

## El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma

### *Una aplicación del modelo del delito imperfecto*

#### Sumario

*El artículo presenta una concepción del desistimiento de la tentativa, fundada en un modelo de teoría de las normas que sustenta la caracterización general de la tentativa como un “delito imperfecto”. A partir del hallazgo de la “bidimensionalidad” del desistimiento, se ofrece una explicación de la necesidad de diferenciar su referencia-a-la-consumación, por un lado, y su referencia-a-la-tentativa, por otro. Esto hace posible delinear una comprensión del desistimiento que se distancia de su entendimiento como una “modificación del hecho” y que lo identifica, más bien, con una “revisión” del respectivo quebrantamiento (imperfecto) de la norma. El análisis así desplegado lleva a favorecer una categorización sistemática del desistimiento como una condición negativa de la (sola) punibilidad de la tentativa en cuestión.*

#### Abstract

*The paper presents a conception of the abandonment of a criminal attempt, grounded upon a norm-theoretical model that sustains the general characterization of criminal attempts as “imperfect offenses”. Upon the finding of abandonment’s “bidimensionality”, an explanation of the necessity of differentiating its consummation-relatedness, on the one side, and its attempt-relatedness, on the other, is offered. This enables the outline of an account of an attempt’s abandonment, which departs from its understanding as a “modification” of the criminal deed and rather identifies it with a “revision” of the given (imperfect) norm-violation. The thus deployed analysis leads to a systematical categorization of abandonment as a negative condition of the (mere) liability-grounding significance of the corresponding attempt.*

#### Abstract

*Der Aufsatz stellt eine Auffassung des Rücktritts vom Versuch vor, die auf einem normentheoretischen Modell beruht, das die allgemeine Charakterisierung des Versuchs als „mangelhaftes Delikt“ begründet. Von der Erkenntnis der „Bidimensionalität“ des Rücktritts ausgehend wird eine Erklärung für die Erforderlichkeit der Unterscheidung zwischen seiner Vollendungs- und seiner Versuchsbezogenheit geliefert. Dies ermöglicht nun, eine Konzeption des Rücktritts zu skizzieren, die sich von seinem Verständnis als eine „Tatänderung“ distanziert und ihn vielmehr mit einer „Revision“ des jeweiligen (unvollkommenen) Normbruchs identifiziert. Die auf diese Weise entfaltete Analyse führt zu einer systematischen Kategorisierung, wonach der Rücktritt als eine negative Bedingung der (bloßen) Strafbarkeit des fraglichen Versuchs.*

**Title:** *The abandonment of a criminal attempt as revision of the norm’s violation*

**Titel:** *Der Rücktritt vom Versuch als Revision des Normbruchs*

**Palabras clave:** *desistimiento de la tentativa, teoría de las normas, bidimensionalidad del desistimiento, excusa legal absolutoria*

**Keywords:** *attempt’s abandonment, theory of norms, abandonment’s bidimensionality, offense-external liability exclusion*

**Stichworte:** *Rücktritt vom Versuch, Normentheorie, Bidimensionalität des Rücktritts,*

*Strafausschließungsgrund*

-

**DOI:** 10.31009/InDret.2020.i3.08

-

## Índice

-

### **1. La bidimensionalidad del desistimiento**

- 1.1. Referencia-a-la-consumación versus referencia a-la-tentativa
- 1.2. “Desistimiento de la tentativa”: una desambiguación

### **2. ¿El desistimiento como “modificación del hecho”?**

### **3. El desistimiento como revisión (imputable) del quebrantamiento de la norma**

- 3.1. Los presupuestos de la toma de posición a favor de la norma quebrantada
- 3.2. El significado del desistimiento como contra-declaración
- 3.3. Las dos modalidades de la toma de posición a favor de la norma y los dos niveles de su imputación

### **4. El desistimiento de la tentativa como excusa absolutoria**

### **5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

## 1. La bidimensionalidad del desistimiento\*

### 1.1. Referencia-a-la-consumación versus referencia a-la-tentativa

La dogmática del desistimiento tiende a quedar reducida a un debate entre múltiples “teorías”, considerablemente heterogéneas, que compiten por ofrecer una explicación adecuada del fundamento y los presupuestos de una eventual exclusión de la punibilidad de la tentativa desistida.<sup>1</sup> En lo fundamental, las concepciones rivales pueden ser clasificadas como “internas” o “externas” a la dogmática de la tentativa, según si la explicación respectivamente ofrecida queda intrínsecamente conectada con la estructura de la tentativa como forma de punibilidad diferenciada o, en cambio, responde a consideraciones que no son específicamente sensibles a esa estructura.<sup>2</sup> Representativas del primer grupo de concepciones son, ante todo, la “teoría de la unidad”, bajo la cual la tentativa y el desistimiento habrían de ser conjuntamente considerados como un comportamiento pasible de una valoración jurídica unitaria, así como las múltiples “teorías jurídicas”, entre las cuales destacan la “teoría de la nulidad” y la “teoría de la presunción”. Al segundo grupo pertenecerían, a su vez, la “teoría (político-criminal) del puente de oro”,<sup>3</sup> la “teoría de la gracia o del premio” y “la teoría del fin [preventivo] de la pena”, a las cuales habría que añadir la “teoría del saldo de una deuda”, defendida por HERZBERG.<sup>4</sup>

Puesto que en el marco de la presente investigación solo interesa delinear la concepción del desistimiento que resulta internamente congruente con la caracterización general de la tentativa como *delito imperfecto*, que se sigue del modelo de teoría de las normas aquí

---

\* Autor de contacto: Juan Pablo Mañalich Raffo, [jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl). El presente trabajo fue desarrollado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1160147 (regular), titulado «La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», del cual el autor es investigador responsable.

<sup>1</sup> Véase JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 3 ss.; más recientemente, HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW*, (123), 2011, pp. 232 ss., 239 ss. Latamente al respecto, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 37 ss., 47 ss., 58 ss., 69 ss. Una exposición de las concepciones usualmente contrastadas en la manualística, ordenadas como “teorías clásicas” y “teorías contemporáneas”, se encuentra en DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 25 ss., 63 ss.; véase también DOMÍNGUEZ, *El desistimiento de la tentativa*, 2013, pp. 11 ss.

<sup>2</sup> La distinción es tomada de JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW*, (104), 1992, pp. 83 ss.; véase también HEINTSCHEL-HEINEGG, «Versuch und Rücktritt», *ZStW*, (109), 1997, pp. 40 ss., 44, 47; DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 14 ss., 18 ss.

<sup>3</sup> La cual, según JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 84 s., se distinguiría por ser no solo externa-a-la-tentativa, sino ya “externa-al-derecho-penal”.

<sup>4</sup> Véase HERZBERG, «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», *FS-Lackner*, 1987, pp. 342 ss., 349 ss.; al respecto y críticamente AMELUNG, «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *ZStW*, (120), 2008, pp. 212 s. Hay que advertir que la traducción de la denominación que HERZBERG mismo impusiera a su concepción como “teoría de la compensación de la culpabilidad”, favorecida por POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 102 ss., distorsiona el sentido de la construcción. Pues tal como HERZBERG, *FS-Lackner*, 1987, p. 350, lo hace explícito, por *Schuld* no cabría entender aquí una “reprochabilidad jurídico-penal”, sino más bien “el deber del deudor de satisfacer la pretensión dirigida en su contra”.

favorecido,<sup>5</sup> no es necesario ofrecer una revisión exhaustiva de las posiciones doctrinales recién enunciadas. Antes bien, cabe arrancar de una observación que se conecta directamente con esa caracterización general de la tentativa, y que a pesar de su importancia no forma parte del catálogo de *topoi* que dominan la dogmática del desistimiento. Esta observación concierne a lo que podemos denominar la “bidimensionalidad” del desistimiento en cuanto condición de exclusión de la punibilidad, que se expresa en que el desistimiento exhibe tanto una *referencia-a-la-consumación* como una *referencia-a-la-tentativa*.<sup>6</sup>

Una manifestación especialmente clara de esta bidimensionalidad aparece en la controversia interpretativa, referida al párr. 1º del § 24 del StGB, acerca de qué ha de entenderse por “hecho” en ese mismo contexto. Así por ejemplo, mientras HEINTSCHEL-HEINEGG afirma que ya la “dicción legislativa” haría indubitable que por “hecho” no podría entenderse el “hecho consumado”, sino solo el “hecho tentado”,<sup>7</sup> MURMANN replica que esa misma expresión no podría denotar aquí “la tentativa, sino solamente el hecho consumado”.<sup>8</sup> Para intentar arbitrar en esta disputa exegética no parece trivial tener a la vista el texto legal de cuya interpretación se trata, y que reza como sigue:

No es penado por tentativa quien voluntariamente renuncia a la ulterior ejecución del *hecho* o impide su consumación. Si el *hecho* no se consuma con independencia del actuar de quien se desiste, entonces este queda libre de pena si él se esfuerza voluntaria y seriamente por impedir la consumación.<sup>9</sup>

La expresión “hecho” aparece dos veces en el párrafo recién reproducido. En contra de lo sostenido por HEINTSCHEL-HEINEGG, debería ser claro que aquella no admite ser sustituida por la expresión “hecho tentado”, en la medida en que la falta de consumación sea un componente del concepto mismo de tentativa.<sup>10</sup> Pues no tiene sentido hablar del impedimento de la consumación de un hecho no-consumado. Pero tampoco cabría sustituir “hecho”, en los dos lugares en que esta expresión aparece usada, por “hecho consumado”, como sugiere MURMANN.

