

¿ES INDISPENSABLE QUE EL CODELINCUENTE REALICE ALGO MÁS QUE SOLO RETIRAR SU APOORTE PARA QUE LO AMPARE LA TENTATIVA DESISTIDA IMPUNE?¹

IS IT ESSENTIAL THAT THE CO-OFFENDER DOES MORE THAN JUST WITHDRAW HIS CONTRIBUTION TO BE SHELTERED BY THE WITHDRAWN ATTEMPT WITH IMPUNITY?

Sebastián Avilés Valenti²

Luis Erazo Celedón³

Resumen

El presente estudio tiene como objetivo determinar el alcance actual de un problema de larga data: el desistimiento de la tentativa ante situaciones de multiplicidad de agentes en el hecho punible. La figura de la tentativa, y su reverso, están envueltas en un entramado de problemas de diversa índole. Esta situación se agrava cuando se mantiene un modelo atávico en lo referido a su regulación y tratamiento. De ahí que, con esto, se busca alcanzar, en primer término, un panorama sinóptico de la institución, apreciando críticamente el estado de la cuestión, importando con ello un estudio acabado en la

1 Artículo recibido el 12 de marzo de 2023 y aceptado el 02 de octubre de 2023.

2 Egresado Facultad de Derecho U. de Valparaíso. Ayudante del Departamento de Derecho penal de la U. de Valparaíso, Valparaíso, Chile. ORCID: 0009-0009-6538-3480. Dirección postal: Errázuriz, 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: sebastian_avilesvalenti@hotmail.com.

3 Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales Facultad de Derecho U. de Valparaíso. Chile. ORCID: 0009-0000-1025-3042. Dirección postal: Errázuriz, 2120, Valparaíso, Chile. Correo electrónico: luiserceledon@gmail.com.

determinación de procedencia de los requisitos, centrándose especialmente en la exigencia de su eficacia. Para la propuesta diferencial, se construye la denominada teoría doble nivel, la cual integra tanto contenidos de *lege lata* como *lege ferenda*, por tanto, bajo estructuras híbridas que favorecen el trabajo de determinación.

Palabras claves

Desistimiento, excusa absolutoria, eficacia del desistimiento, tentativa acabada e inacabada.

Abstract

The present study aims to determine the current scope of a long-standing problem: the withdrawal of the attempt in situations of multiplicity of agents in the punishable act. The figure of the attempt, and its reverse, are involved in a network of problems of various kinds. This situation is aggravated when an atavistic model is maintained in terms of its regulation and treatment. Hence, with this, it is sought to achieve, in the first place, a synoptic panorama of the institution, critically appreciating the state of the art, thereby importing a thorough study in the determination of the origin of the requirements, focusing especially on the requirement of their effectiveness. For the differential proposal, the so-called double level theory is constructed, which integrates both contents of *lege lata* as *lege ferenda*, therefore, under hybrid structures that favor the work of determination.

Keywords

Withdrawal, absolving excuse, effectiveness of withdrawal, complete and incomplete attempts.

1. INTRODUCCIÓN

La dogmática nacional y extranjera han desarrollado profusamente diversas instituciones en lo referido al Derecho penal material. No obstante, la elaboración y atención jurídica puesta ha sido diferencial; así, en lo que respecta a la tentativa en cuanto institución, continúa siendo un capítulo abierto y en constante desarrollo metodológico, aun cuando en las últimas décadas se le haya prestado mayor atención por parte de la doctrina.

Particularmente, la anomia presente en la regulación del Código penal nacional, en lo referido al desistimiento en situaciones de codelinuencia -latente en el artículo 7 del antes mencionado cuerpo legal-, se agudiza en el problema de la extensión del beneficio, ya que la causalidad en referencia a la consumación, en ocasiones, no dependerá ya de un solo interviniente, sino del otro; ello será dificultoso al momento de calibrar las exigencias para determinar qué exigir o no a un sujeto para que su desistimiento cuente como tal. Lo que puede generar, entre otras, situaciones de conflicto para con los propios ex compañeros de delito, junto a situaciones criminógenas que afecten a la víctima. Todo esto propiciado por el Estado.

De ahí que, como propósito central, se indagará en la extensión del desistimiento impune ante situaciones de multiplicidad de intervinientes, en cuanto hechos, o sea, no relativos a una exigencia del tipo penal. En razón que, entendiendo ésta como un beneficio que responde a razones político-criminales u otras, la mayor o menor exigencia por parte del Estado en la actuación o no del sujeto desistido, será clave al momento de adoptar una decisión, en este caso, abandonar o permanecer en el hecho delictivo.

Como corolario de lo anterior, y ahondando en las diversas modalidades de autoría y participación, se presenta una caracterización del desistimiento de la tentativa en lo referido a la abstención o impedimento del codelincuente

en el acto emprendido, según se trate de una tentativa de carácter inacabada o acabada. Alcanzando, por medio de una teoría doble nivel, criterios de deslinde entre las modalidades propias de la institución.

Con todo, no se trata, pues, de hallar una fórmula única no sujeta a conjeturas o refutaciones, sino de elevar una propuesta alternativa de determinación, coherente y funcional, ante una variedad o multiplicidad de actores en el hecho típico. De modo que el fin último de este trabajo es brindar un soporte sistemático y una mayor claridad al problema de investigación.

2. DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

2.1. Cuestiones preliminares

Es necesario señalar que el punto de partida de la regulación del desistimiento es la distinción entre tentativa y frustración, con el prisma del acto en cada caso, acentuando en el requisito de eficacia de éste en cuanto evitación de la producción del resultado típico.

No es convincente aquella postura que considera que el desistimiento no depende de sus modalidades, sino que debe extraerse del fundamento que se otorgue a la institución, esto es, que la ley extienda la impunidad al sujeto que evita la consumación en miras de una razón político-criminal. Esta teoría extrema la actividad que debe emprender uno de los codelincuentes para obtener el beneficio, ya que se mira únicamente la evitación de la consumación, en desmedro del factor de pérdida del dominio del curso causal del aporte del agente y su imposibilidad de retiro (activo o pasivo), negando toda posibilidad de beneficio.

Asimismo, esta línea se sirve de formulaciones que son ajenas al medio nacional, como la consideración individualizada y la consideración global, que, a su vez, llevan a soluciones cuestionables en los casos de tentativa. Así, respecto de la primera, los defensores niegan el desistimiento en los

casos de tentativa acabada, pues se pierde el dominio o control causal. Solo si *ex post* el sujeto recupera el control perdido y lo pone en práctica, su acto puede dar lugar a una atenuación legal (reparación del daño causado), mas no a la exención de la pena, lo que claramente irroga una solución *contra legem*⁴. En lo referido a la segunda, ella guarda una incierta solución para los casos de multiplicidad de intervinientes en el hecho típico, lo que resulta contrario al contenido de este trabajo.

Para dar inicio al presente, en primer lugar, cabe mencionar que se considerará terminológicamente la frustración como tentativa acabada y, por su parte, la tentativa propiamente tal como tentativa inacabada. Esta decisión se justifica en la producción científica llevada a cabo en el medio nacional, que tiene estrecha relación con la doctrina alemana y española.

Ahora bien, esta decisión metodológica no significa desconocer la diferencia entre ambos grupos de conceptos. Así, siguiendo la tradición del art. 3 del Código penal español de 1848, el Código penal nacional recoge la distinción de ejecución imperfecta en dos grados⁵: la tentativa y la frustración. Pacheco expresa que *“la distinción entre tentativa y frustración es una división y una teoría que traen su origen de la naturaleza (...). No proceden solo de un capricho, no conducen a resultados imaginarios, sino que son verdaderas entre sí y oportunas en sus aplicaciones”*⁶.

Rodríguez Devesa⁷ y Serrano Gómez, expresan que no se debe confundir ésta con las modalidades de tentativa acabada e inacabada, porque aquí se hace depender la existencia de una u otra clase de la opinión del agente y no de los actos realizados, por lo que son determinantes puntos de vista subjetivos y no objetivos. En este sentido Elena Farré da cuenta de la distinción aludida⁸.

4 Véase estas formulaciones para el medio español en ALASTUEY (2011).

5 MIR PUIG (2007), p. 345.

6 PACHECO (1967), pp. 92 y ss.

7 RODRÍGUEZ (1995), p. 785.

8 FARRÉ (1986), p 242.

Tras la entrada en vigor del Código penal español de 1995, se ha producido una nueva formulación del concepto de tentativa, constituyéndose como el único grado imperfecto de ejecución. En este sentido, la eliminación legislativa de la frustración como especie determina que el ámbito anteriormente abarcado por la misma pase a formar parte del alcance del contenido propio de la tentativa. De ello se sigue que la distinción entre tentativa acabada e inacabada, de origen alemán, guarde un carácter más subjetivo, referido a la voluntad de consumación del agente con relación a estas dos modalidades.

De ahí que tales designaciones no sean equivalentes, pero sostenibles, si es que con ello se adquiere claridad en la discusión y se evitan polémicas distinciones y subdistinciones⁹. En este sentido, la designación aludida no supone, en caso alguno, asumir un compromiso en favor de una teoría subjetiva en la materia, sino que tiene que ver con si acaso la acción se ha ejecutado completamente o no por parte del o los agentes. Se acoge así el criterio dominante en el ámbito del Derecho comparado.

Asimismo, se debe dejar en claro que se obviarán aquellas controversias o líneas teóricas en disputa respecto de cada uno de los requisitos de procedencia de la figura del desistimiento, salvo lo referido al requisito definitorio de la figura de tentativa acabada consistente en la *eficacia*, entendida como impedimento en la producción del resultado típico. La razón de esta decisión se encuentra en que tales discrepancias exceden el contenido y objetivo de la investigación.

