

**¿ES INDISPENSABLE QUE EL CODELINCUENTE REALICE ALGO
MÁS QUE SÓLO RETIRAR SU APORTE PARA QUE LO AMPARE LA
TENTATIVA DESISTIDA IMPUNE?**

Profesor guía:

Dr. José Luis Guzmán Dalbora

Autores:

Sebastián Hernán Avilés Valenti

Luis Ignacio Erazo Celedón

Diciembre 2022

ESCUELA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y LA IMPUNIDAD DE SU DESISTIMIENTO	4
1. Panorama sinóptico y apreciación crítica del fundamento del castigo de la tentativa	4
2. Fundamento e inserción sistemática de la impunidad del desistimiento	10
3. Conclusiones preliminares	20
CAPÍTULO II: EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA Y SU VINCULACIÓN CON LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN	23
1. El desistimiento de la tentativa	23
1.1. Requisitos	24
1.2. Deslinde entre la tentativa acabada e inacabada	29
1.3. Consideración especial de la eficacia del desistimiento	32
2. Modalidades de participación en el acto punible	34
2.1. De la autoría y participación	35
2.2. Teorías sobre la punición del partícipe	37
2.3. Teorías de distinción entre autoría y participación	40
2.4. Problemas básicos en la regulación nacional	45
3. Conclusiones preliminares	49
CAPÍTULO III: DESISTIMIENTO Y CODELINCUENCIA. TEORÍA DE LOS DOS NIVELES	51
1. El problema en el Derecho comparado	51
2. La teoría del doble nivel	59
3. Conclusiones preliminares	68
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72

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.

Tomándonos de una pequeña arista en los vastos problemas que envuelve la institución, este trabajo tendrá por objeto, en primer lugar, analizar la justificación jurídica de la tentativa como forma anticipada de punición y, asimismo, indagar en los fundamentos y en la ubicación sistemática del beneficio de liberación de responsabilidad penal extendido por el Estado en favor del sujeto desistido.

Ahora bien, la anomia presente en la regulación del Código penal nacional, en lo referido al desistimiento en situaciones de codelincuencia -latente en el artículo 7 del antes mencionado Código-, 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 sólo 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.

Así, en segundo lugar, 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. Por medio de una teoría doble nivel que fija, en primer lugar, una regla general respecto de los partícipes y, en segundo lugar, por medio de una excepción, un criterio especial de eficacia extendida respecto de los coautores en tentativas inacabadas.

Con todo, no se trata, pues, de hallar una fórmula única no sujeta a conjeturas o refutaciones, sino de elevar una propuesta de determinación para casos cuando éstos involucran una variedad o multiplicidad de actores en el hecho típico.

No obstante lo anterior, ello no es óbice para que la aplicación práctica -de la hipótesis a defender- sea extendida a otros casos como fórmula general, de modo que el fin último de este trabajo es brindar un soporte sistemático y una mayor claridad al problema de investigación.

CAPÍTULO I: SOBRE LA LEGITIMACIÓN DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA Y LA IMPUNIDAD DE SU DESISTIMIENTO

1. Panorama sinóptico y apreciación crítica del fundamento del castigo de la tentativa

Las teorías de los actos preparatorios, la tentativa y participación, constituyen formas especiales de aparición del hecho punible; numerosas teorías han buscado explicar, captar y cercar las razones lógico penales que subyacen en tales figuras, alcanzando o no un resultado satisfactorio y suficiente. Por lo que, y especial atención a la tentativa¹ como institución ampliatoria de la tipicidad prohibitiva, se atenderá en este punto a su significación jurídico-punitiva en lo relativo a su fundamentación. En razón de ello, será necesario expresar una breve reseña crítica de las líneas tradicionales por las cuales ha transitado.

La doctrina de la tentativa ha sido prolífica en proporcionar diversos tipos de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de estadio previo a la consumación. En un espectro amplio y generalizado, las posturas se dividieron en dos: las que buscan una razón objetiva para punir tal, líneas que, posteriormente, se denominaron como de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico. Y otras que hallan el fundamento jurídico de punición en la voluntad contraria a Derecho, por tanto, en atención al plano subjetivo teleológico del injusto de la acción.

Para dar inicio, y centrándonos en las teorías objetivas, éstas surgen como una opción política que obedece a un razonamiento liberal propio del Estado de derecho, donde la función del Derecho se constituye como límite entre las esferas de poder del Estado y los individuos. De ahí se deduce que la lesión de los intereses o derechos subjetivos de los individuos sólo puede ser de forma objetiva y, producto de esto, la intervención del Estado sólo estará justificada si se ha producido tal. Por el contrario, fundamentar el injusto en elementos de carácter subjetivo supondría una confusión del Derecho con la moral dando lugar a un reprochable Derecho penal de la voluntad.

¹ Los prácticos italianos de la Edad Media la trataron con la denominación de conatus. ALCIATO la caracteriza en la siguiente forma: "*aliud crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est*".

En lo que respecta a su teorización, FEUERBACH² será el primer autor en fundamentar la punición de la tentativa con arreglo a una visión objetiva, acentuando que la ley la castiga porque implica un peligro para el bien jurídico -el cual es mayor que en los meros actos preparatorios-. En su versión más primitiva, la teoría adopta una perspectiva *ex post*. De ello derivan, principalmente, tres consecuencias lógicas. En primer lugar, se establecerá la completa impunidad de la tentativa frente a los actos preparatorios, segundo, la atipicidad de cualquier tentativa que, vista por un tercero de forma posterior, no presentase ningún tipo de peligro para el bien jurídico (absolutamente inidónea)³: así el que jala del gatillo, sin saber que era un arma de utilería, no sería sancionado. Y, por último, producto de la falta del injusto de resultado se llega a una atenuación obligatoria de la pena⁴.

No obstante su estricto apego al principio de legalidad y un Derecho penal de acto, esta teoría presenta, a lo menos, tres grandes problemas expuestos por la teoría subjetiva. I) Evaluar lo idóneo o inidóneo de una forma *ex post*, es equivocado, ya que toda tentativa será en el fondo inidónea. II) La utilización de criterios abstractos como reglas de competencia -respecto de los medios de ejecución empleados-, es inapropiado, dado que estos son situacionales. III) La fuerte vinculación con cursos causales hipotéticos, que nos enfrenta a situaciones no veraces, o sea, no empíricamente acaecidos.

Posteriormente, se alza la moderna teoría de la peligrosidad, dominante en Alemania desde 1930, defendida por VON LISZT y VON HIPPEL. Expresa que “*una tentativa es peligrosa cuando un observador medio cuidadoso que conociera los objetivos del autor y que tuviera, eventualmente, sus conocimientos especiales debería considerar, ex ante, como muy posible la producción del resultado*”⁵ o, en palabras de GÜNTHER JAKOBS, “*se considera peligrosa cuando una persona prudente con los conocimientos del autor y además los de un observador medio en el momento del hecho (ex ante), habría considerado no*

² “*La peligrosidad de toda acción capaz objetivamente de producir un resultado*” FEUERBACH, L: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 14ª ed., Giessen, 1847, § 42.