---

<sup>5</sup> Véase MAÑALICH, «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 475 ss. Un contrapunto preciso se encuentra en JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 82 s., cuya concepción del desistimiento como una “modificación del hecho” descansa en la caracterización de la tentativa como un “quebrantamiento perfecto de la norma”.

<sup>6</sup> La distinción aquí propuesta encuentra un reflejo (sólo) imperfecto en aquella, sugerida por ALCÁCER, entre la “protección del bien jurídico” y la “protección de la vigencia de la normas” como las “dos perspectivas básicas del desistimiento”; véase ALCÁCER, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, pp. 48 ss. El reflejo queda constituido por el hecho de que, mientras la protección del respectivo bien jurídico se corresponde con una categoría de la legitimación de la norma de comportamiento que especifica las condiciones de antinormatividad asociadas a la consumación del delito respectivo, siendo la consumación aquello en cuya evitación o cuyo impedimento puede consistir el desistimiento, la “protección” de la vigencia de esa norma de comportamiento representa, a su vez, el *telos* de la correspondiente norma de sanción, y que desde la perspectiva aquí asumida explica la punibilidad de la tentativa en cuanto forma de comportamiento punible definida, justamente, por su déficit de antinormatividad. Sobre esto último, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 462 ss.

<sup>7</sup> HEINTSCHEL-HEINEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 42 ss.

<sup>8</sup> MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 31.

<sup>9</sup> Cursivas añadidas.

<sup>10</sup> MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 467 ss., 475 s.

Pues tampoco tiene sentido alguno hablar del impedimento de la consumación de un hecho consumado.

Esta acotada digresión analítica es indicativa de que ninguna de las dos hipótesis interpretativas puede estimarse correcta. Y no porque, *extensionalmente*, en el contexto del párr. 1º del § 24 del StGB “hecho” designe algo distinto de aquello que es potencialmente constitutivo o bien de un delito consumado o bien de un delito tentado, sino porque, *intensionalmente*, la regla así formulada parece presuponer que, en el momento en el cual el agente queda en situación o bien de renunciar a “la ulterior ejecución *del hecho*” o bien de impedir “su consumación”, aún debe encontrarse abierta la pregunta de si ese hecho habrá de llegar a constituirse como un delito consumado o como una tentativa.

Lo anterior se deja explicar sobre la base del modelo teórico aquí asumido, con relativa prescindencia de la fisonomía particular de la regulación que haga suya el sistema jurídico de referencia. Con arreglo a ese modelo, la determinación de si un comportamiento resulta imputable o bien a título de delito consumado o bien a título de tentativa solo puede tener lugar *ex post*. Pues solo *ex post* es posible establecer si la descripción bajo la cual el comportamiento en cuestión es imputable al agente, en virtud de la creencia predictiva atribuible a este, coincide con la descripción de cuya satisfacción depende que ese mismo comportamiento sea antinormativo bajo la norma en cuestión. Si el comportamiento (subjektivamente) imputable queda especificado a través de una descripción que lo convierte en una instancia de realización (antijurídica) del correspondiente tipo-de-delito, entonces aquel es constitutivo de un quebrantamiento *declarativamente perfecto* de la norma respectiva; si la descripción bajo la cual el comportamiento resulta imputable no le confiere ese estatus, entonces aquel es constitutivo de un quebrantamiento *declarativamente imperfecto* de esa misma norma.<sup>11</sup> Y como se mostrará a continuación, la posibilidad de un desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa solo se configura en la medida en que todavía sea incierto, bajo la representación de las circunstancias con la que cuente el destinatario de la norma, si su quebrantamiento de esta resultará constitutivo de un delito consumado o, en cambio, de un delito tentado.

En efecto, solo a condición de que tanto la consumación como la falta de consumación del delito en cuestión se presenten como todavía posibles cabe reconocer al agente una chance de evitarla o impedirla.<sup>12</sup> De ahí que, *a contrario sensu*, la oportunidad para un desistimiento deba tenerse por excluida tanto si está descartada la posibilidad de que el delito no se consume como si lo está la posibilidad de que el delito se consume. Lo primero explica que, conceptualmente, no haya espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la que el delito se encuentra (ya) consumado. Lo segundo explica que, generalizadamente, se entienda que no hay espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la cual la tentativa se muestra como “fallida” (*fehlgeschlagen*), esto es, en una situación en la cual el agente tiene por existentes circunstancias que vuelven o volverían imposible la consumación del delito.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 475 ss.

<sup>12</sup> Sobre esta distinción entre los conceptos de evitación e impedimento de la consumación, *infra*, 3.3.

<sup>13</sup> Tradicionalmente, estos casos eran identificados como una constelación de falta de voluntariedad del desistimiento; así p.ej., GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*,

Es crucial reparar en la asimetría que se da entre las dos situaciones genéricas que, según la observación precedente, privan al destinatario de la norma de la chance de un desistimiento. Pues mientras la posibilidad de un desistimiento queda *objetivamente* excluida como consecuencia de la consumación del delito respectivo, con independencia de cuál pueda ser la representación que el agente tenga de ello, la posibilidad de un desistimiento resulta, en todo caso, *subjetivamente* excluida por la creencia del agente, sea acertada o desacertada, de que se presenten circunstancias que obstarían a la consumación del delito en cuestión. Que la posibilidad de un desistimiento quede, asimismo, objetivamente excluida por el hecho de que sea imposible la consumación, depende de si la respectiva regulación legal somete toda forma de desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa a una exigencia de *eficacia* en cuanto a la evitación o el impedimento de la consumación.

La literatura especializada tiende a relacionar este último problema con la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas.<sup>14</sup> Mas esta distinción resulta ser impracticable bajo la tesis aquí asumida.<sup>15</sup> Esto queda de manifiesto si se repara en que, en cuanto sometido a una exigencia de eficacia, un desistimiento puede “devenir” imposible en situaciones en las cuales, tradicionalmente, la respectiva tentativa sería caracterizada como “idónea”. A modo de ejemplo:

Clandestinamente, A inyecta una dosis de veneno en el cuerpo de B, que con toda seguridad habría de producir su muerte dentro de los próximos dos días. Un par de horas más tarde, y sin estar al tanto de lo hecho por A, C se aproxima a B, en quien todavía no se manifiesta efecto alguno del veneno, y le propina tres disparos de bala en el tórax, que lo llevan a morir pocos minutos después.

Contra el punto de vista tradicional, caracterizar la tentativa (acabada) de homicidio imputable a A como “idónea” resultaría infundado. Pues, tal como ocurre tratándose de *toda* tentativa, un aspecto del mundo desconocido por A al momento de inyectar el veneno en el organismo de B, consistente en que, un par de horas después, B fuese a ser abatido con tres disparos, explica que la acción ejecutada por A no haya podido, en un mundo así configurado, llevar a la muerte de B.<sup>16</sup> Pero aun quien quisiera insistir en la pretendida idoneidad de la tentativa imputable a A, no podría negar que, una vez que B es letalmente abatido por C, A objetivamente deja de tener la posibilidad de desistirse de ella, precisamente porque la consumación del potencial homicidio que le es imputable “ya” no resulta posible, configurándose así una tentativa *fallida* de homicidio.

## 1.2. “Desistimiento *de* la tentativa”: una desambiguación

Las consideraciones precedentes muestran que es imprescindible desentrañar, con mayor precisión, en qué consiste la bidimensionalidad predicable del desistimiento, lo cual equivale a ofrecer una desambiguación de la jerga misma acerca del “desistimiento *de* la tentativa”.

---

1963, pp. 122 ss., quien a este respecto hablaba de “causas impeditivas absolutas” para la eventual consumación.

<sup>14</sup> Al respecto, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 160 ss.

<sup>15</sup> Véase MAÑALICH, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 322 ss., 334 ss.

<sup>16</sup> MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 339 ss.

La referencia-a-la-consumación que caracteriza, en una de sus dimensiones, al desistimiento de la tentativa concierne a la manera en que el desistimiento ha de consistir en una evitación o un impedimento de la consumación. Es en esta dimensión donde queda radicada la ya referida exigencia de eficacia, que en lo inmediato admitiría ser definida como la exigencia de una exitosa “reversión” del riesgo de consumación que, en condiciones de falibilidad epistémica, queda asociado al comportamiento del agente.<sup>17</sup> *Stricto sensu*, esto equivale a exigir que, por la vía de evitar o impedir (eficazmente) la consumación, el autor co-determine que su comportamiento delictivamente relevante llegue a exhibir el estatus de una tentativa, *en vez* del estatus de un delito consumado.<sup>18</sup>

Por su parte, la referencia-a-la-tentativa que caracteriza, en su segunda dimensión, al desistimiento concierne a la manera en que este opera, precisamente, como una condición de exclusión de punibilidad *de la tentativa*, entendida esta como una forma de comportamiento punible definida por la falta de consumación del delito respectivo. El desafío fundamental que enfrenta la dogmática del desistimiento consiste justamente en explicar por qué, y cómo, la evitación o el impedimento de la consumación de un delito ha de conducir a la exclusión de la punibilidad de la tentativa condicionada por esa misma falta de consumación.