Esta exigencia importa que, en el desistimiento de la tentativa acabada, no sea procedente el mero abandono u abstención, como se profundizará, sino que debe existir una actividad tendiente a evitar el proceso causal puesto en marcha. Al agente que ha instalado una bomba con detonación automática es necesario desactivar el explosivo en funcionamiento para verse envuelto en el requisito de eficacia.

9 Véase JIMÉNEZ DE ASÚA (1970) que postula que la “tentativa acabada” es el género y que la “frustración” es la especie.

Por otro lado, el agente que se desiste puede realizar una acción evitadora que sea en sí constitutiva de delito, y esto, en la medida que esté dirigido a impedir la producción típica, no hace perder su calidad liberadora de la sanción que corresponde al resultado típico evitado, sin perjuicio de la responsabilidad remanente de esta conducta ilícita.

La ley no exige que la actividad impeditiva sea producto de su acción personal. Puede recurrir a terceros, generalmente organismos de emergencia, para que realicen la actividad respectiva. Ahondando en la prestación que pueden cumplir terceros, resulta necesario determinar cómo imputar el servicio emprendido por o a través de otros en favor del agente, en el sentido de que su contribución causal sea reconocida por el Derecho. Existen dos tesis tradicionales, la primera es conocida como “solución del resultado (impeditivo)”, que considera suficiente cualquier ejercicio del agente, por mínimo que sea, siempre y cuando tenga el grado de eficacia suficiente para impedir la consumación. Antagónica a ella es la línea denominada como de “prestación óptima”, donde se requiere del sujeto la adopción de aquella alternativa más favorable o segura para impedir el perfeccionamiento típico.

Sin cuestionar el rendimiento explicativo que los defensores de estas tesis presentan, para efectos del presente, resultan insuficientes estos postulados. En este sentido se sigue la teorización presentada por Mañalich, para quien *“la imputación del impedimento de la consumación como desistimiento de una tentativa acabada depende de que, en cuanto acción principal, ese impedimento se corresponda con un ejercicio de agencia directa o indirectamente reconducible al responsable de esta misma tentativa”*¹⁰. Así, en lo que respecta a la procedencia del desistimiento, será tal cuando el salvamento sea el resultado de un ejercicio de agencia reconducible al propio comportamiento del agente. Por lo que se niega cualquier beneficio cuando éste haya dejado a la contingencia la atención servida en favor de la víctima.

10 MAÑALICH (2020), p. 805.

Este requisito es esencial para efectos del presente, por lo que tendrá una profundización en lo venidero.

a) Deslinde entre la tentativa acabada e inacabada

Sin lugar a duda, el artículo 7° del Código penal diferencia de forma expresa dos modalidades de actuación, considerando punible tanto la tentativa como la frustración. Pese a ello, tal disposición pasa por alto una expresa referencia al desistimiento en cada una de sus modalidades¹¹, como, asimismo, la consideración a casos de multiplicidad de intervinientes.

Da muestra de este déficit la 4ª Sesión de la Comisión Redactora, la cual acordó prescindir de expresa regulación de la figura; misma línea fue expresada en la sesión 41ª, al discutir el actual art. 192 del Código penal, cuando se negó el beneficio a fin de evitar que se aparentara arrepentimiento, guardando, en el fondo, un recelo en materia probatoria¹².

Debido a esto, en primer lugar, la doctrina ha elaborado y perfilado la figura por medio de una interpretación sistemática con un argumento *contrario sensu*, estableciendo que el comportamiento del autor que ha de beneficiarse de la exclusión de la pena por desistimiento variará según se trate de una tentativa acabada o inacabada, irrogando con ello diversas exigencias en lo que respecta a su comportamiento.

Según el deslinde previamente reseñado, la primera modalidad de tentativa la hallamos en el inc. 3 del art. 7°, la cual condiciona la punibilidad de la tentativa inacabada a los casos en que se da principio a la ejecución por medio de hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento. Así, en lo que respecta a su reverso, el desistimiento se produce en aquellos casos en que el autor, antes de haber concluido la realización de todos los actos necesarios para la consumación, decide libre y voluntariamente no

11 Da cuenta de ello: JIMÉNEZ DE ASÚA (1997), p. 484.

12 CURY (1977), p. 108.

continuar¹³. De tal modo, le basta con abandonar definitivamente¹⁴ la ejecución para lograr que el delito no se consume, lo que será suficiente con un desistimiento pasivo, o sea, de mera abstención.

La segunda modalidad de tentativa está contemplada en el inc. 2 del art. 7°, que hace depender la punibilidad de la tentativa acabada a que la consumación no se verifique por causas independientes de la voluntad del agente. En este caso, el autor ha realizado todo lo necesario para que el resultado se produzca y, producto de ello, no le basta con una actitud pasiva de “no hacer” para detener el curso desencadenado, sino que le es preciso realizar actos que contrarresten a los anteriores. Estos supuestos se caracterizan porque el curso causal está fuera del ámbito del dominio del agente (lo que se intensifica en situaciones de pluralidad de intervinientes), por lo que el agente deberá emprender acciones positivas que busquen evitar la producción del resultado consumativo, ya que la mera abstención resulta insuficiente ante el requisito de eficacia propio de la figura. Así, si el impedimento voluntario se concibe como una condición negativa de la punibilidad que da paso al beneficio del desistimiento, entonces, *a fortiori* tendría que valer, *mutatis mutandis*, para la primera tentativa mencionada.

La propia configuración objetiva de la distinción impide apreciar la modalidad acabada en algunos delitos, puesto que resulta difícil admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se verifique. Es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad sexual y los delitos de simple actividad.

13 Esta ha sido discutida por dos líneas tradicionales. Las primeras, que inmediatamente se rechazan, agrupan las teorías valorativas que solo aceptan la voluntariedad del desistimiento cuando obedezca a un móvil susceptible de valoración positiva. De ahí que las líneas se dividan en valoraciones éticas y jurídicas. Por el contrario, las segundas, denominadas como psicológicas, parten de la fórmula de Frank: el desistimiento será voluntario si el agente “puede terminar la acción, pero no quiere hacerlo”. Requiere de la convicción que, si quiere, le es factible continuar adelante con su obrar delictivo, pero opta por no hacerlo.

14 Se deja en claro que la renuncia debe ser definitiva, puesto que, si hay una simple suspensión con el propósito de reiniciar el hecho en un mejor momento (v. gr., tras la aparición sorpresiva de una ronda policial), el bien jurídico sigue en una situación de riesgo continuado temporalmente a otra instancia. GARRIDO (1984), pp. 193-194.

Junto con los criterios objetivos recién descritos, se debe considerar que el delito puede estar compuesto por una reiteración de acciones análogas o por la ejecución de acciones alternativas; lo que importa la necesidad de apreciar el plan del agente en la realización del hecho típico. Esta permitirá definir el esquema del delito y, consecuentemente, la determinación de si había o no finalizado su ejecución, ello como una globalidad en cuanto factor mixto a ponderar.

En contra de los partidarios de esta postura -entre los cuales nos encontramos-, existen dos líneas que buscan determinar cuándo el sujeto ha realizado todos o parte de los actos que han de producir el resultado. En primer lugar, con arreglo al punto de vista objetivo, para conformar la tentativa acabada se precisa la concurrencia de todos los actos objetivamente necesarios para la producción del resultado; de no ser así estaríamos ante una modalidad inacabada. Esto con independencia de quien los haya realizado. Por otra parte, si se atiende a un criterio subjetivo, lo relevante son las representaciones del autor, de lo que se siguen diversos problemas de delimitación: la decisión no puede corresponder al agente, dado que su plan delictivo y opinión pueden ser *a priori* erróneas. De ahí que no se encuentre acabada la tentativa porque el autor crea que ha realizado todos los actos requeridos, sino porque efectiva y objetivamente los haya realizado. Resulta insalvable que la sanción por imponer dependerá de la opinión que el sujeto tenga de su exteriorización.

De esto se sigue la adopción del criterio objetivo-subjetivo o mixto, como ya se expresó, que atiende de manera correcta a ambos elementos. Parte de una perspectiva objetiva, en cuanto espectador imparcial, para considerar si el sujeto ha realizado o no todos los actos típicos, esto sobre la consideración del plan del agente.

En lo que respecta a la función de la gravedad del injusto, el disvalor del resultado en cuanto elemento objetivo es mayor en la tentativa acabada que en la tentativa inacabada, que va desde la puesta en peligro inherente al intento. De ahí que la relación entre una y otra es de concurso de leyes, no

cabiendo, pues, apreciar conjuntamente ambas, así la fase anterior queda absorbida en la posterior, salvo interrupciones esenciales en la ejecución, lo que encuentra reflejo en la consecuencia jurídica aplicable dispuesta en los arts. 51 y 52 del Código penal.

Ahora bien, el criterio que permite deslindar las modalidades de tentativa es problemático al momento de calibrar las exigencias para determinar qué exigir o no a un sujeto para que su desistimiento cuente como tal. Esto se debe a que en el plano fáctico existe una multiplicidad de casos en que los criterios aplicables a uno son necesarios para la procedencia del otro. Así, por ejemplo, para optar al beneficio respecto de un desistimiento de tentativa inacabada se requerirá de una activación impeditiva, no su mero retiro¹⁵. Esto lleva a que el límite trazado por la doctrina mayoritaria no sea definitivo, sino que un criterio contingente el cual debe ser sopesado con el carácter obligatorio o debido que ese comportamiento ha de presentar en atención al deber infringido, junto con el ámbito de protección del bien jurídico que se busca resguardar.