³ Así el StGB prusiano de 1851 acoge esta línea doctrinal y en el § 31 se excluyó la punibilidad tanto de las acciones preparatorias como de la tentativa absolutamente inidónea. Hasta que el RG cambió de postura, situándose en la posición opuesta por la influencia de la teoría de v. BURI, marcó el comienzo de la jurisprudencia en tal sentido la resolución de los Senados penales de 24 de mayo de 1880.

⁴ SERRANO-PIEDCASAS, J: “Fundamento de la punición de la tentativa”. *Nuevo Foro Penal*, N° 61, cfr. 1999, pág. 6.

⁵ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General. Tomo II, Trad. de la primera 1ª ed. alemana, Editorial Thomson Reuters-Civitas, Buenos Aires, Argentina, 2014, pág. 442.

improbable, es decir, adecuada, la consumación”⁶. Por lo tanto, la atención al deber o la obligación de hacer u omitir se delimitan en el instante en que el agente actúa y no de forma posterior.

En esta hay una proyección de la teoría de la causa adecuada. Así, respecto de uno de sus puntos orbitales, la tentativa idónea, será aquella adecuada para producir el resultado cuando en un juicio de previsibilidad objetiva *ex ante*, en cuanto prognosis póstuma, se revele como apta para producir el resultado delictivo, por tanto un peligro concreto mas no abstracto⁷.

Por el contrario, si se defendiera una postura que considera que el riesgo no sólo debe considerarse *ex ante*, sino en base a las representaciones que el agente tenía al momento de actuar, se incurre en un peligroso subjetivismo que difuminaría los límites objetivos de un Derecho penal del hecho.

A esto se añade el beneficio de que, por medio de esta línea doctrinal, el problema de la punibilidad de la tentativa puede ser vinculado a la teoría de la imputación objetiva, incluyendo en ella la posible solución diferenciada para el problema de la punibilidad de la tentativa inidónea.

Finalmente, para GUSTAVO LABATUT, la esencia de la tentativa se encuentra en el principio de ejecución, cuyo castigo está subordinado al peligro para el bien jurídico, por el contrario, mientras este no existe, la voluntad del agente será indiferente⁸. Por tal razón, este sería el criterio seguido por el Código penal nacional.

Ahora bien, y no obstante a las grandes virtudes que presenta, esta teoría ha sido sujeta a diversas críticas, aunque unas más fundadas que otras.

Así, una debilidad común, en voz de CLAUS ROXIN⁹, se hace patente y es que la idea de tentativa basada exclusivamente en la idoneidad de la acción del autor, mediante el concepto de peligrosidad, no

⁶ JAKOBS, G: *Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997, pág. 860.

⁷ Esto en contraposición con otras líneas como la teoría de BELING que se enmarca en la falta de tipo por tentativas inidóneas, resolviendo desde la lógica de la atipicidad.

⁸ POLITOFF, S: *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999, cfr. pág. 110.

⁹ ROXIN, C: op., ed., cits., cfr. pág. 443.

es un criterio adecuado para delimitar la figura frente a actos preparatorios no punibles, ya que en esta última existe *ipso facto* un peligro progresivo (integrando el dolo como voluntad contraria a derecho)¹⁰. Si bien la delimitación efectuada por la postura objetiva moderna favorece el deslinde entre instituciones, omite que no toda tentativa idónea, en la práctica, importa un peligro concreto.

Asimismo, la peligrosidad como único elemento justificativo de la punición sitúa esta teoría en el plano del pensamiento causalista, ya que en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo, es decir, su peligrosidad. Es por ello que estamos en presencia de una carencia esencial: la perspectiva social de las elaboraciones dogmáticas (ausencia de consideración referida a concepciones normativas de peligro). Dado que sólo se sirve de una base natural de riesgo.

Con base a esta crítica general, se tratará el grupo de teorías subjetivas, las cuales fundamentan la punición de la figura de tentativa “*en aquella voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, basada, por tanto, en la voluntad criminal*”¹¹. Así el fundamento de la punición sólo puede serlo el dolo del autor de la tentativa, aludiendo, debido al principio del hecho, no al dolo no exteriorizado, sino al puesto en práctica¹². Por tal razón WELZEL expresa que todo delito doloso es una concreción de voluntad, la cual puede quedar detenida en las etapas iniciales o puede alcanzar la completa ejecución de la decisión de la acción. De cualquier modo, la mera decisión de acción no es todavía punible, sino que la mala voluntad será tal cuando se concreta¹³.

Esta línea fue adoptada por la jurisprudencia del *Reichsgericht*, por la influencia de VON BURI, quien trasladó el ámbito de la tentativa a la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁴. Para apoyar este punto de vista el tribunal supremo alemán se sirvió de la voluntad criminal como fundamento

¹⁰ Se debe tener presente que la puesta en peligro para el bien jurídico existe desde que el autor adopta una resolución delictiva, y ella está presente ininterrumpidamente a lo largo de los actos preparatorios y ejecutivos.

¹¹ ZAFFARONI, E: *Tratado de Derecho penal*. Parte General, tomo IV. Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina. cfr. 1996, pág. 422.

¹² JAKOBS, G: op., ed., cits., cfr. pág. 862.

¹³ WELZEL, H: *Derecho Penal*. Parte General. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, cfr. 1956, pág. 189.

¹⁴ El hecho de que las condiciones causales sean equivalentes no implica que lo sean desde un punto de vista normativo, constituyendo esta un craso error lógico.

primario de la punibilidad de la tentativa. Además de la negación del concepto de peligro, ya que todas las condiciones de un resultado serían equivalentes.

Como consecuencia de esta postura, se introduce un importante elemento que opera como fundamento de la pena, este es, el error al revés (inverso al error de tipo), en que el saber y querer de las circunstancias típicas que no existen resultan determinantes para efectos de la sanción. Así, la administración de medios abortivos en una mujer no embarazada sería punible.

Como se advierte, las consecuencias político-criminales que derivan de esta teoría puramente subjetiva son inadmisibles en un Derecho penal liberal, ya que una punibilidad basada únicamente en la voluntad delictiva posibilita la sustitución de un Derecho penal de acto por uno de autor. Lo anterior debido a que se castiga al individuo peligroso para el Estado. Del mismo modo conduce a una extensión del ámbito de la tentativa punible a costa de los actos preparatorios, la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y, junto a ello, la equiparación (por univocidad de la voluntad criminal) en el castigo de la tentativa y la consumación. Por tal razón se genera un completo desbordamiento de la punibilidad, abarcando, incluso, tentativas completamente irracionales¹⁵. Asimismo, comprendería inducciones y acuerdos delictivos no ejecutados¹⁶, de los cuales se desprende una voluntad contraria a Derecho.

En relación con el punto anterior, estos problemas se agudizan cuando enlazamos a él la teoría denominada de la impresión (de carácter ecléctico) que fundamenta la punición en aquella impresión perturbadora del Derecho; como apunta JESCHECK, *“el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de la colectividad en la validez del Ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica”*¹⁷. Lo decisivo consiste en determinar si la acción del agente resultaría adecuada para producir

¹⁵ WELZEL defiende esta postura señalando que, por ejemplo, frente a la tentativa supersticiosa, tal voluntad no puede conmovir la realidad del Derecho como poder intelectual.