Esta diferenciación de las dos dimensiones que exhibe el desistimiento contribuye a detectar la falta de plausibilidad de su caracterización como una “condición resolutoria” de la antijuridicidad (en el sentido de “antinormatividad”) de la tentativa, célebremente defendida por BINDING.<sup>19</sup> Este partía afirmando de que una “consideración atomística de la actividad humana” sería jurídicamente inadmisibles, lo cual llevaría a que el comportamiento de un agente con incidencia en el acaecimiento o la falta de acaecimiento de un resultado jurídicamente relevante tenga que ser valorado como una unidad.<sup>20</sup> Desde este punto de vista, la “paralización”, por parte del hechor, de las condiciones por él previamente “puestas” para la

---

<sup>17</sup> Esta noción es obviamente próxima a la de una “inversión del peligro” (*Gefährdungsumkehr*), célebremente introducida por JÄGER en la dogmática del desistimiento; véase JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 62 ss., 65 ss.; también AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 216 s. En lo que aquí interesa, el planteamiento de JÄGER se distingue por no relativizar la tematización de la inversión del riesgo de consumación a las condiciones de falibilidad epistémica que, según la tesis aquí asumida, definen el contexto de imputación al interior del cual un comportamiento que *ex post* se muestra como incapaz de resultar constitutivo de un delito consumado pueda, no obstante, resultar constitutivo de una tentativa del delito respectivo; véase MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 464 s., 484 s.

<sup>18</sup> En la medida en que se asuma el postulado (determinista) de la clausura causal del mundo físico, ello es consistente con que la tentativa así configurada deba ser considerada (*ex post*) “inidónea”. Pues será una disposición conductual del propio agente la que se habrá manifestado en su evitación o impedimento de la consumación, lo cual, bajo un enfoque compatibilista, no debería tener impacto en la caracterización de su desistimiento como voluntario o involuntario; al respecto, MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 327 s. Ello no se ve alterado por la circunstancia de que el agente haya podido anticipar un eventual desistimiento de su parte, en la forma de una así llamada “reserva de desistimiento”, que *ceteris paribus* no lograría comprometer la adscripción de dolo de la cual dependerá la constitución de una tentativa; véase MAÑALICH, «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), 2019, pp. 48 ss.

<sup>19</sup> Véase BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, pp. 125 ss. Para una crítica de la concepción bindingiana de la tentativa como un “delito parcial”, véase MAÑALICH, *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 300 ss.

<sup>20</sup> BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 125.

ocurrencia del resultado determinaría que su “comportamiento como un todo” deje de exhibir el carácter de una “causa” para el (eventual) resultado.<sup>21</sup>

Esta última afirmación es enteramente correcta en el nivel de la referencia-a-la-consumación que exhibe el desistimiento. Pero BINDING se veía obligado a conceder que, en los casos en los cuales la correspondiente paralización del condicionamiento causal del resultado no sea voluntaria, no sería posible entender retrospectivamente cancelada la ilicitud de la tentativa en cuanto “delito parcial”, en razón de que la falta de voluntariedad del desistimiento obstaría a considerarlo como “parte de la acción libre” del hechor.<sup>22</sup> Esto muestra que, en contra de lo sugerido por BINDING, el *telos* de la exclusión de la punibilidad de una tentativa a consecuencia de un desistimiento (voluntario) por parte de su autor no parece reducible a la verificación de una pretendida condición resolutoria de la ilicitud de un comportamiento cuya individuación, según BINDING, tendría que ser insensible a su caracterización o bien como constitutivo de un delito consumado o bien como constitutivo de un delito tentado.

Lo anterior hace posible sentar, preliminarmente, la siguiente precisión conceptual: bajo la exigencia de eficacia cuya satisfacción condiciona una exclusión de la punibilidad de la tentativa en razón del desistimiento de esta, un comportamiento constitutivo de desistimiento debe poder ser caracterizado como una evitación o un impedimento de la consumación del delito que, en virtud de ese mismo desistimiento, llega a exhibir el carácter de un delito tentado. Esto reconstruye adecuadamente el sentido de la primera oración del párr. 1º del § 24 del StGB, como también el sentido del ap. 2º del art. 16 del CP español. Y la misma precisión ofrece una clave para reconstruir la manera en que, reproduciendo el modelo regulativo español anterior a 1995, el art. 7º del CP chileno hace reconocible una decisión legislativa favorable a la operatividad del desistimiento de la tentativa (*lato sensu*) como condición de exclusión de la punibilidad de esta.

En lo inmediato, el inc. 2º del art. 7º explícitamente condiciona la punibilidad de una tentativa acabada a título de “crimen o simple delito frustrado” a que la consumación “no se verifi[que] por causas independientes de [la] voluntad” del hechor. Esto convierte al impedimento (voluntario) de la consumación por parte del autor en una condición negativa de la punibilidad de una tentativa acabada *sub specie* delito frustrado.<sup>23</sup> Y si esto vale tratándose de una tentativa acabada, entonces *a fortiori* tendría que valer, *mutatis mutandis*, tratándose de una tentativa inacabada.<sup>24</sup> En los términos del inc. 3º del art. 7º, esto supone entender que la falta de uno o más “hechos directos” necesarios para el complemento de la ejecución de delito ha de poder imputarse al agente como una evitación (voluntaria) de su consumación.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 125.

<sup>22</sup> BINDING, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, 1915, p. 126.

<sup>23</sup> Nótese que eso determina que el concepto (legal) de delito frustrado quede definido como el concepto de una tentativa acabada no voluntariamente desistida. De eso no se sigue, empero, que la falta de desistimiento sea un componente del concepto (dogmático) de tentativa acabada. Para una defensa de la caracterización del desistimiento como un “elemento negativo” del concepto de tentativa, véase empero DOMÍNGUEZ, *El desistimiento de la tentativa*, 2013, pp. 79 ss., quien argumenta en referencia inmediata al art. 5º del CP uruguayo.

<sup>24</sup> Véase NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., t. II, 2005, pp. 140 s.

<sup>25</sup> Así, por ej., GARRIDO, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, 1984, pp. 187 ss.

La tesis de que el desistimiento ha de poder identificarse con la evitación o el impedimento de la consumación del delito que —en tal medida— deviene tentado deja de tener validez irrestricta si, como lo prevé la segunda oración del párr. 1º del § 24 del StGB, la punibilidad de la tentativa también puede resultar excluida por un desistimiento que, no satisfaciendo la ya referida exigencia de eficacia, asuma la forma de un “esfuerzo serio y voluntario por evitar la consumación”. A este respecto es crucial no perder de vista que, no obstante ello, la operatividad de semejante desistimiento (impeditivamente) ineficaz queda en todo caso condicionada por la *falta de consumación* del delito respectivo. Ergo, aun cuando tal regulación prescinde de la exigencia de eficacia como condición necesaria de una exclusión de la punibilidad por desistimiento, este ve preservado su estatus como desistimiento de una *tentativa*.<sup>26</sup>

## 2. ¿El desistimiento como “modificación del hecho”?

La desambiguación recién ofrecida tiene importancia frente a la pregunta por la “naturaleza jurídica” del desistimiento. La literatura especializada conoce prácticamente todas las respuestas dogmáticamente concebibles, las cuales quedan en mayor o menor medida condicionadas por la concepción que se asuma en cuanto al fundamento de su operatividad como obstáculo a la punibilidad (*lato sensu*) de la tentativa.<sup>27</sup> Aquí interesa especialmente considerar el mérito de la versión actualizada de “teoría jurídica” defendida por JAKOBS, que lo lleva a caracterizar el desistimiento como una “modificación del hecho”.<sup>28</sup> La detección de las deficiencias constructivas que aquejan a este planteamiento puede contribuir a perfilar con exactitud la concepción del desistimiento susceptible de ser elaborada a partir del modelo teórico aquí favorecido.

Que el enfoque de JAKOBS admite ser entendido, sin distorsión alguna, como una versión actualizada de una “teoría jurídica” en lo concerniente a la relación entre la tentativa y el desistimiento, queda de manifiesto en el uso que aquel hace de la expresión “anulación”, que justamente identifica una variante de tal “teoría jurídica”,<sup>29</sup> para tematizar el efecto que un “comportamiento de desistimiento” habría de desplegar respecto de la tentativa que representa

---

<sup>26</sup> De ahí que, como contrapartida, las reglas que —estando característicamente formuladas en la parte especial del respectivo código penal— hacen posible una liberación de pena en virtud del “arrepentimiento activo” (*tätige Reue*) de una persona a la cual ya es imputable un hecho punible consumado de determinada especie —característicamente, constitutivo de un delito de peligro concreto o de peligro abstracto—, no puedan ser entendidas como reglas que preverían la posibilidad de un correspondiente “desistimiento”. Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 219 ss.

<sup>27</sup> Véase BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 103 ss.; DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 97 ss.

<sup>28</sup> JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 85 ss.; véase también HEINTSCHEL-HEINNEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 43 ss., 47 ss. En detalle al respecto, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 68 ss.