El estatus deóntico de las modalidades de tentativa variará según se trate de una u otra. Así, respecto de la tentativa inacabada, será expresada como un cumplimiento de deber en cuya infracción consiste la misma tentativa, existiendo una identidad unitaria entre ambas. De ello surge que los criterios de imputación del desistimiento no sean necesariamente negativos (aunque, por regla general, lo sean), sino aquellos que den cumplimiento al deber situacionalmente fundamentado por la norma, o sea, positivos o negativos según sea el caso en un plano nomológico¹⁶. El cual siempre deberá tener una correspondencia con la norma de comportamiento que lo fundamenta.

15 Como sucede en los delitos de comisión por omisión; en ellos la única forma de interrumpir es realizando voluntariamente aquello que se estaba obligado a hacer.

16 MAÑALICH (2020) ob. cit., p. 783.

En cambio, en la tentativa acabada, el desistimiento solo será posible por medio de la realización de aquello que la ley exige, lo que se encontrará supeditado, en la práctica, por el estado particular en que se encuentre el hecho emprendido y, eventualmente, la pérdida del dominio causal. Condicionado, a su vez, por el requisito de eficacia que deja un margen limitado a una modalidad pasiva. A esto se debe agregar el límite propio de los casos de tentativa fracasada, donde la posibilidad de procedencia de la figura se alza como negativa.

b) Consideración especial de la eficacia del desistimiento

Como se ha venido expresando, este es el requisito definitorio de una de las modalidades de conato. De él derivan las mayores implicaciones y exigencias en lo referido a las figuras de autoría y participación.

En estos casos de tentativa, el actor ha desplegado todo el actuar típico necesario para la producción del resultado, poniendo en movimiento el adecuado proceso causal. El criterio de necesidad de no consumación se funda en la idea que es el agente quien ha dado origen al riesgo en contra del bien jurídico y que de su actividad depende si se materializa el resultado típico, dada la inmediata conexión en la que se halla. De ello se sigue que la única posibilidad para la obtención del beneficio del desistimiento sea el cumplimiento del comportamiento evitativo exigido, que consistirá en una actividad alternativa de comportamiento tendiente a impedir la producción del resultado típico respecto del deber original infringido¹⁷, el que se corresponde, generalmente, con uno de abstención.

De allí que, a su vez, se piense en una correspondencia con una posición de garante, en lo que respecta a lo debido. Lo que importará, dentro de otras, un alto estándar para efectos del desacople de lo realizado en circunstancias de multiplicidad de intervinientes.

17 Ahora bien, situacionalmente, cuando este ya no puede ser cumplido alternativamente porque ha devenido en situacionalmente imposible, se requerirá de un comportamiento adicional para dar con este cumplimiento.

Así, el que dispara a otro dejándolo gravemente herido se convierte en un garante por injerencia, quedando obligado a impedir la muerte del paciente. Por tal acto (entiéndase, los disparos percutados), el deber inicial que se corresponde con la prohibición de no matar a otro se ha incumplido. De acuerdo con ello, en la situación que versa el actor, solo podrá optar al beneficio cumpliendo con el deber evitativo: el de impedir la muerte por la vía de asegurar su salvamento, lo que claramente va más allá del deber original de abstención. Lo que no implica, en ningún caso, que de no impedir la muerte de esa persona, quien le disparó responda por el delito de homicidio por omisión. Ello no sería correcto, dado que esa misma persona habría ejecutado la acción productiva de dicha muerte. Sino solo guarda un sentido de correspondencia en lo que respecta a la evitación debida del resultado típico, en atención al riesgo creado.

Por el contrario, si este comportamiento no ha logrado evitar el resultado típico, aunque haya existido una convicción seria en el intento, podrá verse beneficiado por la circunstancia atenuante contemplada en el N° 7 del art. 11 del Código penal. Pero se descarta completamente el beneficio de impunidad.

Este comportamiento debido está íntimamente ligado a la eficacia, en cuanto evitación del resultado. De ahí que el desistimiento sea posible desde que el actor ha realizado todos los actos necesarios para producir la consumación hasta el momento en que efectivamente se produzca ese resultado.

Ahora bien, esta respuesta que reconoce la impunidad por la evitación del resultado típico es dable para los casos de hechor único, recordando el fundamento de excusa personal del desistimiento.

Más complicada es la situación en los casos de multiplicidad de intervinientes¹⁸, ya que en tales casos el control causal se encuentra entregado a manos de otros. No es problemático si ambos sujetos desisten y, por medio de una actividad conjunta, evitan la consumación. Tampoco lo será el caso en que uno realice la evitación, cuando el otro esté de acuerdo. El problema real se da en los casos en que uno de los intervinientes decide desistir, pero el otro busca mantenerse en el hecho típico.

Esto es especialmente delicado considerando que la legislación nacional no contiene ninguna referencia a la modalidad de desistimiento en la code-lincuencia. Sí lo hace la regulación española (artículo 16.3) y alemana (§ 24 (2)) cuando el sujeto que se desiste intente impedir seria, firme y decididamente, la consumación. En tales supuestos -especialmente el español-, se podrá conceder la excusa absolutoria (sin perjuicio de las responsabilidades ya contraídas), aunque el resultado se haya producido por la conducta del resto de los partícipes.

Actualmente esta posibilidad se excluye por la limitación del requisito de eficacia, y de ello se sigue que la anomia legal pueda generar efectos crimí-nógenos entre los propios compañeros de delito, producto de situaciones de felonía o delación. Politoff niega la admisión de propuestas afines, señalando que por atractivas que puedan resultar las soluciones legales de los sistemas jurídicos españoles y alemanes, ello solo resulta posible por medio de lege ferenda¹⁹. De ahí que la eficacia no solo límite el comportamiento debido del hechor único en lo referido a la evitación, sino que conlleva grandes repercusiones en materia de code-lincuencia.

18 En lo referido a las diversas modalidades de participación en el hecho punible, para el caso nacional, se hace patente la excesiva extensión al concepto de autor en desmedro de la calidad de partícipe, importando con esto una degeneración dogmática de las figuras, elevando situaciones de participación a autoría. CURY (1973), p. 266; PEÑA (1972); BASCUR (2015), YÁÑEZ (1975), con la salvedad que, para este autor, el numeral 3º del artículo 15 del mencionado cuerpo legal contemplaría un genuino caso de coautoría. Cada uno de éstos tiene en sus manos el dominio del hecho a través de su función específica en la ejecución total del mismo. El autor ve en este numeral la consagración expresa de los elementos necesarios: el concierto previo y la ejecución común al hecho.

19 POLITOFF (1999), p. 255.

3. EL PROBLEMA EN EL DERECHO COMPARADO

Es menester destacar dos legislaciones extranjeras que han tratado este problema en sus respectivos Códigos penales, por un lado, la española, y por otro, la alemana. Su horizonte normativo es de completo interés y suficiencia para el ámbito nacional, guardando con ello sus diferencias propias.

Para el caso alemán, el horizonte del desistimiento (en sentido amplio) vendrá determinado esencialmente por el punto de vista subjetivo²⁰ del hechor y no de los actos realizados. En tanto, la legislación española, en el nuevo texto del Código, unifica los conceptos adoptados por nuestra Comisión Redactora, bajo la noción única de tentativa, sin embargo, como se tratará a continuación, tales normas difieren del criterio concebido por el Código alemán, ya que en ellas se ha seguido un modelo consecuentemente objetivo, lo que es corolario a nuestra institución²¹. Es por esto que, de la influencia de ambas fuentes y, consecuentemente, del arraigo para con la normativa nacional presente y venidera, que cabe analizar el avance y estado de estas legislaciones foráneas.

En lo que concierne a la regulación normativa sobre el desistimiento en los supuestos de codelincuencia en España, cabe hacer la distinción entre lo que ocurría antes y durante la entrada en vigor del actual Código penal español de 1995.

Dicha distinción se produce debido a que en la legislación penal española anterior al año 1995, las situaciones en donde existía la intervención de varios sujetos en un hecho delictivo no tenían una regulación expresa, y la carencia de desistimiento era considerado mayoritariamente por la doctrina y jurisprudencia como un elemento del tipo de la tentativa²².

20 JESCHECK (1993), p. 490.

21 POLITOFF (1999) ob. cit., pp. 213-215 y 251-252.

22 RODRÍGUEZ (1980), p. 19.

En esa misma línea, Fátima Pérez ha señalado que el Código penal español de 1973 mantenía un absoluto silencio respecto al problema del desistimiento en las diversas modalidades de coparticipación criminal. Tan así, que establece que el ordenamiento jurídico penal español adolecía de una laguna legal en relación con la iuspositivización del desistimiento de los partícipes²³.

Todo lo dicho anteriormente se debía a que de acuerdo con la definición del artículo 3 del Código penal español de 1973, solo había tentativa cuando el culpable *“da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que deberían producir el resultado, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”*. Este enunciado normativo provocaba importantes problemas en los supuestos de coparticipación, ya que si el autor desistía, no existía tentativa y por lo tanto, no podían incurrir en responsabilidad los sujetos que no habían desistido, y perseveraban en su fin criminal.

Sin embargo, la reforma al Código penal ocurrida en el año 1995, trajo consigo la regulación expresa del desistimiento en los supuestos de code-lincuencia, dando lugar a la existencia del artículo 16.3, instaurando que *“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”*.

