ Trepát, Elena. *La tentativa de delito: doctrina y jurisprudencia*. Barcelona, Bosch, 1986. 516 pp.
9. GARRIDO Montt, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984. 453 pp.
10. GILI Pascual, Antoni. *Desistimiento y concurso de personas en el delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. 276 pp.
11. GILI Pascual, Antoni. Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado [en línea] *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, número 2 <<http://www.indret.com/pdf/885.pdf>> [consulta: 04 enero 2016]
12. GIMBERNAT Ordeig, Enrique. El desistimiento en la tentativa acabada [en línea] *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2006, volumen LIX, número 1 <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2006-

10002500034_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_EI_desistimiento_en_la_tentativa_acabada._Lectio_doctoralis> [consulta: 05 enero 2016]

13. HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamiento y reglas de imputación [en línea] *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Septiembre-Diciembre 1994, Tomo XLVII, Fascículo III <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/hruschka%20joachim.pdf> [consulta: 20 enero 2016]

14. JAKOBS, Günther. *El desistimiento como modificación del hecho*. En su: *Estudios de Derecho Penal* (trad. Enrique Peñaranda, Carlos Suárez y Manuel Cancio). Madrid, Civitas, 1997. pp. 325-345.

15. JAKOBS, Günther. *Complemento a la realización del tipo y a la culpabilidad: la tentativa y la tentativa de intervención*. En su: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquin Cuello y José Luis Serrano). 2ª edición. Madrid, Marcial Pons, 1997. pp. 849-938.

16. JAKOBS, Günther. *La conducta de desistimiento* (trad. Manuel Cancio Melía). En: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 2005. pp.549-564.

17. JESCHECK, Hans- Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Barcelona, Bosch, 1981. Tomo II, pp. 1424.

18. KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la reconstrucción del delito: una crítica a la teoría de la imputación subjetivo [en línea] *Indret Revista para el análisis del derecho*, 2008, número 4 <http://www.indret.com/pdf/579_es.pdf> [consulta: 20 enero 2016]

19. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa y el desistimiento en el Derecho Penal. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de Estudios de la Justicia* (4): 137-175, 2004.

20. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. Norma e imputación como categoría del hecho punible. *Revista de Estudios de la Justicia* (12): 169-190, 2010.

21. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* 24 (1): 87-115, 2011.

22. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. *Norma, causalidad y acción: una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*. Madrid, Marcial Pons, 2014. pp.173.

23. MAÑALICH Raffo, Juan Pablo. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho* 44 (2): 461-493, 2017.

24. MARTÍNEZ Escamilla, Margarita. *El desistimiento en derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1994, 190 pp.
25. MARTÍNEZ Escamilla, Margarita. *Dos cuestiones básicas del desistimiento en derecho penal*. En: SILVA Sánchez, Jesús María (ed) *Política criminal y nuevo derecho penal : libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, Bosch, 1997. pp. 331-340.
26. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal. Parte General*. (trad. Jorge Bofill), 7ª edición. Buenos Aires, Astrea, 1995. Tomo II, 1023 pp.
27. MUÑOZ Conde, Francisco. *El desistimiento voluntario de consumir el delito*. Barcelona, Bosch, 1972. 161 pp.
28. NOVOA Monreal, Eduardo. El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. Universidad de Concepción, XXXI (124): 19-71, Abr-Jun 1963.
29. PÉREZ Ferrer, Fátima. *El desistimiento voluntario de la tentativa en el código penal español*. Madrid, Dykinson, 2008. 449 pp.
30. POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración: estudio de dogmática penal y de derecho penal comparado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 276 pp.
31. POZUELO Pérez, Laura. *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. 477 pp.
32. ROXIN, Claus. *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*. En su: *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña). Madrid, Reus, 1976. pp. 248-272.
33. ROXIN, Claus. *La tentativa frustrada*. En su: *Dogmática Penal y Política Criminal* (trad. Manuel A. Abanto Vásquez). Lima, Idemsa, 1998. pp. 279-314.
34. ROXIN, Claus. Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal [en línea] *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2001, número 3. <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html> [consulta: 04 enero 2016].
35. ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General: especiales formas de aparición del delito* (trad. Diego- Manuel Luzón Peña (director) y otros). España, Civitas, 2014, Tomo II, 1069 pp.
36. SANCINETTI, Marcelo. *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa: a la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Santa Fé de Bogotá, Temis, 1995. 300 pp.

37. SERRANO González de Murillo, José Luis. ¿Tentativa fracasada existiendo posibilidades de realizar aún el tipo? [en línea] *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2005, 2º época, número 16 <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2005-16-3040&dsID=PDF>> [consulta: 06 enero 2016]
38. SERRANO González de Murillo, José Luis. Error sobre el objeto, tentativa fracasada y desistimiento. *Cuadernos de Política Criminal* (90): 99-120, 2006.
39. VON WRIGHT, Georg Henrik. *Norma y Acción: una investigación lógica* (trad. Pedro García Ferrero). Madrid, Tecnos, 1979. 216 pp.