<sup>29</sup> Tradicionalmente atribuida a ZACHARIA; véanse GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 14 ss.; SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, 2006, pp. 21 ss., 87 ss., con múltiples referencias ulteriores. Para un todavía más explícito intento de revitalización de esta concepción, HAAS, *ZStW*, (123), 2011, pp. 241 s.

su objeto de referencia.<sup>30</sup> La premisa decisiva para la caracterización del desistimiento como una “modificación del hecho” (*Tatänderung*) la encuentra JAKOBS en la proposición de que “solamente el presente se deja modificar”.<sup>31</sup> Sobre esta base tendría que quedar estrictamente fijada la demarcación entre lo que puede “todavía” contar como la modificación del hecho frente a lo que contaría “ya” como un “comportamiento posterior al hecho” (*Nachtatverhalten*).

JAKOBS es suficientemente explícito en cuanto a la drasticidad de la restricción de la operatividad del desistimiento que se sigue de ese punto de partida.<sup>32</sup> Pues solo sería posible desistir de una tentativa para quien todavía tiene control sobre la efectiva materialización del riesgo cuya actualización habría de conllevar, bajo la representación del propio agente, la realización del tipo. En cualquier otra situación, la respectiva tentativa contaría, en cambio, como fallida, esto es, como no susceptible de ser “anulada” por vía de desistimiento.<sup>33</sup> Para ilustrar el criterio así alcanzado, consideremos el ejemplo que JAKOBS mismo ofrece de él:

Si el hechor dispara contra su víctima y tiene por no improbable una muerte inmediata, mas resultando la víctima solo lesionada, entonces el riesgo de un homicidio inmediato ha quedado irremediadamente perdido a través de la acción ya ejecutada; si ahora el hechor salva a la víctima de una hemorragia de una manera seguramente eficaz para ello, esto no puede alterar en lo absoluto el fracaso [*Fehlschlag*] del homicidio inmediato, puesto que este fracaso yace ya en el pasado.<sup>34</sup>

La cita muestra, con suficiente contundencia, cuán revisionista llega a ser la tesis de JAKOBS. Pues este niega que, en el caso del ejemplo, el comportamiento posterior del hechor pueda constituirse como un desistimiento excluyente de la punibilidad de la tentativa de homicidio que le es imputable, a pesar de que ese comportamiento posterior indudablemente representa un impedimento (eficaz) de la consumación del potencial homicidio. En la medida en que ese impedimento de la consumación sea voluntario, ello tendría que dar lugar, en conformidad con la primera oración del párr. 1º del § 24 del StGB, a una exclusión de la punibilidad de la correspondiente tentativa (acabada) de homicidio.<sup>35</sup> Y en contra de lo sugerido por JAKOBS,<sup>36</sup> ello no admite ser controvertido, *de lege lata*, en razón del carácter *azaroso* de la falta de realización del riesgo de un “homicidio inmediato”, que como tal no debería favorecer al hechor.<sup>37</sup> Pues la regulación así plasmada reconoce al agente que según su propia

---

<sup>30</sup> Véase JAKOBS, *ZStW*, (104) 1992, pp. 83 s.

<sup>31</sup> JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 88.

<sup>32</sup> JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 89 ss., 98 ss.

<sup>33</sup> Véase JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, pp. 93 s., 98 s.

<sup>34</sup> JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 93.

<sup>35</sup> Fundamental al respecto, BERGMANN, «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *ZStW*, (100), 1988, pp. 345, 352, llamando la atención acerca de la inadecuación de semejante versión “estricta” de la tesis de la consideración individual, *de lege lata*, frente al tenor del párr. 1º del § 24 del StGB.

<sup>36</sup> Así JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 92; véase también HEINTSCHEL-HEINEGG, *ZStW*, (109), 1997, pp. 44 ss.

<sup>37</sup> No está de más observar que semejante aversión al azar no es susceptible de ser consistentemente implementada, sin más, como clave de reconstrucción de la dogmática de la tentativa. Pues tanto la demarcación de la consumación frente a la tentativa, por un lado, como la demarcación de esta frente a la “mera preparación”, por otro, están condicionadas por manifestaciones de la “suerte resultativa” y la

representación de las circunstancias cuenta *fortuitamente* con la chance de impedir el acaecimiento del resultado, y así la consumación del delito respectivo, la oportunidad para, por esa vía, tomar posición *de manera no fortuita* contra su comportamiento precedente, el cual de lo contrario le sería imputable como delito consumado. Y es precisamente semejante toma de posición *contra su precedente toma de posición* contra la norma lo que puede dar lugar a la exclusión de la punibilidad de la tentativa ya “irrevocablemente” constituida.<sup>38</sup>

La tesis de JAKOBS no logra dar cuenta de la ya analizada bidimensionalidad del desistimiento. Pues el sentido en el cual cabe identificar el desistimiento con la “modificación” de un hecho delictivo todavía actual es únicamente el sentido en el cual el desistimiento (eficaz) obsta a la constitución de un delito *consumado*. Respecto de la *tentativa* así configurada, empero, el desistimiento siempre aparece, inexorablemente, como un “comportamiento posterior-al-hecho”.<sup>39</sup> Con ello, la pregunta que debe ser respondida apunta precisamente al significado atribuible a tal (posterior) *toma de posición* del agente acerca del quebrantamiento de la norma que le es imputable, en cuanto toma de posición que tiene lugar en una situación en la cual aún no se encuentra definido el estatus de ese quebrantamiento de la norma como un delito consumado o tentado.

### 3. El desistimiento como revisión (imputable) del quebrantamiento de la norma

#### 3.1. Los presupuestos de la toma de posición a favor de la norma quebrantada

La mejor caracterización disponible de la toma de posición del agente, potencialmente constitutiva de un desistimiento, la encontramos en la observación, aportada por KINDHÄUSER, de que aquel puede ser entendido como una *revisión* de la contradicción de la norma imputable al autor.<sup>40</sup> Esto determina, en lo inmediato, que el desistimiento deba ser categorialmente situado en el nivel de referencia de la norma de sanción que refuerza la vigencia de la norma de comportamiento de cuyo quebrantamiento se trata. Pues este es el nivel en el cual queda situada la tematización de la puesta en cuestión de la norma de comportamiento.<sup>41</sup>

---

“suerte circunstancial”; véase, respectivamente, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 481 ss.; EL MISMO, «Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción», *Revista Chilena de Derecho*, (46), 2019, pp. 837 ss.

<sup>38</sup> Fundamental al respecto, MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 39 ss., quien acertadamente muestra que la solución de JAKOBS es, en último término, incompatible con la aceptación de la distinción entre consumación y tentativa. En contra de su propia pretensión, esto tiende a ser confirmado por la observación de DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 126, en cuanto a que a la tesis de la consideración individual, defendida —en una versión particularmente radical— por JAKOBS, “meramente subyace otro entendimiento de ‘consumación del hecho’”, a saber, uno bajo el cual “el delito tentado se consuma, si la tentativa ha avanzado máximamente, esto es, si el hechor ha alcanzado la conclusión de la tentativa”.

<sup>39</sup> MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 s.

<sup>40</sup> KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 217 ss.

<sup>41</sup> En la misma dirección, FRISCH, «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret*, (3), 2014, p. 25.

Precisamente esto resulta formalmente expresado en la caracterización de las reglas que especifican las condiciones positivas y negativas de la punibilidad de una tentativa de delito como reglas que hacen de esta una forma no-autónoma de comportamiento punible que, no obstante su falta de adecuación típica, exhibe una distintiva *referencia-al-tipo*. Si las reglas que definen las condiciones de punibilidad de la tentativa complementan la norma de sanción que tipifica el delito respectivo, para así volver punible un quebrantamiento de la norma de comportamiento (reforzada por esa norma de sanción) que no llega a realizar ese mismo tipo-de-delito (y que por ello no ejemplifica la forma de comportamiento antinormativo que es definitoria del correspondiente género delictivo)<sup>42</sup>, entonces ese también es el lugar lógico que ocupan las reglas que especifican las condiciones para una exclusión de la punibilidad de la tentativa en virtud del desistimiento de esta.

Lo anterior es consistente con que los criterios de cuya satisfacción depende la punibilidad o la falta de punibilidad de un comportamiento sean lógicamente independientes de los criterios para su (eventual) antinormatividad.<sup>43</sup> De ahí que la caracterización del desistimiento como un presupuesto negativo de la punibilidad de un comportamiento constitutivo de tentativa solo pueda descansar en la consideración de que, al desistirse, el autor “refuta” su previa declaración (concluyente) de no reconocer la norma como razón vinculante para la acción. Pues solo en la medida en que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente resulte expresivo de un reconocimiento positivo de la norma como premisa vinculante cabe explicar que resulte excluida la reacción punitiva referida a la tentativa imputable a aquel; a saber: por el hecho de que la toma de posición situacionalmente *definitiva* del autor respecto de la norma consiste en su reconocimiento como premisa vinculante, cuya eficacia como tal tendría que ser, en caso contrario, punitivamente afirmada.<sup>44</sup>

Lo anterior exige indagar en por qué tal toma de posición revisora del propio quebrantamiento de la norma depende de que este quebrantamiento no se presente todavía como constitutivo de un delito consumado. Ello equivale a explicar por qué no es concebible, *stricto sensu*, el desistimiento de un delito (ya) consumado. La respuesta emerge con la consideración, ya sugerida, de que la consumación de un delito equivale a la *perfecta congruencia performativa* que exhibe el comportamiento imputable en cuanto soporte de la declaración de la falta de reconocimiento de la norma (en tal medida) quebrantada.<sup>45</sup> En efecto, la manera performativamente perfecta de declarar que no se reconoce como premisa vinculante una norma que prohíbe o requiere acciones de un cierto tipo consiste en no omitir o no ejecutar una acción que en efecto llega a satisfacer la descripción que la convierte en una instancia del tipo-

---

<sup>42</sup> Que la tentativa exhibe, como forma de punibilidad “dependiente”, una distintiva “referencia-al-tipo” (*Tatbestandsbezogenheit*), sin exhibir, empero, una “adecuación-al-tipo” (*Tatbestandsmäßigkeit*), es el hallazgo fundamental al que llegara BELING en su revisión del tratamiento que él diera a la tentativa en su monumental *Die Lehre vom Verbrechen*; véase BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, pp. 2, 17 s. Sobre esto, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 467 s.