El fundamento de esta nueva norma estriba en que cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la con-

23 PÉREZ (2008), p. 456.

sumación, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes²⁴.

En cuanto a los requisitos para que opere el beneficio de la tentativa desistida impune, en primer lugar, el artículo 16.3 establece que será necesario que el interviniente con su comportamiento “desista de la ejecución ya iniciada e impida o intente impedir la consumación”, efecto que se puede conseguir ya sea dejando de actuar, o activándose, es decir, llevando a cabo un hacer positivo, esto dependiendo de si se han realizado todos o tan solo parte de los actos ejecutivos. Así, por ejemplo, el plan del autor principal Y, consiste en matar al sujeto pasivo B suministrándole cuatro dosis mortales de veneno proporcionado por X. El veneno tiene efecto solo si media un espacio de tiempo de una hora cada dos dosis. Si X, desiste cuando el autor principal Y, ha suministrado las primeras dos dosis, aguardando el tiempo restante; evidentemente, será necesaria su intervención positiva para merecer la impunidad²⁵.

De igual forma e independientemente a lo expresado en el párrafo precedente, se ha señalado por parte de cierto sector de la doctrina española, que el cuestionar si basta con un dejar de actuar o es necesario, por el contrario, un hacer positivo, suponen problemas de carácter secundario, ya que lo decisivo es la eficacia del mismo. En otros términos, a los efectos de la impunidad por desistimiento lo único que interesa y a lo que realmente el legislador ha condicionado la exclusión de pena es, a que la conducta voluntaria del sujeto haya impedido o intentado impedir la consumación²⁶.

Otra prerrogativa para que el desistimiento pueda alcanzar el beneficio de la exención de la pena, es que aquél debe tener el carácter de voluntario, es decir, que dicha conducta activa u omisiva que produce el desistimiento, sea

24 CUELLO (2009), p. 143.

25 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 371.

26 FERNÁNDEZ-ESPINAR (1995), p. 647.

exclusivamente fruto de la voluntad del agente, de un cambio en ella, por ende no será voluntario cuando las circunstancias ajenas impidan la consumación del hecho delictivo. Sin embargo, existirá voluntariedad cuando el sujeto teniendo intenciones criminales, transmuta aquellas por su propia voluntad, en acciones u omisiones tendientes a evitar la producción del resultado²⁷.

A su vez, en relación con otro de los requisitos que se exigen en el precepto del 16.3, este es el esfuerzo serio, firme y decidido para evitar la consumación, Fernández-Espinar ha estipulado que respecto a la expresión “esfuerzo serio” debe entenderse, como *“toda conducta activa u omisiva que entre las alternativas de tutela a disposición del agente, sea, desde un punto de vista objetivo ex ante, la más idónea a los efectos de proteger los bienes jurídicos en peligro”*²⁸. Asimismo, en un sentido similar, Silva se inclina también por considerar que la exigencia de seriedad implica la idoneidad ex ante de los actos realizados para la consumación del delito²⁹.

Ahora bien, la mayor característica del desistimiento del partícipe consiste en la evitación de la consumación del delito, bastando con “intentar impedir, seria, firme y decididamente, la consumación”. Esto debido a que, por intervenir en los hechos otras personas que libremente se proponen cometer el delito, es muy posible que por más que haga quien desiste de participar, no logre que quien se mantiene en su propósito consume el delito, no debiendo el sujeto que desiste, verse perjudicado por lo que es una decisión inquebrantable del resto de los intervinientes de cometer el delito. De tal manera, el partícipe desiste con efectos eximentes cuando antes de consumarse el delito, deja de ejecutar su parte, si todavía quedaba algo de ella por realizar, y se esmera en evitar la consumación. Por ejemplo, denunciando los hechos para que la policía intervenga, siendo aún posible su efectiva intervención.

27 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2022), p. 90.

28 FERNÁNDEZ-ESPINAR (1995) ob. cit., p. 649.

29 SILVA (1997), p. 144.

En consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, Martínez ha señalado que, en consecuencia, los partícipes, siempre y cuando intenten impedir el resultado de manera seria, firme y decididamente, aunque no lo consigan, quedarán exentos de responsabilidad criminal³⁰.

A su vez, cabe señalar que en estos supuestos en donde intervienen una pluralidad de sujetos en el hecho delictivo, el artículo 16.3 es aplicable a todos y cada uno de los que han intervenido en él, incluyendo no solo a los partícipes en sentido estricto, sino también a los coautores en sentido material³¹. Siguiendo esta directriz, López Barja de Quiroga concuerda con aquello, señalando que el artículo 16.3 no realiza ninguna distinción, por lo tanto la norma es aplicable a supuestos de pluralidad de partícipes, cualquiera sea su modalidad de imputación, pudiendo ser un coautor, un inductor, un autor mediato, o un cómplice, debiendo en todo caso la norma beneficiarlos³².

Es menester señalar que el ingreso de esta regla al ordenamiento jurídico penal español, tal como ha señalado parte de la doctrina³³ de ese país, ha permitido a los tribunales apreciar la figura del desistimiento en aquellos sujetos que hayan desistido de la ejecución del delito -aunque los demás copartícipes continúen con su propósito criminal- y que impidan o intenten impedir con todas su fuerzas o capacidades la consumación del hecho ilícito. Es en estos casos en donde se podrá conceder la causa personal de exclusión de la pena, sin perjuicio de las responsabilidades ya contraídas.

Al tener este desistimiento dicha una naturaleza, es decir, de causa personal de exclusión de la pena, trae como consecuencia directa que en aquellos casos de intervención de varias personas en el hecho delictivo, solamente se deja sin castigo a aquella que ha desistido por sí misma, pero no al resto, quienes también tienen que desistir personalmente para merecer la impunidad.

30 MARTÍNEZ (1994), p. 174.

31 NÚÑEZ (2003), p. 170.

32 LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (2010), p. 969.

33 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 365.

Esto se ha visto reflejado en sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español, en donde se afirma que el desistimiento debe tener el carácter de propio³⁴.

Por su parte, la legislación penal alemana en cuanto al tratamiento del desistimiento del partícipe en fase de tentativa también es merecedora de un distingo, debido a que hasta antes de la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, no existía norma expresa que regulara el mencionado desistimiento.

Esto se veía reflejado en el derogado párrafo § 46, el cual establecía que: “la tentativa como tal queda impune, cuando el autor 1. Abandone dicha ejecución por circunstancias ajenas a su voluntad. 2. En el tiempo en que su acción todavía no ha sido descubierta, mediante la propia actividad, evita la producción del resultado perteneciente a la consumación del delito o de la falta”.

De la reciente lectura del § 46³⁵, se puede señalar que dicho precepto solo se circunscribe al desistimiento del autor, según el grado de tentativa en que se encuentre, recogiendo la doble posibilidad de desistir, ya sea abandonando la ejecución de la acción perseguida, o bien, evitando la producción del resultado mediante su propia actividad antes que sea descubierta³⁶.

Sin embargo, en virtud de la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, el StGB alemán introdujo una regulación expresa en lo referido al desistimiento del partícipe en la tentativa, específicamente en su párrafo § 24 II disponiendo que: “*Cuando concurren varios partícipes en la realización de un hecho, no incurrirá en pena alguna el que, en grado de tentativa, evite voluntariamente la consumación. Sin embargo, basta para su impunidad*

34 Así, la sentencia de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10316) en su considerando segundo señala que “*el desistimiento para tener eficacia debe ser propio (...) y hoy establece de modo expreso el artículo 16.3 del Código Penal de 1995, cuando se refiere a aquél o aquellos que desistan (...)*”.

35 Mayor detalle al respecto, véase: MERKEL (2004), pp. 135-137.

36 MEZGER (1958), pp. 292-293.

el que voluntaria y seriamente se esfuerce en impedir la consumación del hecho, cuando éste se hubiera evitado sin su intervención o cuando éste hubiera sido cometido con independencia de su anterior aportación”. Es posible afirmar luego de la lectura de este último precepto, que aquél es el que regula los presupuestos para conceder la impunidad en los casos de intervención de varias personas en el hecho delictivo.

Ahora bien, analizando el respectivo precepto § 24 II del StGB alemán, es posible arribar a las siguientes conclusiones, en primer lugar, es que si el partícipe se ha esforzado en vano para hacer desistir al autor, el desistimiento ha fracasado. Empero, y en segundo término, el desistimiento puede ser eficaz, cuando el partícipe impida voluntariamente la consumación del hecho en el que ha cooperado. Asimismo, en el caso de que a pesar de los esfuerzos realizados por el partícipe, el autor principal comete el hecho delictivo de una forma distinta, por ejemplo, sobre un objeto distinto o en otro momento, el desistimiento del partícipe puede ser considerado como eficaz, debido a que el nuevo hecho representa un exceso del autor principal. Finalmente, en el supuesto de que el hecho no se consuma por causas ajenas al partícipe, por ejemplo, en el caso de una tentativa inidónea, basta para obtener el beneficio de la impunidad por el desistimiento de la tentativa, el esfuerzo serio y voluntario del partícipe de impedir la consumación del hecho (§ 24 II 2, alternativa primera)³⁷.

Respecto a los requisitos para que opere el desistimiento, y por consiguiente, lograr el beneficio de la impunidad, podemos nombrar los siguientes: la evitación, el esfuerzo serio y finalmente la voluntariedad. En cuanto a la evitación, es posible estipular de una forma sintetizada, que allí donde el participante sin ayuda de otros, frustra el hecho de uno o varios terceros, por ejemplo, amenazando con llamar a la policía, existirá siempre una evitación del hecho que excluye la pena³⁸.