¹⁶ Véase: SEMINARA, S: “Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada”, en *Un modelo integral de Derecho Penal*. Libro homenaje a la profesora MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2022.

¹⁷ JESCHECK, H; WEIGEND, T: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Vol. II, Trad. de la 5ª ed. alemana, Instituto Pacífico, Lima, Perú, 2014, pág. 773.

una perturbación a un observador medio y sensato¹⁸ que tuviese conocimiento de los hechos externos e internos, por tanto, se asienta en una idealización y no en un observador real presente al momento de advenir los hechos.

JESCHECK Y WEIGEND señalan que el Derecho vigente se comprende mejor desde la visión de la teoría de la impresión, por su acentuación en la marcha del hecho, la atenuación facultativa y, derivado de la misma, la posibilidad de prescindir de la sanción ante casos de tentativas absolutamente irracionales. En ella se fundamenta correctamente la punibilidad de la tentativa a través de la necesidad de la preservación del ordenamiento jurídico. En la tentativa el objeto de la punición es la voluntad antijurídica del autor trasladada al hecho típico correspondiente¹⁹.

En otros términos, se trata de un juicio de valor, el cual sigue siendo vago y no es más que una descripción del juicio legal del merecimiento de la pena. Asimismo, caben puntos críticos en su contra, ya que no contiene un elemento diferenciador respecto de la tentativa, sino que es aplicable a todas las formas de aparición de la conducta delictiva. Junto a ello, las decididas disposiciones de preparación de un delito ya son adecuadas para desestabilizar el sentimiento general de seguridad jurídica, o sea, sólo a través de una forma inexacta se logra delimitar tentativa y actos punibles. Por tanto, ¿cómo establecer el límite de impunidad y punición solamente con el criterio de impresión? Únicamente será posible a partir de la proximidad al tipo con un criterio objetivo.

Como corolario de lo anterior, esta teoría resulta insuficiente para la inevitable fundamentación dual respecto de la tentativa, la cual recae en la puesta en peligro próxima al tipo o como una infracción de la norma próxima a la realización típica y que perturba al Derecho, la cual es elaborada y denominada por ROXIN como la teoría de la unión, que incorpora un factor adicional a la teoría objetiva moderna, en mira de aquella punibilidad que no puede ser explicada sobre la lógica de la puesta en peligro causal, sino partiendo de que el legislador, en ocasiones, considera merecedor de pena el hecho de que alguien lleva a la práctica una decisión de actuar, aun cuando esta no sea peligrosa en

¹⁸ En contra de la crítica no acertada de que aquella impresión perturbadora es demasiado laxa, cambiante e indeterminada para que sirva de explicación.

¹⁹ JESCHECK, H; WEIGEND, T: op., ed., cits., cfr. pág. 774-775.

un plano naturalista. Por tanto, integra en ella una infracción de la norma que ocasiona una perturbación del Derecho y que valora igualmente como una tentativa punible²⁰.

No obstante, e independientemente de la reformulación efectuada por la teoría de la unión, existe, en el fondo de ésta, una peligrosa subjetivización de la antijuricidad y un ataque insidioso a la intimidad y, eventualmente, la libertad de las personas, porque se entra a confundir el juicio jurídico con apreciaciones morales que, a su vez, quedan condicionadas por aquellas actitudes punitivas de la sociedad²¹ (fruto de una perturbación social).

Por lo tanto, y en razón a lo expresado, el recelo al principio del hecho debe primar, puesto que un Derecho penal liberal -que distingue entre moral y Derecho- no puede entrar a castigar meros pensamientos, intenciones o impresiones, sino que debe limitar su acción a actos externos con relevancia jurídico-penal²².

Finalmente, existen modernos esfuerzos para delimitar la punición de la tentativa, los cuales la intentan diferenciar de diversas maneras. Ello es muestra de que no está dicha la última palabra respecto de la punición y que el eje fundamental siguen siendo aquellas formas o modalidades que puede adoptar la tentativa inidónea en la práctica.

2. Fundamento e inserción sistemática de la impunidad del desistimiento

El art. 7 del Código penal nacional regula tanto la tentativa inacabada como acabada. De él se desprende, por medio de una interpretación sistemática con un argumento *contrario sensu*, la exención de pena para el caso de desistimiento; asimismo, el motivo de este privilegio no está expresado

²⁰ ROXIN, C: op., ed., cits., cfr. pág. 437.

²¹ “La mentalidad autoritaria queda retratada en un esquema básico de actitudes punitivas, en sí mismas independientes del contexto social, aunque pueden y de hecho son estimuladas por condiciones generales de la sociedad, particularmente el sentimiento de inseguridad que corroe a los países del primer mundo, lo mismo que a Estados de subdesarrollo económico-social y acendrado autoritarismo”. Este último es el caso de Chile, donde el acento autoritario impregna de antiguo la vida pública. GUZMÁN, J: “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”. en *Política Criminal*. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Doc. 2, pág. 621.

²² Una vez exteriorizada la conducta del sujeto se puede entrar a analizar la faz interna de este, no así al contrario.

legalmente en el respectivo ordenamiento. Por esto, la naturaleza y ubicación de la institución queda sujeta a discusión doctrinal²³.

A continuación, serán expuestas y discutidas las teorías denominadas como “clásicas” por la doctrina nacional y foránea, las cuales tienen o han tenido mayor significancia en el plano dogmático.

Se da comienzo a este punto con la exposición de las nociones más antiguas sobre la materia -actualmente minoritarias-, las cuales tienen como base que el desistimiento voluntario excluye la tipicidad y/o la antijuridicidad del hecho. Estas son denominadas teorías jurídicas, que importan la existencia de un impedimento jurídico.

En efecto, se presentan dos grupos bien diferenciados, que obedecen al tradicional deslinde entre teorías jurídicas subjetivas (ausencia de voluntad delictiva) y objetivas (falta de un elemento estructurante del delito: la antijuridicidad o la culpabilidad). Cuyo denominador común será que visualizan en el desistimiento un obstáculo obligatorio para la aplicación de la pena.

Asimismo, de conformidad con estas teorías, distintos autores han considerado que el desistimiento anula retrospectivamente tanto la actividad exterior contradictoria a la ley, como también la voluntad delictiva del autor dirigida a la consumación del ilícito²⁴. Hay que consignar que la mayoría de estas teorías que apuntan a un impedimento normativo, lo visualizan como causa de exclusión de tipicidad, en cuanto elemento negativo del tipo.

Algunos autores nacionales sostienen esta posición (siendo esta una línea minoritaria); así, NOVOA MONREAL concibe el desistimiento como un requisito negativo exclusivo de la tipicidad²⁵. Por su parte, JUAN BUSTOS entiende la atipicidad como imposibilidad de valoración de la actividad emprendida en referencia al bien jurídico que determina el injusto.

²³ Hay autores que buscan dar una solución a los conflictos de naturaleza recurriendo a un único factor deslindante, particularmente a la voluntariedad como condición legal de procedencia. Véase: SOLER, S: *Derecho penal argentino*, tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992, pág. 270.

²⁴ Así, Zachariä. En Roxin, C: 2001. “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. N° 3. España. 2001.

²⁵ Véase: NOVOA, E: *Curso de Derecho penal chileno*, tomo II, Edior-ConoSur, 2ª ed., pág. 160.