<sup>43</sup> Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 218. Detalladamente acerca del problema, MAÑALICH, «Reglas primarias de obligación», *ZIS*, (11), 2012, pp. 578 ss., 582 ss.

<sup>44</sup> Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 218. Para un argumento sumamente próximo, véase GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 68 s. Aun cuando desde una perspectiva diferente, en esta dirección argumenta también AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 218 ss.

<sup>45</sup> En detalle, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 476 s.

de-acción sometido a prohibición o requerimiento. Esto quiere decir que la falta de reconocimiento de la norma respectiva, declarada a través de un comportamiento imputable a título de delito *consumado*, se distingue por ser pragmáticamente *inequívoca*. Y este carácter inequívoco de la correspondiente declaración portadora de significación delictiva trae consigo —cabría decir— una preclusión de la oportunidad para que el agente la refute a través del despliegue de un comportamiento que sirva de soporte a una contra-declaración.

Con ello, una revisión del quebrantamiento de la norma, capaz de condicionar una exclusión de su punibilidad, solo resulta procedente en tanto la declaración imputable al agente aún no se presente como inequívoca, esto es, en tanto el quebrantamiento de la norma en cuestión no aparezca como declarativamente perfecto. Solo en la medida en que el comportamiento ya desplegado por el agente no se identifique con un quebrantamiento perfecto de la norma cabe decir —haciendo uso de la terminología introducida por DOLD— que el agente todavía conserva la posibilidad de volver “confusa” (*perplex*) su toma de posición acerca de la norma.<sup>46</sup> Pues una vez que su toma de posición deviene inequívoca, para aquel deja de ser posible *rectificar* esa declaración por la vía de evitar o impedir que ella se constituya como una declaración performativamente perfecta. Y de ahí que no resulte posible interpretar el eventual comportamiento posteriormente desplegado por el destinatario de la norma como una contra-declaración rectificadora de su previa toma de posición contra la norma, si él asume que la posibilidad de que el delito se consume estaría ya excluida. Pues en una situación tal no es posible interpretar su comportamiento, con cargo a su propia representación de las circunstancias, como el aprovechamiento de una oportunidad para evitar o impedir la consumación. Esta trivialidad pragmática se expresa, dogmáticamente, en la caracterización del correspondiente quebrantamiento de la norma como constitutivo de una tentativa *fallida*.<sup>47</sup>

### 3.2. El significado del desistimiento como contra-declaración

Una ventaja de la concepción del desistimiento como una revisión del quebrantamiento de la norma radica en su prescindencia de la problemática sugerencia de que, al desistir, el autor de la tentativa “revocaría” su previo quebrantamiento de la norma. Pues esta última jerga vuelve ininteligible la consideración de que aquello de lo cual el autor se desiste *es* el quebrantamiento de una norma jurídico-penalmente reforzada, que *ex post* llega a exhibir el estatus de una tentativa. Esto es crucial para captar el sentido preciso en el cual el desistimiento (voluntario) puede volver *retributivamente innecesaria* la reacción punitiva a la respectiva tentativa.<sup>48</sup>

Un comportamiento susceptible de resultar punible, a título de delito consumado o tentado, ha de ser imputable como una falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante, en la forma de la infracción de un deber situacionalmente fundamentado por esa misma norma,

---

<sup>46</sup> Véase DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 109 s., cuya propuesta teórica, con todo, no lleva a consecuencias idénticas a las aquí alcanzadas.

<sup>47</sup> Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 34. Para un esbozo de la concepción (“belingiana”) de la punición retributiva aquí asumida, véase MAÑALICH, «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret*, (2), 2015, pp. 6 ss., 11 ss., 18 ss.

<sup>48</sup> En esta dirección, ya MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 28 s.

según las propias capacidades atribuibles a su destinatario.<sup>49</sup> La infracción de ese deber, constituida por (el inicio de) la no-omisión o (el inicio de) la no-ejecución de una acción que el destinatario de la norma tendría que haber omitido o ejecutado para adecuar su comportamiento a la norma, no es pasible de ser retroactivamente suprimida (o “anulada”) del mundo.<sup>50</sup> Por ello, un comportamiento posterior desplegado por el mismo agente, capaz de fundamentar una exclusión de la punibilidad de semejante infracción de deber en la forma de una revisión del precedente quebrantamiento de la norma, necesita ser interpretable como algo cualitativamente distinto de la mera renuncia a un posible nuevo quebrantamiento de la norma en cuestión. Puesto en otros términos: el desistimiento de la tentativa no puede ser identificado con la renuncia a una nueva toma de posición en contra de la norma de comportamiento ya quebrantada, sino que necesita ser identificado, más bien, con una toma de posición, “tardía, mas no demasiado tardía”,<sup>51</sup> a favor de esa misma norma, en la forma de una toma de posición contra su propio quebrantamiento precedente de esa misma norma.<sup>52</sup>

No estaría de más observar que es exactamente un reconocimiento positivo de la norma imputablemente quebrantada, no reducible a la mera restitución (ficticia) de una situación de inexistencia de su quebrantamiento, aquello que según HEGEL sería definitorio del “restablecimiento del derecho” a través de la “cancelación del crimen” que define la operación de la pena desde el punto de vista de la “justificación objetiva” de esta.<sup>53</sup> Pues tal como queda ya anunciado en el § 82 de sus *Grundlinien*, “el restablecimiento del derecho” mediado por “la negación de su negación” tiene lugar en la forma de su propia reafirmación como “algo real y vigente”.<sup>54</sup>

Pero aquí hay que advertir que la toma de posición a favor de la norma, operada a través de la toma de posición en contra del respectivo quebrantamiento de la norma, no puede ser identificada, por vía de generalización, con una toma de posición a favor del respectivo ordenamiento jurídico “en su conjunto”. Pues el quebrantamiento de la norma del cual su destinatario pudiera eventualmente desistirse no se deja redefinir, por vía de generalización, como una toma de posición en contra de ese mismo ordenamiento jurídico “en su conjunto”.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 54 ss., 57 ss.; MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, (44), 2017, pp. 469 ss., 484 s.

<sup>50</sup> Fundamental, GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, pp. 66 s. Al respecto, HAAS, *ZStW*, (123), 2011, pp. 239 ss.

<sup>51</sup> Véase GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, p. 69.

<sup>52</sup> Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 s., quien acertadamente observa que, a través de su desistimiento, el agente “emite la declaración contraria — y ya no referida a un hecho nuevo, sino referida al mismo hecho”.

<sup>53</sup> Sobre esto, MIZRAHI, «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía*, (29), 2004, pp. 13 ss. Latamente al respecto, RAMB, *Strafbegründung in der Systemen der Hegelianer*, 2005, pp. 31 ss.

<sup>54</sup> HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 82. Véase RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, 2005, pp. 23 s. Acerca de la noción aquí relevante de vigencia, véase PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, pp. 37 s.; al respecto, ya MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, pp. 89 ss.

<sup>55</sup> Así, empero, PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 33; en contra, MAÑALICH, «ExLibris», *InDret*, (2), 2019, pp. 28 s. Para un pormenorizado argumento en la dirección opuesta a la de la tesis de PAWLIK, véase GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, pp. 54 ss.

De ahí que, como observa MURMANN, “[e]l desistimiento se refier[a] a la máxima-de-injusto expresada a través del hecho concreto y no a la actitud general del hecho ante el derecho”.<sup>56</sup> Esto basta para descartar la plausibilidad de la fundamentación de la exclusión de la punibilidad ofrecida por la concepción del desistimiento asociada a la así llamada “teoría del fin (preventivo-especial o preventivo-general) de la pena”.<sup>57</sup> Pues el desistimiento *de la tentativa* no puede ser entendido como un genérico “regreso a la legalidad”,<sup>58</sup> sino solo como la revisión de un quebrantamiento todavía no declarativamente inequívoco de la respectiva norma de comportamiento.