37 JESCHECK (1993) ob. cit., pp. 498-499.

38 ROXIN (2014), p. 708.

Ahora bien, respecto del esfuerzo serio, se exige que el que desiste emplee aquél método que, desde su punto de vista, esté más cerca de ser el mejor, pero no necesariamente tiene que ser el objetivamente adecuado para la evitación del resultado. Igualmente, en el caso de que el sujeto que intenta evitar el resultado, no logre su cometido con la mera petición a sus cómplices que desistan, no será merecedor del beneficio de la impunidad, ya que en tal caso, deberá emplear otros métodos de evitación que sean obstruyentes, por ejemplo, sabotando la ejecución o amenazando con denunciarles. Empero, no cabe perder de vista la opinión que se defendió en la Comisión Especial que elaboró la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975, la que señalaba que es suficiente para un “esfuerzo serio”, con pretender impedir o intentar apartar a los demás intervinientes de cualquier acto comisivo ulterior³⁹.

Por último, en lo referente con el requisito de la voluntariedad del desistimiento, cabe estipular que aquél tiene relación con el concepto del retorno a la legalidad o a la senda del derecho. Es decir, el sujeto que desiste, lo hace porque retorna a la legalidad mediante su renuncia al delito, ya sea contrariando su plan inicial o impidiendo su resultado. Por ejemplo, si el individuo desiste porque tiene compasión por su víctima, se trata entonces de un comportamiento contrario al plan e incompatible con la motivación para el hecho concreto, a través del cual, el sujeto se manifiesta como una persona que en última instancia actúa legalmente. Es por este motivo, señala Roxin, que el legislador ve que no procede la necesidad de la pena⁴⁰, es decir, no se requiere ninguna retribución justa, puesto que el propio sujeto ya ha suprimido su delito⁴¹.

39 *Ibidem*, p. 709.

40 Respecto de la justificación del desistimiento en el delito intentado: teoría del fin de la pena. La cual se identifica con la falta de necesidad de sanción penal cuando no existen razones de prevención general y especial, ni tampoco la retribución por la culpabilidad exige su castigo. Si lo que justifica el recurso a la pena es el objeto de mantener la delincuencia dentro de un límite soportable para la convivencia, debe acudirse a la impunidad cuando nos encontremos ante un supuesto en el que pueda predicarse la falta de necesidad de pena. BUSTOS (2017), p. 28.

41 ROXIN (2014) ob. cit., p. 723.

En cuanto a la demanda de evitar la consumación del hecho, es plausible señalar que la Comisión Especial que elaboró la Reforma del *Strafgesetzbuch* de 1975 argumentó dicha exigencia, entre otros argumentos, por la mayor peligrosidad que posee el hecho realizado por varios sujetos, en comparación, con aquél en el que interviene solamente un sujeto, especial peligrosidad a la que no se pondría fin con la anulación particular de la contribución del partícipe que desiste. De esta manera, puesto que el partícipe ha contribuido a que los demás hayan comenzado su actividad, debe exigirse en principio, que evite la consumación del hecho.

En lo concerniente a los sujetos afectados por el párrafo en cuestión, cabe señalar que el § 24 II tal como ha sido señalado por Roxin, se refiere únicamente a los intervinientes, cuya responsabilidad se fundamenta en la contribución causal al hecho de otro o, en todo caso, no solo en su propia conducta. De igual forma, el mismo autor, señala que el desistimiento de un inductor, de un cooperador o de un coautor está regulado por el § 24 II⁴².

Al igual que en la regulación española, en Alemania es considerado el desistimiento como una causa personal de anulación de la pena, por lo tanto, el efecto liberador de pena del desistimiento solo se aplica a aquellos intervinientes en quienes concurre. En otras palabras, estos tienen que desistir por su parte para ser favorecidos por la impunidad⁴³. En esa misma directriz, Welzel señala que el desistimiento es una excusa absolutoria personal, por lo tanto obra solamente en favor del concurrente que se ha desistido de forma eficaz⁴⁴.

Del análisis llevado a cabo en los párrafos precedentes, respecto a la regulación existente en los ordenamientos jurídicos penales de España y Alemania, sobre el problema del desistimiento de la tentativa en supuestos

42 Ibidem, pág. 699.

43 POLITOFF (1999) ob. cit., p. 237.

44 WELZEL (1970) p. 275.

de codelincuencia o multiplicidad de intervinientes, es posible llegar a la afirmación de que existe una evidente influencia del parágrafo § 24 II del StGb alemán, sobre el artículo 16.3 del Código penal español.

Esto debido a que, en los dos cuerpos normativos citados, se encuentran similares posibilidades para que opere el respectivo desistimiento, y por consiguiente, la obtención del beneficio de la tentativa desistida impune. Dichas similitudes entre ambos ordenamientos normativos específicamente son, las posibilidades que dan para que el partícipe quede impune con su desistimiento, ya sea evitando la consumación del hecho en el que ha intervenido, o también, mediante el esfuerzo serio por impedir su resultado.

Asimismo, es posible notar una exigencia más alta por parte del régimen penal alemán, en comparación con el español, en cuanto a la conducta exigible del sujeto que desiste, ya que el StGb alemán no contempla la mera abstención o retiro del aporte como una posibilidad para que el agente desistido obtenga el beneficio de la impunidad, a contraposición de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico penal español, en donde el sujeto que desiste puede impedir o intentar impedir la consumación del hecho, ya sea, llevando a cabo una conducta positiva, o bien, mediante un simple no seguir actuando.

4. DESISTIMIENTO Y CODELINCUENCIA. TEORÍA DE LOS DOS NIVELES

De cuanto antecede, para dar tratamiento a este punto, resulta necesario reiterar la actual regulación de las modalidades de conato en la legislación nacional. Así, el art. 7 del Código penal expresa que es punible el delito frustrado y la tentativa. Continúa por presentar el tratamiento de ambas modalidades en los inc. 2 y 3, respectivamente. Reglamentación análoga a la fijada por el Código penal español previa reforma de 1995⁴⁵.

45 Véase, DEL ROSAL (1969), pp. 303-306 y 320-327.

Ahora bien, e independientemente del acertado tratamiento en referencia al plano objetivo para con el hecho (fruto de influencia española), la mencionada disposición es deficiente en al menos dos grandes puntos. En primer lugar, la ausencia de definición de la figura del desistimiento con sus correspondientes requisitos y, en segundo lugar, el régimen de aplicación para el caso de multiplicidad de intervinientes en el hecho punible.

Por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado una serie de estudios mediante argumentos analógicos o *a fortiori* para determinar la procedencia y el deslinde de las figuras, alcanzando respuestas medianamente satisfactorias en la materia. No obstante, el trabajo ha sido diferencial cuando se trata del caso de autor único en desmedro del múltiple⁴⁶, aplicando el resultado de uno para con el otro, cuando este último posee una estructura diferencial.

Esto se debe a que, cuando intervienen en el delito una pluralidad de personas, y no un autor único, *“no basta con centrar en lo que a su conducta respecta lo exigible de cara a evitar la consumación en que consiste el desistimiento, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes”*⁴⁷.

Así pues, en primer término, toma sentido la decisión metodológica de emplear las instituciones de origen alemán. Si bien estas últimas son más exigentes en lo que respecta a la evitación del resultado, esto no dista de lo actualmente exigible en Chile producto del requisito estricto de eficacia. Como ya se ha expresado, ante situaciones de tentativas acabadas, el requisito de evitación del resultado limita estrictamente la procedencia del beneficio del desistimiento, de ahí que cualquier respuesta dada a favor de que basta

46 Véase para el caso de desistimiento de los partícipes, JIMÉNEZ DE ASÚA (1970) ob. cit., pp. 842-844.

47 CUELLO (2009) ob. cit., p. 143.

el mero retiro o anulación del aporte del partícipe o coautor sea rechazada por ser *contra legem*⁴⁸. En tal caso, solo sería procedente el beneficio de la circunstancia atenuante contemplada en el N° 7 del art. 11 del Código penal.

En este sentido Cury señala que en el delito frustrado (tentativa acabada para estos efectos) no se plantean mayores problemas ante una situación multiplicidad de intervinientes. *“Aquel de entre ellos que se desiste está obligado a intervenir activamente para impedir la consumación. Eso es también lo que se exige al que actúa solo; por consiguiente, no constituye un gravamen especial establecido por la concurrencia, sino de un requisito impuesto por la naturaleza de la situación que se ha creado”*⁴⁹. En sentido análogo Garrido Montt⁵⁰ da cuenta que tratándose de una acción de sujeto múltiple, cuando el desistimiento solo es efectuado por alguno de los partícipes, en el caso de una tentativa acabada donde la actividad debe ser activa, la excusa procedería en favor de quien evitó el resultado.

Esta exigencia de evitación es contraria a los fundamentos político criminales defendidos en el presente trabajo para la figura del desistimiento. Dicho requisito constriñe desmedidamente la figura a una única posibilidad. En la base de esta decisión se encuentra el pensamiento de la protección de la víctima, no obstante, parece generar efectos contrarios y constituirse por ser una solución criminógena en la práctica.

La misma genera una multiplicidad de casos de conflicto entre los propios compañeros del crimen, ya que el desacople de uno puede determinar el futuro fracaso del emprendimiento delictivo del resto, elevando los niveles de desconfianza y conflicto entre los mismos. En este mismo sentido, el rol del desistente va a conllevar probablemente una difícil tarea de enfrentamiento con los restantes agentes del delito⁵¹, la que se agrava ante la falta de solución expresa para el caso de intervinientes. De ahí que, producto de

48 CURY (1977) ob. cit., p. 131.

49 Ídem.