Por su parte, en España²⁶, el concepto legal de tentativa siempre ha estado vinculado a la doctrina que considera al desistimiento como un elemento negativo del tipo de la tentativa, y no sólo causa de exclusión de la punibilidad como la doctrina alemana corriente.

A lo mencionado en los párrafos anteriores, se puede criticar que tanto la actividad interna como externa del sujeto que desiste no puede ser anulada retrospectivamente, esto debido a que la tentativa no deja de existir aunque posteriormente sea desistida. Por consiguiente, antes del desistimiento los actos emprendidos son típicos y culpables.

De igual modo, esta teoría también fue criticada por las consecuencias que se seguían para el tratamiento de la participación. MAÑALICH opina que *“en tanto el desistimiento del autor anulara retrospectivamente el injusto, en función del principio de accesoriedad de la participación tendría que afirmarse la impunidad de los partícipes, pese a que eventualmente el desistimiento no les fuese atribuible en modo alguno”*²⁷. Dichas consecuencias no logran ser comprendidas, ya que no se entiende el por qué la impunidad del sujeto que desiste debe además favorecer al partícipe que no se ha desistido ni tampoco quiso hacerlo.

En miras a superar la teoría anteriormente expuesta, se presenta la denominada teoría del “puente de oro” o “plata”. Esta construcción teórica que se remonta a FEUERBACH, también ha sido denominada con el nombre de “teoría político-criminal”, la que descansa sobre la idea de que al agente se le debe ofrecer un estímulo para abandonar la tentativa, alejándolo de la consumación y, en caso necesario, evitar el resultado. De lo contrario, si el Estado castigase al sujeto desistido del ilícito, lo marginaría a su perseveración en él.

En esta dirección FEUERBACH afirma que *“si el Estado no deja impune a la persona que se arrepiente del hecho ya comenzado, entonces en cierto modo se le apremia para su consumación; y es que el infeliz que se*

²⁶ RODRÍGUEZ MUÑOZ, nota en la traducción del *Tratado de Derecho penal* de MEZGER, tomo II, pág. 270; CÓRDOBA RODA, nota en la traducción del *Tratado de Derecho penal* de MAURACH, tomo II, págs. 361-362.

²⁷ MAÑALICH, J: “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 4, cfr. pág. 166.

*deja arrastrar hasta la tentativa sabe de cualquier modo que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la terminación del hecho*²⁸.

De las distintas conceptualizaciones que dan los autores²⁹ a esta teoría, es posible apreciar que el beneficio es el eje central de ella, la que se ve envuelta en una especie de oferta de impunidad a cambio del desistimiento del autor. En otros términos, esta promesa de impunidad por desistimiento es interpretada como un incentivo para el autor de la tentativa que se justifica en la necesidad de conservación del bien jurídico que ha sido puesto en peligro o se ha comenzado a lesionar.

Se debe tender por parte del Estado este puente de oro y hacerlo perdurar en el tiempo lo máximo posible, para así poder rescatar a la víctima del peligro que puede traer consigo el comienzo de la ejecución de un delito en su contra. El foco estará dado por el resguardo a los bienes jurídicos del paciente.

Al amparo de esta teoría político-criminal, cabe hacer presente que para un importante sector de la doctrina nacional e internacional³⁰, entre ellos los autores MATUS Y RAMÍREZ, el desistimiento de la tentativa impune es considerada como una excusa legal absolutoria, esto debido a que *"no afecta los presupuestos de la responsabilidad ni tiene relación alguna con las defensas generales basadas en la falta de antijuridicidad o culpabilidad, sino que se funda únicamente en razones de política criminal: ofrecer un estímulo a quienes abandonan la comisión del delito o impiden sus consecuencias"*³¹.

Como resultado de esto, y contrario a las teorías anteriores, el desistimiento de la tentativa no modifica el contenido del ilícito ni de la culpabilidad del hecho, ya que su referencia no está vinculada a los elementos graduales de la estructura del tipo. Asimismo, se supera la exclusividad de las teorías de corte retributivas.

²⁸ ROXIN, C: "Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal", ed. cit.

²⁹ Véase: JESCHECK, H; WEIGEND, T: op., ed., cits. pág. 809.

³⁰ FRANK VON LISZT ve la naturaleza del desistimiento voluntario como una causa extintiva de la pena, importando similares consecuencias a la aquí presentada, véase: VON LISZT, F: *Tratado de Derecho penal*. Trad. de la 20ª ed., alemana por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Tomo III, Hijos de Reus, Editores, Madrid, España. 1917, pág. 20.

³¹ MATUS, J; RAMÍREZ, M: *Manual de Derecho penal chileno*. Parte General., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, pág 248.

Así, al concebir a esta institución como una excusa legal absolutoria, se generan diversos efectos, de los cuales cabe mencionar, en primer lugar, que el beneficio sólo exime de pena al sujeto que se desiste, mas no a los partícipes en los que no concurre la causal.

En segundo lugar, en lo referido a los casos de codelincuencia, el partícipe que se desiste debe, como regla general, abstenerse de contribuir al hecho o anular su contribución anterior, si ésta puede seguir teniendo eficacia causal con independencia de la voluntad del que se desiste.

En contra opinan NOVOA MONREAL Y GARRIDO MONTT, quienes exigen del que se desiste, además de su retiro o abstención, la evitación del resultado típico respecto de quienes no han desistido³². Ahora bien, esto último debe ponderarse según se trate de una tentativa acabada o inacabada, además de la consideración al riesgo o peligro creado por el desistido y su posibilidad de retiro en la realidad de los hechos.

Sin embargo, esta teoría no se encuentra libre de críticas, ya que diversos autores han planteado que la promesa de impunidad en el momento decisivo no tiene ninguna influencia sobre la resolución del autor, y esto es así en gran medida porque es desconocida por la población.

En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior, ZAFFARONI ha escrito *"que de manera frecuente el autor que se desiste, lo hace sin tener el conocimiento que producto de ese desistimiento se elimina la punibilidad de la tentativa"*³³. Ello ha traído consigo la existencia de un déficit de rendimiento explicativo, como consecuencia de la escasa constatación de casos en que se puede verificar que el desistimiento ha tenido lugar por una motivación del autor de obtener la impunidad. En este sentido, la teoría del puente de oro se fundaría en una hipótesis no comprobada empíricamente³⁴.

Dentro de este orden de ideas, GARRIDO MONTT señala que se ha abandonado la idea planteada por FEUERBACH, puesto que *"se considera que el autor que inicia la comisión del injusto penal no tiene en*

³² POLITOFF, S; MATUS, J; RAMÍREZ, M: *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, cfr. 2003, pág. 382.

³³ ZAFFARONI, E: op., ed., cits., cfr. pág. 422.

³⁴ Véase: MAÑALICH, J: op., ed. et vol. cits., pág. 167.

mente la posible promesa de un perdón, e incluso a veces ignora totalmente la existencia de esa posibilidad³⁵. Por lo tanto, y como se ha expresado, se trata de una teoría no verificable por un déficit de rendimiento explicativo en atención a la nula comprobación sobre el móvil del agente para con la oferta extendida y, segundo, respecto del enclave favorable a la víctima, no es del todo correcta, ya que no se considera la grave perturbación que puede causar en la víctima el conocimiento de la intención lesiva de otros, expresada con la tentativa desistida.