### 3.3. Las dos modalidades de la toma de posición a favor de la norma y los dos niveles de su imputación

La toma de posición del agente a favor de la norma, capaz de ser reconocida como un desistimiento excluyente de la punibilidad de la respectiva tentativa, puede tener lugar de dos maneras, a saber: o bien en la forma de una evitación de la consumación a través de un *cumplimiento* todavía posible del mismo deber cuya infracción ya es imputable al agente, que es lo propio de lo que *ex post* cuenta como el desistimiento (eficaz) de una tentativa inacabada; o bien en la forma de un impedimento de la consumación a través de la ejecución de una acción que *supererogatoriamente* trasciende el deber cuya infracción ya es imputable al agente, que es lo propio de lo que *ex post* cuenta como el desistimiento (eficaz) de una tentativa acabada.<sup>59</sup>

Que en este último caso el comportamiento constitutivo de desistimiento es expresivo de un *reconocimiento positivo* de la norma como premisa, no reducible a una mera falta de reconocimiento de la misma norma, debería ser fácil de advertir. Pues es claro que un impedimento de la consumación resultante de una acción cuya ejecución no resultaba exigida por la norma *en la situación* en la que quedara fundamentado el deber (de abstención o de acción) infringido por su destinatario no es reducible a la mera renuncia a una nueva toma de posición contra la norma en cuestión. Considérese el caso siguiente:

---

<sup>56</sup> MURMANN, «Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts durch Verzicht auf active Erfolgsherbeiführung», *GA*, (159-12), 2012, p. 720. Hay que advertir, con todo, que MURMANN hace suya una concepción de la tentativa inacabada según la cual esta quedaría ya iniciada en el instante en que el agente ejecuta una “acción preparatoria próxima al tipo” con la intención de llegar a ejecutar la “acción típica”, lo cual implicaría que la norma así quebrantada no sea la misma que aquella cuyo quebrantamiento es constitutivo del respectivo delito consumado, en relación con la cual la primera cumpliría la función de una “norma de flanqueo”. Véase MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 5 s., 10 ss., 24 ss., 33 ss.; críticamente al respecto, MAÑALICH, *Isonomía*, (51) 2019, pp. 50 ss., 54 ss. De ahí que no resulte plausible, sin más, la tesis de que ya la renuncia a materializar la intención de alcanzar la ejecución de la respectiva acción principal “confirme la validez de la norma ‘primaria’ de comportamiento”; así empero MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, p. 35.

<sup>57</sup> Véase ROXIN, *AT*, t. II, 2003, § 30, nm. 4 ss.; MUÑOZ CONDE, «Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *ZStW*, (84), 1972, pp. 760 ss.

<sup>58</sup> Así p.ej., HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, pp. 263 s. Acertadamente en contra JAKOBS, *ZStW*, (104), 1992, p. 88; para una pormenorizada revisión crítica, POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 72 ss., 81 ss. En la literatura más reciente, véase DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 18 ss., quien ofrece una impugnación de la “teoría del fin de la pena” tanto en su variante preventivo-general como en su variante preventivo-especial.

<sup>59</sup> Al respecto, y detalladamente, MAÑALICH, «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal*, (15-30), 2020 (de próxima publicación), sección 1.2.

A dispara tres veces su arma de fuego, “a quemarropa” contra B, dejándolo gravemente herido; antes de perder la consciencia, B suplica a A que se apiade de él y lo conduzca hasta un hospital, lo cual en definitiva ocurre, logrando B ser salvado por el equipo médico que le brinda atención.

Los disparos que dejan herido a B convierten a A en garante por injerencia, quedando este obligado, en consecuencia, a impedir que B muera. Con ello, al dejar a B en el hospital, donde la vida de este logra ser salvada, A cumple con el deber que, en cuanto garante, le impone la norma de *requerimiento* cuyo quebrantamiento sería constitutivo de un homicidio omisivo.<sup>60</sup> Pero en lo que aquí interesa, al hacer efectivamente posible el salvamento de B, A al mismo tiempo impide la consumación del respectivo homicidio comisivo, desistiéndose así de la correspondiente tentativa acabada. Y puesto que esta tentativa acabada de homicidio (comisivo) se corresponde con la infracción de un deber fundamentado por la *prohibición* de matar a otro ser humano, es claro que, en relación con el deber de abstenerse de disparar contra B, cuya infracción es constitutiva de esa misma tentativa, el impedimento de la muerte de B por la vía de asegurar su salvamento por el equipo médico va “más allá” de esa exigencia ya incumplida.<sup>61</sup> De ahí que el traslado de B hasta el hospital, efectuado por A, sea aquí interpretable como un reconocimiento positivo de la prohibición del homicidio, resultante en que A impida, a través de la ejecución de esa acción, que su comportamiento precedente llegue a ejemplificar el tipo de acción sometido a esa prohibición.

En referencia al caso recién considerado, es crítico notar que la caracterización del impedimento de la consumación del homicidio (comisivo) en cuestión como la ejecución de una acción (jurídicamente) supererogatoria descansa en la posibilidad de diferenciar un concepto absoluto y un concepto relativo de supererogación. La ejecución de una acción es *relativamente* supererogatoria cuando, en relación con un determinado deber (jurídico) cuyo cumplimiento o incumplimiento pudiera ser atribuible a un agente en la situación respectiva, aquella va más allá de la exigencia de comportamiento representada por ese mismo deber.<sup>62</sup> En cambio, la

---

<sup>60</sup> Que el cumplimiento de un deber de garantía fundamentado por una norma de requerimiento no necesita ser “personalísimo”, pudiendo, en cambio, tener lugar por vía de delegación (*lato sensu*), es acertadamente notado por VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, p. 172.

<sup>61</sup> Nótese que a la misma conclusión cabe llegar en referencia a casos en los cuales, a diferencia del recién considerado, la norma que fundamenta el deber ya infringido por el autor de la respectiva tentativa acabada es idéntica a la norma que pudiera fundamentar un deber susceptible de ser cumplido a través de la ejecución de la acción por la cual, al mismo tiempo, aquel se desiste de esa tentativa. Esto puede ocurrir, característicamente, en casos de tentativa de un delito omisivo. Que en estos casos sigue siendo correcta la caracterización deóntica del correspondiente desistimiento como una instancia de comportamiento (relativamente) supererogatorio, a pesar de que ese mismo comportamiento sería coextensivo con el cumplimiento de un deber (fundamentado por la misma norma), se explica por la circunstancia de que la identidad de la norma capaz de servir como fundamento de dos deberes no implica la identidad de los deberes fundamentados por aquella. De acuerdo con la tesis aquí asumida, la subsistencia de la situación en la cual la norma fundamenta el deber en cuya infracción consiste la respectiva tentativa sirve como el criterio para determinar cuándo la tentativa cuenta como acabada, a saber: en el instante en el cual esa situación resulta extinta. En detalle al respecto, MAÑALICH, «Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa», 2020 (de próxima publicación), *passim*.

<sup>62</sup> No estaría de más observar que semejante relativización de la caracterización deóntica de un comportamiento está lejos de representar una maniobra *ad hoc*. Es perfectamente legítimo (e indispensable para determinados propósitos), p.ej., caracterizar una acción o bien como prohibida o bien

ejecución de una acción es *absolutamente* supererogatoria cuando aquella sobrepasa la totalidad de las exigencias (jurídicas) de comportamiento que pudieran recaer sobre el agente en la situación respectiva. Es claro que el concepto aquí relevante es el de supererogación relativa, precisamente porque, *en relación con* el deber cuya infracción se identifica con la posible tentativa acabada, el impedimento de la consumación del delito correspondiente necesariamente sobrepasará la exigencia de comportamiento en la que consiste ese mismo deber. Y esto es obviamente compatible con que, en la situación que le brinda la oportunidad para impedir la consumación del delito en cuestión, sobre el agente recaiga un *deber* (jurídico) *distinto*, susceptible de verse cumplido a través del mismo comportamiento por medio del cual el agente pudiera desistirse de la tentativa en cuestión.

Pero también en los casos de desistimiento de una tentativa inacabada, en los cuales el desistimiento admite ser identificado con el cumplimiento del deber ya (inicialmente) infringido por el destinatario de la norma, aquel necesita corresponderse con un reconocimiento positivo de esa misma norma, que como tal no será reducible a la mera renuncia a quebrantarla nuevamente. Para entender por qué, es necesario reparar en que entre los conceptos de *incumplimiento de un deber* y *cumplimiento de un deber* existe una relación de oposición contraria, y no de oposición contradictoria.<sup>63</sup> Esto quiere decir que, respecto de un posible deber “d” y una persona “P”, si bien no es posible que las proposiciones expresadas en las oraciones “P incumplió d” y “P cumplió d” sean conjuntamente verdaderas, sí es posible que ellas sean conjuntamente falsas.

Que es posible que una persona no incumpla un deber sin al mismo tiempo cumplir ese deber, lo ilustra el hecho de que mientras escribo estas líneas no esté incumpliendo deber alguno fundamentado por la prohibición del homicidio, sin que ello implique que, al mismo tiempo, yo esté cumpliendo un deber fundamentado por esa misma prohibición. Para que esto último fuese el caso, mientras (sólo) escribo estas líneas tendría que encontrarme en una situación que, según mi propia representación de las circunstancias, me brinde la oportunidad de matar a otro ser humano, de manera tal que mi comportamiento pueda ser interpretado como la abstención de dar muerte a otro ser humano.<sup>64</sup> Y es del todo concebible que, mientras escribo estas líneas, no se configure semejante oportunidad.