50 GARRIDO (1992) p. 201.

51 BLANCO (2005), p. 427.

la laguna normativa, se dé la aplicación por analogía para una multiplicidad de casos que requieren de certeza y seguridad, justamente para intentar salvar esta situación.

Antes de continuar con la exposición, con el objetivo previo de determinar y dar cuenta del vínculo en la extensión del beneficio de la tentativa impune con la respectiva participación en el acto punible, hemos de hacer aquí unos incisos. Nos servimos de una serie de casos que dejan en evidencia algunos de los problemas que guardan las modalidades de participación en el hecho típico.

1) Así, en el caso del sujeto S que presta a L un arma. Pero piensa mejor la situación y la busca antes de que fuera utilizada. No obstante, L lleva a cabo el robo por medio de otros instrumentos que le habían sido proporcionados en otra parte.

En tal supuesto, la contribución de S al hecho no ha tenido efecto en referencia a la tentativa. Dado que la complicidad no se configuró como tal. Así, S queda exento de pena, sin que sea necesario que concurren los respectivos requisitos del desistimiento.

2) La situación se complica cuando, en el caso precedente, S pide inútilmente a L que le devuelva el arma; cometiendo este último el robo con el instrumento.

Esta variante del caso muestra de forma sencilla el problema normativo que guarda la institución, ya que la causalidad en curso depende de otro, y la única posibilidad cierta para verse S amparado por el desistimiento es el retiro del aporte (anulación de la propia contribución).

3) Modificando nuevamente la situación, si S le paga a L, un conocido sicario, para que mate a su enemigo F. En circunstancias que L realiza el hecho incluso tras la revocación de la promesa de pago de S, al darse cuenta de que F era el amante de su esposa.

Ahora, si consideramos que el desistimiento del inductor no se corresponde simplemente con la ejecución del hecho por un móvil distinto al suministrado, sino en disuadir al autor en abandonar la razón para la acción ofrecida inicialmente. Es posible sostener que, en un caso como el planteado, S no sería responsable como inductor, pero no porque hubo desistimiento, sino fundamentalmente porque L inició un nuevo proceso de deliberación en el que S no ha intervenido.

4) Alterando algunos factores del hecho (3). Pensemos en que S busca retirar su aporte en lo referido a la promesa remuneratoria, no obstante, ya no puede contactarse con L. Por tal razón se dirige al lugar pactado de los hechos y ve a F en el piso desangrándose, en circunstancias que L le apunta a la cabeza para dar un disparo final. Es necesario, por medio del requisito de eficacia, evitar la consumación del hecho.

Esta serie de casos da cuenta de las grandes implicancias que pueden tener las modalidades de autoría y participación en referencia a la tentativa y su reverso. A ello se le deben sumar los problemas propios de la causalidad y, particularmente, el principio de autorresponsabilidad⁵². Cada variante implica dar una respuesta coherente ante una laguna legal en la materia.

Por consiguiente, buscando fijar el límite de los dos problemas antes mencionados, nos tomamos de la legislación alemana que, de acuerdo con el § 24 II 1, establece un incremento en los requisitos del desistimiento; procediendo, por regla general, la exclusión de la pena a un partícipe cuando haya

52 Entiéndase que los sujetos solo pueden ser responsables por las conductas desplegadas y los resultados acaecidos, como corolario de ello, nadie debe ser responsable por el producto de las inobservancias al deber de cuidado llevadas a cabo por terceros, ya que estos son igualmente libres y responsables. STRATENWERTH (2005), p. 523.

evitado la consumación. Decisivo para esta opción ha sido la valoración de la Comisión Especial para la Reforma Penal alemana, quien consideró que en un hecho en el que intervienen varios autores resulta más peligroso que el realizado por un autor único, y de que, con deshacer la propia contribución en el hecho, no se elimina esa mayor peligrosidad. Esto es por naturaleza contrario al principio de autorresponsabilidad, ya que se hace depender el impedimento de un acontecimiento o resultado en el que ya no tiene parte el agente -considerando el retiro de la contribución en el hecho-. Por lo que el fundamento de la regulación es en sí mismo problemático⁵³.

Para Roxin⁵⁴ es errónea la idea de mayor peligrosidad, ya que, en contra de lo expresado, si un partícipe retira su aporte, ha eliminado la cantidad de peligrosidad aportada por él, y en razón de ello no puede servir de fundamento para reclamar mayores exigencias para la obtención del beneficio. Consideramos que esta lógica es conveniente cuando se trata de casos de participación en tentativas inacabadas, abarcando con ello, incluso, casos de coautoría, aunque manteniendo sus propios problemas en lo referido su proximidad con el núcleo típico, además del problema de limitación de su acto con el del otro agente, ya que estos tienden a fundirse en uno.

Siguiendo con el tratamiento alemán en la materia, y en contra de la regla general anteriormente presentada, el parágrafo § 24 II 2 reconoce tres acciones de desistimiento. Quedándonos con la última de éstas, e interpretando sistemáticamente la disposición, la institución operará en favor del partícipe cuando, en el caso de consumación de la lesión típica del bien jurídico, este retrotrae o, si se quiere, anula completamente su aporte al hecho efectuado, y mediante un esfuerzo voluntario y serio intenta evitar la consumación, aunque infructuosamente⁵⁵. De ahí que esta última mitigue de forma significativa la exigencia impuesta por el § 24 II 1.

53 ROXIN (2014), p. 706.

54 *Ibidem*, p. 707.

55 MAURACH; GÖSSEL y ZIPF (1995) pp. 421-422.

Esta alternativa de desistimiento ante multiplicidad de intervinientes resulta parcialmente conveniente, en lo que se refiere a sus exigencias copulativas. Por esta razón, cabe retomar el tratamiento de la legislación española para contrastar las variantes de resultado.

Como se hizo presente, hasta la entrada en vigor del nuevo Código penal español de 1995, los casos de desistimiento en la codelincuencia eran tratados de manera similar a la aplicable actualmente en el medio nacional, es decir, se concedía la impunidad con la condición del abandono voluntario y eficaz, lo que obligaba ineludiblemente a evitar la producción del resultado típico⁵⁶ cuando se tratara de una modalidad acabada, sin discernir entre las modalidades de intervención⁵⁷.

Por tal razón, el actual art. 16.3 del Código penal ha introducido una importante novedad al abordar los problemas que se planteaban en la práctica en relación con la aplicabilidad de las reglas sobre desistimiento en los supuestos de intervención múltiple. Situándonos en el ámbito objetivo de la regulación, para que el partícipe obtenga el beneficio de la impunidad, será necesario que, acumulativamente con su comportamiento, “desista de la ejecución ya iniciada e impida o intente impedir la consumación”, efecto éste que puede conseguirse bien mediante un simple no seguir actuando, o que requerirá un hacer positivo, dependiendo de la modalidad de tentativa.

No obstante, esta solución traslada parte de los requisitos propios de la modalidad de autor único al caso de multiplicidad de intervinientes. Lo que no resulta del todo conveniente, justamente porque el deslinde en la práctica tiende a difuminarse y el requisito de una es aplicable a la modalidad de otra. Por esto, lo decisivo no son las formas externas que pueda adoptar una u

56 En este sentido, previo a la reforma del Código penal español de 1995, RODRÍGUEZ y SERRANO (1995) ob. cit., pp. 787-788.

57 PÉREZ (2008) ob. cit., p. 353.

otra figura⁵⁸, sino la eficacia en miras al cumplimiento alternativo “todavía” ajustado al deber fundado por la norma o el cumplimiento evitativo para con el deber infringido. De ahí que nos parece conveniente servirnos, en parte, de la legislación alemana⁵⁹ para nuestra propuesta de solución de casos, ya que de adoptar la solución española, el mero abandono de la ejecución (además del intento de evitación), en cuanto comportamiento omisivo, resulta insuficiente.

Tras todo lo expresado, una solución que parece óptima para el panorama nacional, considerando la anomia presentada, es aplicar la teoría que denominamos de doble nivel, diferenciando las dos modalidades de conato. Esta tiene un carácter híbrido, agrupando en su seno un conjunto de reglas de *lege lata* y *lege ferenda*, con miras a superar la aplicación analógica actual.

El primer nivel, viene dado por la modalidad de tentativa acabada. Así, teniendo en cuenta el requisito definitorio de la figura: *la eficacia*; afirmamos que tanto partícipes como coautores deberán evitar la producción del resultado típico. Por esto, será necesario desplegar una acción que reúna las condiciones de eficacia necesarias en referencia al deber infringido. En el fondo importa la realización de toda conducta impeditiva de la efectiva producción del resultado lesivo, sea mediante su propia actividad o con la ayuda de terceros.

No es baladí reiterar que el hecho se encuentra suficientemente condicionado en lo referido a sus elementos típicos, quedando pendiente la sola verificación del resultado. Por esto, y contrario a lo que uno podría reclamar,

58 Para BLANCO (2005) ob. cit., p. 426, el desistente debe abandonar la ejecución (comportamiento necesariamente omisivo) e impedir -o intentar impedir- sería, firme y decididamente la consumación (conducta activa). No obstante, la discusión externa de cada una de las modalidades se debe atender a la eficacia.

59 Rehusando el fundamento subjetivo del castigo de la tentativa del actuante, visión impulsada, por Von Buri. De ahí que la tentativa sea un tipo subjetivamente completo; objetivamente, imperfecto. En contra de este fundamento, apuntamos a considerar externamente los elementos integrantes, por una estricta razón práctica.

no cabe otra alternativa *de lege lata*. La legislación nacional no efectúa ninguna distinción entre las modalidades de participación, puesto que la eficacia requiere de la necesidad de evitación, no variando entre una y otra.