No obstante, estas objeciones no parecen despojar a la teoría de ningún fundamento. En efecto, si las motivaciones de quienes delinquen generalmente no obedecen a cálculos racionales, del mismo modo que desconocen las instituciones jurídicas que los rigen, llevaría a la imperiosa necesidad de erradicar la función disuasoria de la propia pena, lo que es impensable³⁶.

Frente a la acometida crítica, surge, pero sin recurrir a ficciones, la teoría del perdón o del premio, cuya *"diferencia radica en que en ésta no se enfatiza una supuesta política motivadora o de estimulación preventiva dirigida al delincuente con anterioridad a su desistimiento, sino que la "recompensa o premio" es un mero efecto o consecuencia ante la decisión voluntaria de aquél"*³⁷. De esta forma, quien se desiste de manera voluntaria y a su vez evita la consumación del delito o quizás no lo evita, pero se esfuerza de manera seria para que no ocurra, es merecedor del desistimiento de la tentativa impune.

Esta teoría también ha recibido comentarios negativos. Primero, se hace patente una peligrosa pérdida del deslinde entre Derecho y moral, ya que confunde la voluntariedad (y su móvil) con el fundamento mismo del desistimiento, dado que la atención viene dada por su mérito.

³⁵ GARRIDO, M: *Derecho penal*. Parte General, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 2007, pág. 366.

³⁶ Véase: FIANDACA, G; MUSCO, E: *Diritto penale*: Parte generale. 6ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, Italia. 2009, págs. 480-481.

³⁷ NÁQUIRA, J: *Derecho penal chileno*. Parte General, tomo II, Thomson Reuters, 2017, pág. 167.

Segundo, tal amadriga, en el fondo, una idea de Derecho premial³⁸. A esto se añade una pobreza explicativa y, con ello, la consecuente incapacidad de fundamentación autónoma, ya que se restringe meramente a describir los conceptos de gracia y premio, sin motivar tal razonamiento, dado que, sobre todo respecto de este último, se iguala tanto al sujeto que incurrió en una tentativa y desistió, como aquel que nunca dio comienzo a actos ejecutivos. En otros términos, se critica porque se limita a reiterar cuál es el efecto que produce el desistimiento, sin entregar un fundamento para dicha exclusión de pena o recurriendo finalmente a los postulados dogmáticos de otras teorías.

Si bien los partidarios de la teoría del fin de la pena parten de esta premisa, en cuanto premio o recompensa, se limitan a fundarla en una mera transcripción del texto legal. Por tal razón, la cuestión referida a la impunidad del desistimiento, no se trata de un asunto de indulgencia, sino de innecesaridad de sanción. Por tal razón³⁹, se visualiza a esta teoría como una versión rudimentaria de la teoría de los fines de la pena.

De esto deriva un conjunto de teorías que apuntan a la incidencia que en el desistimiento tendría la culpabilidad, ya que el que se desiste voluntariamente se liberaría de la conminación coactiva porque cumple una prestación a él imputable. Si bien esa culpabilidad no resultaría del todo eliminada por el desistimiento, sí se volvería insignificante, lo que justificaría la impunidad⁴⁰.

Particularmente, HERZBERG ha defendido un postulado de naturaleza extrapenal, un principio que rige en el Derecho común y civil, conforme al cual la intimidación coactiva se saldaría cuando el sujeto, a través de una contribución que le resulta atribuible, cumple el deber de reparación que la realización del comportamiento injusto le impone, o sea, cumple con su culpabilidad a través de una prestación imputable. En este sentido se encuentran SCHÖNKE y SCHRÖDER.

³⁸ El objetivo del Derecho penal es básicamente proteger bienes jurídicos y sancionar aquellas conductas que se presenten como lesivas; no consiste en premiar al delincuente porque haya evitado las consecuencias perniciosas de su propio comportamiento.

³⁹ DAVID, H: *El desistimiento de la tentativa*. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina, cfr. págs. 46-49.

⁴⁰ MAÑALICH, J: op., ed. et vol. cits., pág. 168.

Para FÁTIMA PÉREZ, la culpabilidad, en cuanto juicio de reproche al autor por haber cometido un hecho antijurídico, pudiendo haber obrado conforme a Derecho, es siempre una por el hecho en sí, *“pero los intentos realizados hasta ahora de incluir el desistimiento en el ámbito de la culpabilidad, no están de acuerdo, en ocasiones, con el principio de la culpabilidad con el hecho individual, y se aproximan peligrosamente a un Derecho penal de autor, en el que se prescinde del “hecho” como presupuesto del ilícito, y el injusto se fundamenta en las características subjetivas del autor, en su intencionalidad, o en su voluntad rebelde al Estado”*⁴¹.

Como corolario de lo anterior, no se puede compartir la idea de que en la tentativa el desistimiento tenga un rol excluyente de la culpabilidad, ya que, antes del desistimiento, los actos realizados por el autor son típicos y culpables; y no se ve cómo un acto posterior podría suprimir esa tipicidad o culpabilidad ya existente⁴². Esta línea doctrinal conduce a la presentación de la próxima teoría.

Así, y manteniéndonos en la pregunta referida a la justificación del desistimiento en el delito intentado, encontramos la denominada 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 acudir a la impunidad cuando nos encontremos ante un supuesto en el que pueda predicarse la falta de necesidad de pena⁴³.

Esta teoría es la actualmente dominante, y la entienden como la más acertada a la hora de explicar el fundamento del desistimiento de la tentativa; su fuerza de convicción descansa sobre el hecho de que explica con soltura y de forma convincente la diversidad de las regulaciones legales⁴⁴.

⁴¹ PÉREZ, F: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2008, pág. 133.

⁴² GARRIDO, M: op., ed., cits., cfr. pág. 365.

⁴³ BUSTOS, M: “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, cfr. 2017, pág. 28.

⁴⁴ ROXIN, C: “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, ed. cit. cfr.

Ya de antaño BECCARIA entendía que el fin de las penas no consistía en “*tormentare ed affliggere un essere sensibile, né di disfare un delitto già commesso. (...) Il fine dunque non è altro che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali*”⁴⁵. Esta debe ser la *ultima ratio*, imputándose sólo de ser necesario en razón a sus fines.

En consonancia con lo anterior, en lo que respecta al punto de vista preventivo general⁴⁶, quien desiste elimina aquella mala impresión social (el “mal ejemplo” a la comunidad), por lo que la pena degenera en algo injustificado. Por otro lado, en lo que respecta al punto de vista preventivo especial, tampoco se hace necesaria la imposición de una pena toda vez que el fin cautelar y correctivo de la misma carece ya de objeto, pues el sujeto que desiste ha retornado por él mismo, voluntariamente, al círculo de la legalidad.

En lo que concierne al fin retributivo de la pena, rechazado por ROXIN, para quien la culpabilidad sólo es límite y no fundamento de la punibilidad, el desistimiento voluntario, respecto de la culpabilidad, sería compensado o al menos se volvería insignificante⁴⁷.