De ahí que del hecho de que una persona no esté incumpliendo un deber determinado no pueda inferirse que ella esté cumpliendo ese mismo deber: *tertium datur*. Por ello, si aún subsiste la situación en la cual quedó fundamentado el deber ya (inicialmente) infringido —esto es, ya “incumplido”— por el destinatario de la norma, este todavía puede todavía tomar posición *a favor* de esta por la vía de ejecutar u omitir una acción *en cumplimiento* de ese mismo deber, precisamente porque este cumplimiento (todavía posible) del deber en cuestión no será reducible a la mera inexistencia de su incumplimiento.<sup>65</sup>

---

como permitida bajo una determinada norma, sin que ello prejuzgue cuál sea el estatus deóntico de esa misma acción bajo un conjunto más amplio de normas (al cual la norma en cuestión pudiera pertenecer).

<sup>63</sup> Acerca de las relaciones lógicas expresables a través del esquema del “cuadrado lógico”, véase JOERDEN, *Logik im Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 7 ss.

<sup>64</sup> Véase KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, p. 42; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 35 s.

<sup>65</sup> Esto es pasado por alto por DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 110, n. 3, cuando observa que “en el derecho penal [no hay] tomas de posición positivas acerca de la vigencia de

Que tanto la evitación obligatoria (o “erogatoria”) como el impedimento supererogatorio de la consumación del delito correspondiente puedan ser interpretados como una toma de posición del destinatario de la norma a favor de esta, equivale a que el comportamiento constitutivo de desistimiento le sea *imputable* como un reconocimiento de la norma quebrantada *qua* premisa vinculante. Los criterios de cuya satisfacción depende la imputabilidad del desistimiento como una revisión del quebrantamiento de la norma, a modo de un reflejo de los criterios que condicionan la imputabilidad del quebrantamiento de la norma, pueden entenderse organizados en dos niveles diferentes,<sup>66</sup> a saber: en el nivel de una *imputatio facti*, por un lado, y el nivel de una *imputatio iuris*, por otro.<sup>67</sup>

En el primer nivel de imputación, la pregunta consiste en si, en atención a la capacidad-de-acción del agente, la evitación o el impedimento de la consumación puede atribuírsele a título de desistimiento, en la forma de una *imputatio facti*. Este es el *locus logicus* al que pertenece, entre otros, el debate acerca de si el desistimiento ha de satisfacer un determinado estándar que cualifique la exigencia de eficacia, tal como lo sostienen, verbigracia, quienes defienden el estándar de la “prestación óptima”.<sup>68</sup> En el segundo nivel, se trata de si el desistimiento es imputable al destinatario de la norma como una toma de posición motivacionalmente autónoma a favor de esta, en la forma de una *imputatio iuris*. Es en este nivel donde queda radicada la pregunta por el sentido y alcance de la exigencia de *voluntariedad* que ha de satisfacer el desistimiento para dar lugar a una exclusión de la punibilidad de la tentativa.

---

normas de comportamiento”, lo cual descansaría en que, jurídico-penalmente, la intención de *no* quebrantar una norma de comportamiento y la *inexistencia* de una intención de quebrantar una norma de comportamiento serían enteramente equivalentes. Semejante equiparación de la *negación interna* y la *negación externa* de la (afirmación de la) existencia de una intención de quebrantar la norma de comportamiento en cuestión desconoce que la imputación jurídico-penal, construida sobre el modelo contrafáctico de una persona que practica la fidelidad al derecho, convierte el seguimiento intencional de la norma respectiva en el objeto de referencia de la expectativa de fidelidad al derecho cuya defraudación legitima el reproche de culpabilidad. Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 18, 20 s., 25, 42 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*, 1993, pp. 68 s. De ahí que una toma de posición personal contra la norma no consista más que en su falta de reconocimiento como premisa vinculante en una situación en la que cabía esperar tal reconocimiento de parte de su destinatario. Que una reacción jurídico-penal solo proceda en contra de una falta de toma de posición a favor de la norma respectiva, no implica que esa misma reacción no pueda quedar *excluida* en virtud de una toma de posición a favor de la norma.

<sup>66</sup> Fundamental, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 218 s.

<sup>67</sup> Para una presentación canónica de esta distinción, véase HRUSCHKA, «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, (3), 1986, pp. 682 ss. Que la distinción así planteada es inmediatamente pertinente aquí, lo muestra la observación de AMELUNG, *ZStW*, (120), 2008, pp. 225 s., en cuanto a que una “coacción absoluta” (en el sentido de una *vis absoluta*) no compromete la voluntariedad del desistimiento, sino solo el carácter-de-acción del comportamiento potencialmente constitutivo de desistimiento. En general acerca de la distinción de los dos niveles en los cuales se desenvuelve el concepto adscriptivo de coacción, véase MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 279 ss., 301 s.

<sup>68</sup> Al respecto y en detalle, ALCÁCER, *¿Está bien lo que bien acaba?*, 2002, pp. 60 ss., 77 ss.

#### 4. El desistimiento de la tentativa como excusa absolutoria

Para cerrar esta indagación, cabe observar que el argumento hasta aquí presentado lleva a una respuesta unívoca de la pregunta por la “naturaleza jurídica” del desistimiento.<sup>69</sup> En cuanto condición negativa de la punibilidad de la tentativa, la función del desistimiento no logra ser adecuadamente descrita a través de su caracterización, en la terminología que hace suya buena parte de la doctrina alemana, como una “causa personal de *cancelación* de la pena”,<sup>70</sup> cuyo equivalente en la tradición jurídica hispánica sería la categoría de una “causa de extinción de la responsabilidad penal”.<sup>71</sup> Pues los factores que tradicionalmente reciben esta última denominación —verbigracia: la prescripción de la acción penal, o el otorgamiento de un indulto— se distinguen por no mostrar una conexión *interna* con el comportamiento punible,<sup>72</sup> con lo cual deviene imposible dar cuenta de la bidimensionalidad que el desistimiento exhibe en su doble referencia a-la-consumación y a-la-tentativa.<sup>73</sup>

Y más precisamente todavía: bajo la concepción del desistimiento como una revisión imputable del quebrantamiento de la norma, ya presentada, la exclusión de la punibilidad de la tentativa resultante de aquel no admite ser explicada como la “cancelación” —*qua* supresión retroactiva— de una punibilidad “ya fundamentada”.<sup>74</sup> Pues que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente admita ser interpretado como un desistimiento de su tentativa solo se deja establecer *ex post*, una vez que consta que el quebrantamiento de la norma que le es imputable tiene el carácter de una tentativa, y no, en cambio, el carácter de un delito consumado. Ello impide sostener que la punibilidad de esa misma tentativa, en cuanto *tentativa*, hubiera podido quedar configurada previamente.<sup>75</sup> Por ello, es preferible la caracterización dogmática del desistimiento como una “causa de exclusión de la pena”

---

<sup>69</sup> Sobre el debate doctrinal existente al respecto, véase solo POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 217 ss.

<sup>70</sup> Así recientemente, HERRMANN, *Der Rücktritt im Strafrecht*, 2013, pp. 18 ss. Sobre el problema, véase BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, 1975, pp. 105 ss.; latamente al respecto, BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 147 ss., 166 ss.

<sup>71</sup> Esto es pasado por alto por DAVID, *El desistimiento de la tentativa*, 2009, pp. 136 s., quien asume sin más que el equivalente hispánico de la categoría de una *Strafaufhebungsgrund* consistiría en una “excusa legal absolutoria”. Para un reconocimiento de la distinción, véase en cambio POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 225 ss.

<sup>72</sup> JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, pp. 126 ss.

<sup>73</sup> *Supra*, 1.1.

<sup>74</sup> Para un argumento tendencialmente en esta dirección, véase BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 168 ss., 172 ss., aun cuando desde la perspectiva provista por la “teoría del fin de la pena”, que lo lleva a asumir un enfoque favorable a la “consideración global” de la tentativa y el desistimiento, resultante en la tesis de que el desistimiento modificaría ya “el contenido de injusto del hecho”.

<sup>75</sup> Así, empero, MARTÍNEZ-BUJÁN, «García Pérez, Octavio: La punibilidad en el derecho penal, Ed. Aranzadi, Madrid, 1997 (433 páginas)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, (5), 2000, pp. 387 ss., con n. 6.