En relación con lo anterior, erróneamente se podría considerar hacer extensible el requisito de eficacia, propio de la modalidad de tentativa acabada, al caso de coautor en la modalidad inacabada. Lo que implicaría degenerar de una modalidad a otra, en lo referido a su contenido.

Un posible argumento para fundar este razonamiento estaría en el aporte del injusto, dada la creación del riesgo prohibido, de ahí su posición de garante y, consecuentemente, su obligación de actuar más allá⁶⁰; por esta razón la eficacia, propia de una modalidad, podría extenderse a la otra.

Sin embargo, esta correlación⁶¹ entre desistimiento y deber de garante por injerencia es, por lo bajo, discutible, primero, porque el desistimiento, en tanto presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, no puede identificarse con el cumplimiento de un deber negativo deficiente el cual ya existe con anterioridad al inicio de ejecución de la tentativa e, inclusive, subsiste más allá de que el sujeto pierda el control del riesgo de la tentativa⁶².

Segundo, no se puede obviar que el fundamento de la posición de garante por injerencia se encuentra fuertemente arraigado en el dogma causal que, a su vez, difumina sus perfiles; constituyéndose como un cúmulo heterogéneo de criterios correctores del original deber negativo de no dañar, derivado del concreto tipo de la parte especial⁶³.

60 CURY (1977), p. 130. Para el autor existe hasta cierto punto una relación formal entre la estructura del desistimiento y la de los delitos de omisión propia. Aunque no debe exagerarse su aplicación.

61 Véase ya MAÑALICH (2020) ob. cit., pp. 784-786. Para ver en detalle la superposición que puede y suele darse entre desistimiento, por un lado, y el eventual cumplimiento de un deber de acción condicionado por el comportamiento constitutivo de la respectiva tentativa acabada.

62 MONTERO (2021) pp. 745-748 y 757.

63 DOPICO GÓMEZ-ALLER (2018), pp. 7-8.

Ahora bien, y siguiendo con el tratamiento de la teoría propuesta, para integrar este grupo de casos resulta necesario hacer un ejercicio *de lege ferenda*, aplicando modalidades similares a las expresadas en el Derecho foráneo. Para equilibrar la figura, se le provee de una segunda posibilidad para optar al beneficio del desistimiento, para ello serán necesarias dos condiciones: primero, retirar o anular su contribución en el hecho y, en segundo lugar, un esfuerzo serio dirigido a *impedir la consumación típica* ⁶⁴. Así, aunque el hecho se cometa, el partícipe podrá lograr la impunidad a través de esta alternativa copulativa⁶⁵. Ello guarda coherencia con el fundamento político criminal propuesto, atenuando el requisito de eficacia.

Contrario a esta idea, Politoff ⁶⁶ Señala que no es aplicable al medio nacional ninguna de estas opciones, salvo por medio *de lege ferenda*. Éste propone la aplicación por analogía del inc. final art. 8 del Código penal, respecto de las figuras de proposición y conspiración, así se debe considerar impune al sujeto que, ante la imposibilidad del retiro con su sola voluntad y capacidades, denuncie el hecho a la autoridad. Ello equivaldría a tratar de impedir seria, firme y decididamente la consumación, pero con una base en el Derecho nacional. En contra de este argumento, sostenemos que a través de él solo se reconocería una situación de delación, soplonería o felonía, lo que es contrario a los principios cardinales de un Derecho penal liberal.

Además, que el art. 8 del cuerpo mencionado establezca una conducta particular hace preguntarnos por su fundamento, ya que señala que “*el desistimiento de ejecución de éstos antes de principiar a ponerlos por obra y de iniciarse procedimiento judicial contra el culpable, con tal que denuncie a la autoridad pública el plan y sus circunstancias*”. Cuestionable es la exigencia aludida, considerando que los actos preparatorios son, en referencia al *iter*

64 JAKOBS (1997), p. 914.

65 En sentido análogo, véase, JESCHECK y WEIGEND (2014), pág. 826.

66 POLITOFF (1999) p. 255.

criminis, previos a la tentativa. De ahí que se exija más a lo que en teoría en menos, con un razonamiento estricto de política criminal en atención a ciertos delitos que son de especial interés para el Estado.

El segundo nivel está dado por la modalidad de tentativa inacabada, la cual rige para los partícipes en sentido estricto, sea, inductor o cómplice, y coautores. Según lo expresado, la forma externa propia de la figura es la abstención de contribución en el hecho típico. Ahora bien, en el caso de multiplicidad de agentes, se deberá distinguir. I) Si el partícipe todavía no ha contribuido con su parte en la ejecución, será preciso que se abstenga de hacerlo. II) Si ya ha realizado su parte en el hecho, deberá procurar anular o deshacer lo realizado⁶⁷.

En caso contrario, si el sujeto adoptara una actitud pasiva, la eficacia causal de lo realizado seguirá operando a través de los demás intervinientes.

Cuando su aporte ya no pueda ser retirado y este puede ser aprovechado por el otro como condición del resultado común, se abre la segunda posibilidad para optar al beneficio del desistimiento. Así, para que opere la impunidad, se permitirá la posibilidad de un esfuerzo serio para *neutralizar su aportación en el hecho delictivo*. Velando por el principio de autorresponsabilidad.

Al no introducir matices en función de la aportación, carece de sentido y se vuelve un requisito adicional exigir la evitación de la consumación en esta modalidad de conato. De lo contrario se podría generar un efecto indeseado respecto del desistimiento y, además, acentuar el *versari in re illicita* como manifestación de la responsabilidad objetiva.

67 A favor, véase, *Ibidem*, pp. 238-239. Contrario a esto, GARRIDO (2007) ob. cit., p. 190; von LISZT (1917), p. 24. No basta el mero retiro de la contribución, sino que exige del desistido la evitación de la consumación o por lo menos lograr la anulación de su aporte. Asemejan las exigencias de esta modalidad a aquellas que se formulan para el caso de tentativa acabada.

Para ambos niveles, la seriedad vendrá determinada por el medio empleado por el sujeto que desista, no necesariamente debe ser el más adecuado, ni tampoco debe ser analizado meticulosamente en su idoneidad. Ahora bien, esto no significa que el agente no deba realizar algo adicional, sino, por el contrario, debe buscar emplear otros medios que resulten obstruyentes en el intento. Esto con el límite del estado de necesidad exculpante contenido en el art 10 N°11 del Código penal nacional.

Ya que ahí donde cualquier ulterior esfuerzo conlleve un peligro para la vida, integridad corporal o libertad, el agente desistido no tiene por qué emplear la fuerza si corre el peligro de que los actores que se mantienen en el hecho se dirijan en contra de él, por ejemplo, disparándole. Así, considerando que el mal grave e inminente puede provenir de cualquier fuente y amenazar a cualquier bien jurídico del cual se es titular, éste no deberá exponerse en contra de su propia seguridad; se debe estar a la ponderación de bienes y el Derecho no podrá exigirle una auto exposición al riesgo por su comportamiento antijurídico previo. Esto termina por ser un elemento del juicio cognitivo del juez al momento de calibrar los hechos.

Así, el que después de fracasar un intento de retiro que parecía prometededor, y no halle otro método disponible que le resulte exigible en la situación concreta; el que pretende neutralizar su aportación habrá hecho todo lo posible y, por tal razón, estará amparado por el desistimiento.

Lo presentado es el contenido de la teoría doble nivel, este se condice con los fundamentos político-criminales y, a su vez, de protección a la víctima. Consideramos que su aplicación, si bien hipotética, no deja de entregar valiosos puntos de reflexión en el plano forense, brindando soluciones diferenciales, tanto de *lege lata* como *lege ferenda*. La misma agrupa criterios funcionales seleccionados entre la vasta doctrina tanto nacional como extranjera, de ahí que cada uno de sus elementos y modalidades sean coherentes entre sí.

5. CONCLUSIONES

La anomia referente a la institución de la tentativa es una situación que no se puede eludir, sus implicancias no solo se agravan por su déficit explicativo, sino porque la modalidad de participación es en sí misma compleja de analizar y referenciar, considerando, además, la intrincada regulación de las modalidades de participación en el Código penal nacional. Su origen es remoto, fiel reflejo de la época de dictación del cuerpo legal, consecuente con las legislaciones foráneas afines, particularmente española y francesa.

No obstante, la deficiencia no se encuentra radicada en la adopción de líneas teóricas denominadas como clásicas, en referencia al triple problema del conato como figura jurídica. Considerando que no toda idea de modernidad es consecuente corolario de los principios cardinales que deben primar en un Derecho penal liberal. Al contrario, su carencia está en la conservación de una regulación arcaica, en circunstancias que el contexto del cual se inspiró varió significativamente a fines del siglo decimonono.

La actual línea de trabajo se desplaza en la extensión, más analógica que sistemática, de los requisitos de una modalidad de autoría única a otra de multiplicidad de intervinientes, cuando estos son estructuralmente diferenciales. No solo importa la extensión de las exigencias, sino una cristalización de criterios que pueden resultar criminógenos, importando un abandono de los fundamentos clásicos de los que se sirve la institución y su reverso en cuanto beneficio.