Debido a esto, el desistimiento no anula retrospectivamente el peligro acaecido, sino que hace desaparecer la necesidad de imposición de la pena⁴⁸. Hallando así su ubicación sistemática en el ámbito de exclusión de la responsabilidad⁴⁹, vista por ROXIN como una supra-categoría⁵⁰ que comprende tanto la culpabilidad en sentido estricto como la necesidad de pena.

Ahora bien, esta teoría no está exenta de críticas⁵¹. En primer lugar, se alega que todas las declaraciones sobre la necesidad preventiva son inseguras e insuficientemente demostrables⁵². Se suma

⁴⁵ BECCARIA, C: *Dei delitti e delle pene*. Letteratura italiana Einaudi, Milano, Italia, 1973, pág. 31.

⁴⁶ BUSTOS, M: op., ed., cits., cfr. págs. 28-29.

⁴⁷ Véase: MAÑALICH, J: op., ed. et vol. cits., págs. 168-169.

⁴⁸ GILI PASCUAL, A: “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado”, en *InDret*, Barcelona, España, cfr. 2012, pág. 20.

⁴⁹ En este sentido ETCHEBERRY, A: *Derecho penal*. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, pág. 12.

⁵⁰ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General, ed. cit., cfr. pág. 591-594.

⁵¹ REAÑO, J: “El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, en *Derecho PUCP*, N° 58, cfr. 2005, págs. 462-463.

⁵² ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General, ed. cit., cfr. pág. 593.

el peligro de acabar exigiendo, por parte del agente desistido, la demostración de que el móvil de su conducta fue la adhesión interna al Derecho, o sea, sólo ampararía aquel desistimiento voluntario y condicionando a una suerte de conversión a los fines de la pena (cualquiera que ella sea), importando una exigencia de no retorno a sus inclinaciones criminales, ya que, de lo contrario, su desistimiento no obedecería al fundamento de la institución.

Complementa el comentario de MARTÍNEZ ESCAMILLA, la cual expresa que, “*desde el punto de vista de la prevención general intimidadora, el castigar en muchos supuestos de desistimiento voluntario podría servir para disuadir a la generalidad de los ciudadanos de poner irrespetuosamente en peligro los bienes jurídicos de los demás, peligro que en muchas ocasiones, tras la realización de todos los actos ejecutivos, puede resultar muy difícil de neutralizar*”⁵³.

Sin embargo, ROXIN evidencia que tales objeciones no están justificadas ante la teoría modificada de los fines de la pena⁵⁴, la cual se basa en previsiones normativas del Derecho penal de hecho. Se debe añadir que la regulación legal no descansa en resultados comprobables, sino en suposiciones legislativas, ello rige, de igual forma, para el fundamento de la pena. De forma análoga, en lo que se refiere al desistimiento liberador, es suficiente el juicio legislativo de que se ha eliminado mediante aquél la impresión jurídicamente conmocionante⁵⁵.

Independientemente, y considerando que todas las teorías presentan a lo menos un inconveniente teórico, ¿cuál es la razón del legislador para dejar impune al agente a pesar de haber realizado actos ejecutivos en sí mismos punibles⁵⁶? Una respuesta a esta interrogante, que no sólo posee valor de *lege ferenda*, viene dada por MARTÍNEZ ESCAMILLA, quien la fundamenta, en primer lugar, en razones de equidad⁵⁷. Su máxima será que trata tan sólo de valorar desigualmente lo que es sustancialmente diferente.

⁵³ MARTÍNEZ, M: “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal” en *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a CLAUS ROXIN. SILVA SÁNCHEZ, J.M (ed.), JOSÉ MARÍA BOSCH Editor, Barcelona, España. 1997, pág. 337.

⁵⁴ Esta concepción parte sobre una base crítica del fallo del BGH de 1956 (9, 48).

⁵⁵ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General, ed. cit., cfr. pág. 593.

⁵⁶ Salvaguardando el caso de una tentativa calificada.

⁵⁷ Esta es parte integrante de aquellas teorías denominadas como “contemporáneas” (sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento).

La idea de la justicia conmutativa no importa la necesidad de castigar penalmente todo lo que pueda parecer disvalioso, al igual que no por el simple hecho de que la incriminación de un comportamiento pueda ser útil desde un punto de vista preventivo, necesariamente ha de incriminarse. La impunidad del desistimiento y no la atenuación en estos casos puede resultar coherente con los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima que han de inspirar el ejercicio del *ius puniendi*, con el valor que el Código penal español concede a la efectiva producción del resultado⁵⁸.

Por último, y para cerrar este punto, expresa ROXIN, “*la conclusión como tal no es obligada, pues teóricamente podrían constituir el motivo de la exención de pena también consideraciones situadas fuera de la necesidad de pena, tales como la idea de protección de la víctima en el marco de la teoría del puente de plata (...)*”⁵⁹ u otras. Esto se debe, según lo explicitado en los párrafos anteriores, a que todas estas teorías presentan a lo menos un óbice; en razón de ello sólo quedaría efectuar una valoración axiológica en referencia al ordenamiento jurídico nacional, la cual permita ser coherente con la hipótesis del desistimiento respecto de los codelincuentes.

3. Conclusiones preliminares

Como se advierte de los párrafos previamente reseñados, el problema de la tentativa es vasto y en constante desarrollo. No obstante, y con miras a la hipótesis práctica que guarda este trabajo, se debe proceder a deslindar y asumir una toma de postura, la cual no sea incoherente con el reverso de la misma.

En razón de esto, y en primer lugar, en lo referido al fundamento de la tentativa, se va a seleccionar aquella teoría que es más respetuosa con un Derecho penal de hecho y los principios cardinales de corte liberal. Así la tentativa encontrará su presupuesto de punición en la conducta peligrosa *ex ante*; ampliamente dominante en el contexto de la doctrina chilena, salvo limitadas excepciones⁶⁰. Esta teoría basa la punibilidad de la tentativa en la existencia del peligro “concreto” para

⁵⁸ MARTÍNEZ, M: op. cit., págs. 338-339.

⁵⁹ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General, ed. cit., cfr. pág. 593.

⁶⁰ El exponente paradigmático de la teoría subjetiva en el panorama nacional es CURY, E: *Derecho penal*. Parte General, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, cfr. 1997, pág. 218.

el bien jurídico y, como corolario de ello, se prescinde de todas aquellas circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y que se revelan a través del suceso al agente.

Asimismo, propio de esta teoría será la distinción planteada entre inidoneidad absoluta y relativa, afirmándose la punibilidad de la última y, en cambio, declarando la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea o imposible, lo cual en todo caso, da cuenta de un punto de contacto con la antigua teoría de la falta o del defecto del tipo.

Por consiguiente, esta hipótesis conlleva una notable ampliación del ámbito de la punibilidad respecto de las antiguas teorías de peligro *ex post*, limitando su procedencia a los casos de peligro concreto.

En segundo lugar, se deberá atender al profuso problema del fundamento y sistematización de la tentativa desistida. Si bien existe una teoría que se alza como dominante en la actualidad (teoría de los fines de la pena), ella no es aplicable al medio nacional, ya que, por medio de una interpretación de *lege lata*, queda de manifiesto que la impunidad se obtiene única y exclusivamente cuando el desistimiento ha sido voluntario (sin atender al móvil del retiro) y, a su vez, el proceso ejecutivo en desarrollo se ha detenido definitivamente, sin haberse consumado el hecho típico; con absoluta prescindencia de valoraciones de prevención general o especial. Así, en lo referido al retorno a la norma o la eliminación de aquella mala impresión social producida por el emprendimiento delictual, sólo se considerarán como fines últimos y esperados, mas no necesarios para la procedencia del beneficio⁶¹.