(*Strafausschließungsgrund*),<sup>76</sup> lo cual, en el contexto de nuestra tradición jurídica, encuentra su equivalente más próximo en la noción de una *excusa absolutoria*.<sup>77</sup>

Para hacer dogmáticamente admisible esta última caracterización, empero, es imprescindible clarificar el sentido en que la categoría de la punibilidad *stricto sensu* se identifica con aquello que se encontraría “más allá” de los presupuestos de un injusto culpable. Bajo el modelo de teoría de las normas aquí favorecido, por “punibilidad” (en sentido estricto) ha de entenderse la propiedad de un comportamiento consistente en que este satisfaga el conjunto de condiciones, extrínsecas a la constitución del quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento en cuestión, de las cuales depende que ese quebrantamiento de la norma se convierta, en el nivel de las correspondientes normas de sanción, en el antecedente de una reacción punitiva. Tratándose del quebrantamiento de una norma de comportamiento representado por una posible tentativa, que el desistimiento opere como una condición negativa de la punibilidad significa que este priva a esa tentativa de la cualidad de servir como antecedente de una reacción punitiva. Y el fundamento de la exclusión de punibilidad así condicionada radica en que quien se desiste de la tentativa que le es imputable refuta por sí mismo, en un momento en que todavía puede hacerlo, la declaración de no reconocer la norma (en tal medida: imperfectamente) quebrantada como premisa vinculante, lo cual vuelve innecesaria, *a su respecto*, una refutación punitiva de esa misma declaración.<sup>78</sup>

Esta categorización del desistimiento trae consigo una solución satisfactoria del problema consistente en la determinación del alcance personal de la exclusión de la punibilidad de la tentativa por desistimiento en contextos de “co-intervención delictiva”. Pues más allá de cuál sea el nivel de accesoriedad (“cualitativa”) al cual el respectivo sistema jurídico someta una imputación a título de participación,<sup>79</sup> la caracterización del desistimiento como una condición negativa de la punibilidad *de la tentativa* hace adecuadamente reconocible que —a diferencia de lo sugerido por la “teoría de la unidad”— el desistimiento no compromete (negativamente) la existencia de la tentativa cuya punibilidad puede resultar excluida en virtud de ese mismo desistimiento.<sup>80</sup> Antes bien, y en cuanto semejante exclusión de la punibilidad esté

---

<sup>76</sup> Acerca de su relación con la noción de causa de cancelación de la pena, véase BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976, pp. 13 ss.; en inmediata referencia al desistimiento, SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, 2006, pp. 155 s.

<sup>77</sup> Fundamental al respecto, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en Derecho penal*, 1997, pp. 163 ss., 392 s.

<sup>78</sup> Similarmente, FRISCH, *InDret*, (3), 2014, p. 25: “Quien se aparta así de su propio cuestionamiento del Derecho y regresa a la senda del mismo, revoca con ello idealmente ese cuestionamiento y convierte en superfluo un rechazo expreso estatal a través de la condena reprobadora y la pena”. Nótese, con todo, que el recurso a la metáfora de un “regreso a la senda del derecho” necesita ser sustituido, bajo la concepción aquí defendida, por la especificación de que es (nada más que) la norma situacionalmente quebrantada aquello cuyo reconocimiento ha de ser declarado por quien de esa manera *revisa* el quebrantamiento de esa misma norma.

<sup>79</sup> Lo cual, como es obvio, impacta directamente en la viabilidad sistemática de la concepción del desistimiento como una “causa de exclusión de la culpabilidad”, en la senda marcada por ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, 1976, pp. 90 ss. Para una defensa más reciente de esta posición, véase SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, 2006, pp. 137 ss., 151 ss.

<sup>80</sup> Ello determina que la solución recientemente defendida por DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 113 ss., no goce de plausibilidad. DOLD mantiene la tesis de que el desistimiento de la tentativa operaría, en relación con esta, como una “causa impeditiva del injusto”

condicionada por la ya considerada exigencia de eficacia, el desistimiento determina que el comportamiento de cuya punibilidad se trata en efecto sea constitutivo de una tentativa y no, *en cambio*, de un delito consumado.<sup>81</sup>

En la medida en que la exclusión de la punibilidad de la tentativa se funda en que el desistimiento es expresivo de una toma de posición a favor de la norma que ha de ser *personalmente imputable* como una revisión del previo quebrantamiento de esa misma norma, la correspondiente exclusión de la punibilidad de la tentativa solo puede favorecer a aquel o aquellos intervinientes en el quebrantamiento de la norma a quien o a quienes la revisión de este sea personalmente imputable.<sup>82</sup>

## 5. Bibliografía

ALCÁCER (2002), *¿Está bien lo que bien acaba?*, Comares, Granada.

AMELUNG (2008), «Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (120), pp. 205 ss.

BELING (1930), *Die Lehre vom Tatbestand*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

BERGMANN (1988) «Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (100), pp. 329 ss.

BINDING (1915), *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, t. I, Duncker & Humblot, Múnich y Leipzig.

BLOY (1976), *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Duncker & Humblot, Berlín.

---

(*Unrechtshinderungsgrund*), debiendo ser la noción relevante de “injusto” definida, en contraste con el uso doctrinal más generalizado, como indicativa de la conjunción de “las propiedades de un hecho punible que justifican reaccionar con una pena a este” (p. 114), a la vez que sostiene que de semejante “ordenación sistemática del desistimiento” no se dejarían extraer “consecuencias delictivo-sistemáticas inmediatas” (p. 115). No es fácil advertir cómo es usado el concepto de sistema categorial si se hace abstracción de las relaciones de inferencia e incompatibilidad que tal sistema pretendidamente fundamenta. Una objeción similar admitiría ser dirigida contra el intento de POZUELO por compatibilizar la tesis del desistimiento como “causa de exclusión del injusto típico” con el carácter accesorio de una intervención constitutiva de participación, si no fuera por el hecho de que ella explícitamente aboga por una relativización del “dogma” de la accesoriedad; véase POZUELO, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, 2003, pp. 270 ss.

<sup>81</sup> Esta observación no deviene problemática en referencia a regímenes regulativos que, como el alemán, reconocen como forma alternativa de desistimiento (no eficaz) aquella consistente en un esfuerzo serio por impedir la consumación. Pues que aquello a lo cual se encuentra referido el desistimiento tenga el carácter de una tentativa también depende de la comprobación, solo posible *ex post*, de la falta de consumación del delito correspondiente. Véase *supra*, 1.2.

<sup>82</sup> Ello necesita ser sistemáticamente distinguido del problema del “distanciamiento previo” de un potencial interviniente, consistente en remover o neutralizar su propia contribución “en fase preparatoria”. Latamente al respecto, FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, pp. 33 ss.

- BURKHARDT (1975), *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- DAVID (2009), *El desistimiento en la tentativa*, Marcial Pons, Buenos Aires.
- DOLD (2017), *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- DOMÍNGUEZ (2013), *El desistimiento de la tentativa*, BdeF, Montevideo y Buenos Aires.
- FAD (2005), *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, Duncker & Humblot, Berlín.
- FRISCH (2014), «Pena, delito y sistema del delito en transformación», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1065.pdf>
- GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en Derecho penal*, Aranzadi, Navarra.
- GARRIDO (1984), *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klosterman, Fráncfort del Meno.
- GUTMANN (1963), *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, Hansischer Gildenverlag, Hamburgo.
- HAAS (2011), «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123), pp. 226 ss.
- HEGEL (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. de 1911, Felix Meiner, Léipzig.
- HEINTSCHEL-HEINEGG (1997), «Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (109), pp. 29 ss.
- HERRMANN (2013), *Der Rücktritt im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.
- HERZBERG (1987), «Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch», en KÜPER, (coord.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York, pp. 325 ss.
- HRUSCHKA (1986), «Imputation», *Brigham Young University Law Review*, (3), pp. 669 ss.
- JÄGER (1996), *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C.H. Beck, Heidelberg.
- JAKOBS (1992), «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104), pp. 82 ss.
- JOERDEN (2010), *Logik im Recht*, 2ª ed., Springer, Berlín y Heidelberg.

KINDHÄUSER (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

MAÑALICH (2020), «El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación», *Política Criminal*, (15-30), de próxima publicación.

——— (2020), «Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa», (de próxima publicación).

——— (2019), «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Isonomía*, (51), pp. 29 ss.

——— (2019), «ExLibris», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), disponible en: <http://indret.com/wp-content/uploads/2020/01/exlibris-22019.pdf>

——— (2019), «Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción», *Revista Chilena de Derecho*, (46), pp. 821 ss.

——— (2019), «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), pp. 296 ss.

——— (2017), «La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica», *Revista Chilena de Derecho*, (44), pp. 461 ss.

——— (2015), «Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), disponible en: <http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1126.pdf>

——— (2012), «Reglas primarias de obligación», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (11), pp. 571 ss., disponible en: [http://zis-online.com/dat/artikel/2012\\_11\\_716.pdf](http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf)

——— (2010), *Terror, pena y amnistía*, Flandes Indiano, Santiago.

——— (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

MARTÍNEZ-BUJÁN (2002), «García Pérez, Octavio: La punibilidad en el derecho penal, Ed. Aranzadi, Madrid, 1997 (433 páginas)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, (5), pp. 385 ss.

MIZRAHI (2004), «La legitimación hegeliana de la pena», *Revista de Filosofía*, (29), pp. 7 ss.

MUÑOZ CONDE (1972), «Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (84), pp. 268 ss.

MURMANN (2012), «Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts durch Verzicht auf active Erfolgsherbeiführung», *Goldtammer's Archiv für Strafrecht*, (159-12), pp. 711 ss.

————— (1999), *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg.

NOVOA (2005), *Curso de Derecho Penal Chileno*, 3ª ed., t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PAWLIK (2017), *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Nomos, Baden-Baden.

POZUELO (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia.

RAMB (2005), *Strafbegründung in der Systemen der Hegelianer*, Duncker & Humblot, Berlín.

ROXIN (2003), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, Múnich.

SANCINETTI (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, Bogotá.

SCHUMANN (2006), *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*, Duncker & Humblot, Berlín.

ULSENHEIMER (1976), *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.