Producto de esto, mayoritariamente se considera que la eficacia, como requisito de la modalidad acabada de tentativa, con su exigencia externa de evitación del resultado, limita cualquier posibilidad o alternativa en favor del codelincuente desistente, sin variar en su calificación ni aporte en el hecho. Por el contrario, en lo que respecta a la modalidad inacabada, se discurre en una división dependiente al aporte o no suministrado al hecho principal, exigiendo -aunque con opiniones contrarias-, para el caso que se preste, el

mero retiro u anulación del aporte. Por el contrario, si el desacoplamiento del sujeto, antes del inicio de la tentativa en cuestión, da lugar a la supresión de cualquier eventual imputación de quebrantamiento de la norma, esta no se podría considerar como interviniente en el delito.

Si bien esta solución no es incoherente, sí es deficiente. De ahí que resulte imperioso abordar nuevas líneas normativas de trabajo. Así, considerando el estatus deóntico de cada una de las modalidades: el cumplimiento alternativo de comportamiento y el deber evitativo, proponemos una segunda alternativa de trabajo que beneficie al interviniente que desiste alcanzando con ello un beneficio a la víctima. La teoría doble nivel agrupa criterios híbridos de trabajo, toma exigencias de *lege lata* y *lege ferenda*, en miras a brindar una solución integral. No solo desplaza e irrumpe en instituciones de tradiciones extranjeras, sino que razona sobre la lógica de la tradición nacional.

Ahora bien, no puede obviarse que su aplicación solo podrá ser fruto de una reforma legislativa, como se hace mención, sin embargo, ello no le resta mérito a la propuesta, ya que todo trabajo en miras a superar el anacronismo penal vigente es un aporte a la alteridad del debate venidero. Independientemente de su aplicación, el presente trabajo concientiza de un problema, asimismo suministra una serie de argumentos teóricos que enriquecen todo intento de superación. Concluimos, con ello, con una propuesta de determinación para casos, extendida como fórmula general cuando estemos frente a una multiplicidad de actores en el hecho típico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALASTUEY, Carmen: (2011) “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, en: Revista de Derecho penal y Criminología (Nº 5).

BACIGALUPO, Enrique (1994): Principios de Derecho penal. Parte general, tercera edición, (Madrid, Ediciones Akal).

BASCUR, Gonzalo (2015): “Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal Chileno”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº 23), pp. 175–226.

BECCARIA, Cesare (1973): *Dei delitti e delle pene*, (Milano, Letteratura italiana Einaudi).

BELING, Ernst von (1944): *Esquema de Derecho penal. La doctrina del delito-tipo* (Traducc. Soler, S., Buenos Aires, Editorial Depalma).

BLANCO, Carlos (2005): *Tratado de Derecho penal español* (Barcelona, Bosch Editor), tomo I, Vol. II.

BUSTOS, Miguel (2017): “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 1-32.

CUELLO, Joaquín (2009): *El Derecho penal español. Parte General*. (Madrid, Editorial Dykinson), Vol. II.

CURY, Enrique (1973): *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, segunda edición, (Santiago, Ediciones Nueva Universidad).

CURY, Enrique (1977): *Tentativa y delito frustrado*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

CURY, Enrique (1997): *Derecho penal. Parte General*, segunda edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

CURY, Enrique (2005): *Derecho penal. Parte General*, séptima edición, (Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile).

DAVID, Héctor (2009): *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad* (Buenos Aires, Editorial Marcial Pons).

DEL ROSAL, Juan (1969): Tratado de Derecho penal español. Parte General (Madrid, Imprenta Aguirre), Vol. II.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2018): “¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi”, en: Indret (Nº 4), pp. 1-22.

ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y VILLEGAS, María Ángeles (2022): Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias, novena edición, (Madrid, Editorial Lefebvre).

ETCHEBERRY, Alfredo (1999): Derecho penal. Parte General (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

FARRÉ, Elena (1986): La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia (Barcelona, Bosch).

FERNÁNDEZ-ESPINAR, Gonzalo (1995): “El desistimiento en la fase externa de ejecución del iter criminis”, en: Actualidad Penal, (Nº 2), pp. 647-649.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo (2009): Diritto penale. Parte Generale, sexta edición, (Bologna, Zanichelli Editore).

FRÍAS, Jorge (1993): Teoría del delito. (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

GARRIDO, Mario (1984): Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARRIDO, (1992): Nociones fundamentales de la teoría del delito (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

GARRIDO, (2007): Derecho penal. Parte General, cuarta edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.

GILI PASCUAL, Antoni (2012): “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado”, en: *InDret* (Nº 2), pp. 1-36.

GUZMÁN, José Luis (2019): “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, Nº27), pp. 606-634.

HAAS, Volker (2016): “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, en: *InDret* (Nº1), pp. 1-32.

JAKOBS, Günther (1997): *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, (Madrid, Editorial Marcial Pons).

JESCHECK, Hans-Heinrich (1993): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, cuarta edición, (Granada, Editorial Comares).

JESCHECK, Hans; WEIGEND, Thomas (2014): *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (Lima, Instituto Pacífico), Vol. II.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1997): *Principios de Derecho penal. La ley y el delito*, tercera edición, (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana).

JIMÉNEZ DE ASÚA (1970): *Tratado de Derecho penal*, cuarta edición, (Buenos Aires, Editorial Losada), tomo VII.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2010): *Tratado de Derecho penal. Parte general* (Madrid, Thomson Reuters-Civitas).

MAÑALICH, Juan Pablo (2004): “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en: *Revista de Estudios de la Justicia*, (Nº 4), pp. 137-175.

MAÑALICH, Juan Pablo (2018): Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena (Santiago, Thomson Reuters).

MAÑALICH, Juan Pablo (2020): “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en: Revista Política Criminal, (Vol. 15, N° 30), pp. 780-810.

MARTÍNEZ, Margarita (1994): El desistimiento en Derecho penal, (Madrid, Editorial Universidad Complutense).

MARTÍNEZ, Margarita (1997): “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal”, en: Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, (Barcelona, Bosch), pp. 345-421.

MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2019): Manual de Derecho penal chileno. Parte General (Valencia, Tirant Lo Blanch).

MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl-Heinz y ZIPF, Heinz (1995): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo II.

MERKEL, Adolf (2004): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial B de F).

MEZGER, Edmund (1958): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica).

MIR PUIG, Santiago (2011): Derecho penal. Parte General, novena edición, (Barcelona, Editorial Reppertor).

MIR PUIG, Santiago (2007): Derecho penal. Parte General, séptima edición, (Buenos Aires, Editorial B de F).

MONTERO, Federico (2021): “Desistimiento de la tentativa. Su consideración a la luz de la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Nº 1), pp. 736-763.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA Arán, Mercedes (2010): *Derecho penal. Parte General*, octava edición, (Valencia, Tirant Lo Blanch).

NÁQUIRA, Jaime (2017): *Derecho Penal chileno. Parte General* (Santiago, Thomson Reuters).

NÚÑEZ, Miguel Ángel (2003): *El delito intentado* (La Coruña, Editorial Constitución y Leyes).

PACHECO, Joaquín (1967): *El Código Penal comentado y concordado* (Madrid, Editorial TI).

PEÑA, Silvia (1972): “Autoría y participación en el delito”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, (Nº 3), pp. 85-128.

PÉREZ, Fátima (2008): *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español* (Madrid, Editorial Dykinson).

POLITOFF, Sergio (1999): *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración* (Santiago, Editorial Jurídica).

POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

REAÑO, José Leandro (2005): “El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, en: *Derecho PUCP*, (Nº 58), pp. 453-483.

RODRÍGUEZ, Gonzalo (1980): “Las fases de ejecución del delito”, en: Revista Jurídica de Cataluña, (Vol. 79), pp. 5-20.

RODRÍGUEZ, José María y SERRANO, Alfonso (1995): Derecho penal español. Parte General, décimo octava edición, (Madrid, Dykinson).

ROXIN, Claus (2000): Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, séptima edición, (Madrid, Marcial Pons).

ROXIN, Claus (2001): “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, en: Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología (Nº 3).

ROXIN, Claus (2014): Derecho penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters-Civitas), tomo II.

ROXIN, Claus (2014): Derecho penal, parte general, especiales formas de aparición del delito, (Navarra, Editorial Thomson Reuters-Civitas), tomo II.

SEMINARA, Sergio (2022): “Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada”, en: Un modelo integral de Derecho Penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 1607-1620.

SERRANO-PIEDCASAS, José Ramón (1999): “Fundamento de la punición de la tentativa”, en: Nuevo Foro Penal (Nº 61), pp. 3-33.

SILVA, Jesús María (1997): “La regulación del iter criminis (arts. 16-18)”, en: El nuevo Código Penal. Cinco Cuestiones Fundamentales (Barcelona, Bosch Editor), pp. 121-157.

SOLER, Sebastián (1992): Derecho penal argentino (Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina), tomo II.

STRATENWERTH, Günter (2005): Derecho penal. Parte general, cuarta edición, (Buenos Aires, Editorial Hammurabi).

VACCHELLI, Ezequiel (2018): “Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad”. Tesis para optar a Doctor en derecho. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/665393> [Fecha de última consulta: 02.08.2023].

VON LISZT, Franz (1917): Tratado de Derecho penal (Madrid, Hijos de Reus Editores), tomo III.

WELZEL, Hans (1956): Derecho Penal. Parte General (Buenos Aires, Roque Depalma Editor).

WELZEL, Hans (1970): Derecho penal alemán, décimo primera edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

YÁÑEZ, Sergio (1975): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en: Revista de Ciencias Penales. (Vol. 34, N°1), pp. 49-64.

ZAFFARONI, Eugenio (1996): Tratado de Derecho Penal. Parte General (Buenos Aires, Editorial EDIAR), tomo IV.