A causa de esto se procede a adoptar la teoría del puente de oro o plata, entendiéndola como una excusa legal absolutoria relativa a la punibilidad que importa un efecto individual que exime de pena por los hechos acaecidos que constituyen tentativa, no beneficiando a los partícipes en los cuales no concurre.

Si bien su rechazo apunta, principalmente, a la nula comprobación empírica de sus fundamentos, no es menor señalar que una regulación legal no descansa estructuralmente sobre los

⁶¹ NÁQUIRA, J: op. cit., págs. 168-169.

resultados comprobados reales (aunque claramente es un factor para considerar), sino a través de suposiciones legislativas generalizadas, importando, como corolario de ello, que lícitamente no se pueden establecer mayores exigencias de demostrabilidad.

Esto, a su vez, permite anexas el fundamento a la estructura unitaria del delito, entendiendo a la punibilidad como parte integrante de tal. Así, para que una acción u omisión constituya delito, ha de ser además de típica, antijurídica y culpable, punible. Esta última se alza como un elemento definitorio del delito, como aquella diferencia específica en términos aristotélicos que no se puede obviar. Efectivamente no es pensable un delito que no sea punible en cualquier ordenamiento jurídico, ya que ontológicamente difiere por entero de los restantes caracteres del delito, supeditada por entero al atributo estatal y cuyo ejercicio en ocasiones se suspende por una serie de consideraciones prácticas. Esta es la razón de la preeminencia en su consideración.

Por el contrario, existe una importante línea de autores que niegan a la punibilidad como un elemento del concepto unitario del delito, o por lo menos, objetan tal relevancia. Este problema se fragmenta en diversas perspectivas, siendo las más importantes: *el cuestionamiento como elemento esencial*, producto de la tautología que reviste la figura, considerando que delito es por esencia una acción u omisión punible. *Su carácter residual*, dado el escaso número de condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias existentes. *La irrelevancia estructural*, ya que aunque la punibilidad constituye una referencia lógica insoslayable a la hora de definir el delito, esto no significa que sea necesario incluirla como un elemento más dentro de la sistemática del delito.

De ahí que se entienda una toma de postura tradicional en lo referente al triple problema del conato. Lo que es coincidente con el contexto histórico dogmático de dictación del cuerpo penal, asimismo, es consecuente con la tradición e influencia foránea -española y francesa- del cual se sirvió el mencionado Código.

Sin más, esta discusión excede el contenido de este trabajo, por lo cual sólo se tomará una postura al respecto sin entrar a examinar cada uno de los argumentos esgrimidos.

CAPÍTULO II: EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA Y SU VINCULACIÓN CON LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

1. El desistimiento de la tentativa

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. Sólo 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*⁶². 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.

⁶² Véase estas formulaciones para el medio español: ALASTUEY, C: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, Nº 5, 2011.

1.1. Requisitos

Para efectos del presente estudio 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 grados⁶³: 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 sólo de un capricho, no conducen a resultados imaginarios, sino que son verdaderas entre sí y oportunas en sus aplicaciones”*⁶⁴.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁵ y ALFONSO 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 aludida⁶⁶.

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.

⁶³ MIR PUIG, S: *Derecho penal*. Parte General. 7ª ed., Editorial Bdef, Buenos Aires, Argentina, 2007. cfr. pág. 345.

⁶⁴ PACHECO, J: *El Código Penal comentado y concordado*. TI, Madrid, España, 1967, pp. 92 y 93.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, J; SERRANO, A: *Derecho penal español*. Parte general. 18ª ed., Dykinson, Madrid, España, 1995, cfr. pág. 785.

⁶⁶ FARRÉ, E: *La tentativa de delito*. Doctrina y jurisprudencia. 1ª ed., Librería Bosch, Barcelona, España, 1986, cfr. pág. 242.

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 subdistinciones⁶⁷. 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, salvo lo referido a la voluntariedad y el carácter de la renuncia. Su razón se encuentra en que tales discrepancias exceden el contenido y objetivo de la investigación.

La doctrina nacional ha sido categórica en establecer los requisitos del desistimiento de la tentativa. Estos pueden condensarse en cuatro:

Primero, *la posibilidad de efectuar todos los actos ejecutivos faltantes y no hacerlo*. Permite limitar los casos de tentativa fracasada propia, ya que, si el agente en un determinado momento ha errado en su meta y no puede conseguirla, aunque siga actuando, o si la misma implicaba un riesgo muy elevado que no se había contemplado al momento de emprender el hecho, ésta no elimina la punibilidad de la tentativa. Por el contrario, ante la tentativa fracasada impropia, donde tras este primer intento fracasado el agente puede conseguir todavía su meta si sigue actuando o se sirve de otro medio, sí podría producirse un caso de desistimiento.

Asimismo, resulta necesario recurrir al aspecto subjetivo del agente en lo que concierne a su idealización del plan delictivo. Este requisito está íntimamente ligado al de voluntariedad, en circunstancias que parte de la doctrina confunde ambos y efectúa un tratamiento conjunto.

La *voluntariedad del desistimiento* ha sido discutida por dos líneas tradicionales. La primera, que inmediatamente se rechaza, agrupa las teorías valorativas que sólo 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.

⁶⁷ Véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado de Derecho penal*. Tomo VII, 4ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, págs. 576-577. que postula que la “tentativa acabada” es el género y que la “frustración” es la especie.

Estas enlazan el fundamento de la exclusión de la pena con la voluntariedad. Se sirven de las teorías del premio o recompensa, por lo que la cualidad moral del móvil del desistimiento resulta decisiva. En la actualidad, una reformulación ha sido presentada por ROXIN, quien estima que, además de valorar las razones por las que el agente se desiste, tales deben ser comparadas con la lógica y el plan del autor, ponderando los motivos desde una óptica político-criminal.

No obstante, su rechazo se debe al hecho de que la ley concede la impunidad a todo desistimiento voluntario sin valorar su motivación. Por tanto, no deja de ser procedente porque el móvil del agente no sea ético o moralmente aceptable. Es por tal razón que la doctrina ha aceptado la extensión del beneficio cuando el desistimiento sea producto de la persuasión de un tercero.

Como corolario de lo anterior, se desestima todo fondo de merecimiento moral o, como ha sido calificado por parte de la doctrina, sustrato de intencionalidad en cuanto capacidad de motivación por medio de un reconocimiento positivo de la norma como corrección a la hipótesis de fidelidad al Derecho.

Por el contrario, en lo referido al segundo grupo de teorías 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; por el contrario, será involuntario si “quiere, pero no puede”.

Se trata, por consiguiente, de teorías que determinan la voluntariedad en virtud de la presión psíquica que los elementos internos o externos hayan podido tener en el agente, bastando con que el desistimiento se deba a una decisión propia, libre y no coaccionada. Si bien se critica que en muchos casos el desistimiento se considera voluntario cuando en realidad es insuficiente para la impunidad, es la que mejor se adecua a la regulación vigente.

Como resultado de ésta, parte de la doctrina ha determinado que el comportamiento voluntario debe ser espontáneo, o sea, que no debe tener origen en motivos ajenos al sujeto. Sin

embargo, de adoptar íntegramente esta modalidad se restringiría la procedencia del beneficio de impunidad, lo que no se condice con el fundamento político criminal propuesto. Aun cuando puede ser útil como punto de partida, su adopción limita la figura en situaciones que el desistimiento se satisface tanto con motivos formados por causas próximas como por estímulos próximos externos, con la esencial limitación de que tales se alcen como libres, no impuestos⁶⁸.

En seguida, la *renuncia al propósito de consumación del delito*. Se ha discutido su carácter suspensivo o definitivo. No obstante, 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.

Por lo pronto, el que suspende su acción por cualquier circunstancia, manteniendo el móvil del injusto y con el objeto de actuar con posterioridad en condiciones que estima más convenientes o seguras, incurre en tentativa punible porque no hay un verdadero desistimiento, sino un aplazamiento⁶⁹.

Adherimos a un criterio concreto, es decir, basta que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica sin reservarse la continuación⁷⁰ en un lapso próximo de tiempo. Se satisface con la consideración concreta del impulso del agente al momento del hecho, puesto que, por el contrario, condicionar su comportamiento general futuro irrogaría una prohibición extrema en contra de sus inclinaciones criminales y un ataque insidioso a su intimidad, finalidad que no puede recaer en la figura en comento. De ahí que, concretamente, una cosa sea que el autor suspenda la ejecución, y otra distinta que desista del hecho concreto para llevar a cabo en un futuro una nueva ejecución. En el primer caso no habrá desistimiento, pero en el segundo es innegable su procedencia.

⁶⁸ En este sentido: NÁQUIRA, J: op. cit., pág. 188.

⁶⁹ GARRIDO, M: *Etapas de ejecución del delito*. Autoría y participación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1984, cfr. págs. 193-194.

⁷⁰ Se adopta una postura moderada del criterio concreto. Por el contrario de esta moderación véase MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M: *Derecho penal*. Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2010, pág. 424.

Finalmente, se debe atender al requisito definitorio de la figura de tentativa acabada consistente en la *eficacia*, que se entiende como impedimento en la producción del resultado típico. Esta sobreexigencia puede encontrarse, tal vez, en la teoría de la *versari in re illicita*.

En el desistimiento de la tentativa acabada no es procedente el mero abandono, 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.

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*⁷¹. Al agente se debe reconocer un rol central de aseguramiento, no auxiliar, en sentido de ser primariamente responsable de la agencia que otros prestan; por lo que se niega cualquier beneficio cuando éste haya dejado a la contingencia la atención servida en favor de la víctima.

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

1.2. 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 modalidades⁷², 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 probatoria⁷³.

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

⁷¹ MAÑALICH, J: “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en *Revista Política Criminal*. Vol. 15, Nº 30, 2020, pág. 805.

⁷² Da cuenta de ello: JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Principios de Derecho penal*. La ley y el delito. 3ªed., Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1997. cfr. pág. 484.

⁷³ CURY, E: *Tentativa y delito frustrado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1977, cfr. pág. 108.

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 continuar. De tal modo, le basta con abandonar definitivamente 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.

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 de la acción en cuanto elemento objetivo es mayor en la tentativa acabada que en la tentativa inacabada, por 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, para optar al beneficio respecto de un desistimiento de tentativa inacabada se requerirá de una activación impeditiva,

no su mero retiro⁷⁴. 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 supererogatorio 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 nomológico.

En cambio, en la tentativa acabada el desistimiento sólo será posible por medio de la adopción de una alternativa de comportamiento que va más allá de lo que originalmente la ley le exigía, importando un comportamiento supererogatorio propio de una posición de garante, condicionado 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.

1.3. Consideración especial de la eficacia del desistimiento

Como se ha venido expresando, este es el requisito definatorio 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. Al ejecutar la acción

⁷⁴ 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.

típica, el agente ha creado una puesta en peligro de la que debe ser responsable, adquiriendo una calidad de garante por la creación de un peligro jurídicamente desaprobado.

Este 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 supererogatorio exigido, que consistirá en una actividad alternativa de comportamiento tendiente a evitar la producción del deber original infringido por medio de “algo adicional”.

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, sólo podrá optar al beneficio cumpliendo con el deber supererogatorio: el de impedir la muerte por la vía de asegurar su salvamento, lo que claramente va más allá del deber original de abstención. 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 Nº 7 del art. 11 del Código penal. Pero se descarta completamente el beneficio de impunidad.

Este comportamiento supererogatorio está íntimamente ligado a la eficacia, en cuanto evitación del resultado. De ahí que el desistimiento como conducta alternativa 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. No obstante, más complicada es la situación en los casos de multiplicidad de intervinientes, 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 codelincuencia. 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 criminógenos 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 sólo resulta posible por medio *de lege ferenda*⁷⁵. De ahí que la eficacia no sólo limite el comportamiento supererogatorio del hechor único en lo referido a la evitación, sino que conlleva grandes repercusiones en materia de codelincuencia.

2. Modalidades de participación en el acto punible

Respecto a las distintas modalidades de intervención que se pueden apreciar en un acto punible desde un punto de vista subjetivo, se encuentran la calidad de autor y la de partícipe. Siendo dos conceptos que identifican a los sujetos que intervienen en la ejecución de una conducta típica y antijurídica, ya sea porque realizan la conducta punible o porque colaboran a su ejecución de algún modo relevante para el tipo penal.

Cabe recalcar que, por regla general, los delitos se cometen por una sola persona, pero es posible que participen varias. En estos casos hablaremos de un concurso de personas, en donde se

⁷⁵ POLITOFF, S: *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. ed. cit., pág. 255.

puedan implicar varios autores, o uno o más autores y otros partícipes. En lo que respecta a la codelincuencia, esta debe ser entendida como una situación de hecho sin referencia a una exigencia típica.

2.1. De la autoría y participación

Existen diversas teorías elaboradas por la dogmática penal referidas a la autoría y participación⁷⁶. Así las cosas, nos encontramos con la teoría unificadora, tradicional entre los clásicos del siglo XIX, según la cual en el delito singular que es realizado colectivamente las intervenciones de cada sujeto se fusionarán con la de los demás para formar un solo todo, que es el mismo para todos ellos. Sería, por lo tanto, el mismo delito cometido por varias personas, un hecho único, con pluralidad de agentes.

VON BURI sostuvo el concepto unitario de autor, basándose en la teoría de la *conditio sine qua non*, entendiendo que cualquier aporte que realice un interviniente en un hecho ilícito debe ser considerado causa del mismo, no distinguiendo, por tanto, entre autores y partícipes. En este escenario, se castiga a todos los que prestan una contribución causal al hecho delictivo como autores, independientemente de la importancia que haya tenido su colaboración. Esto es, por ejemplo, lo que actualmente el Código penal italiano regula en su artículo 110: “cuando más de una persona concurre en el hecho, a cada uno corresponde la pena establecida para el delito”.

Esto no brinda una solución en los casos en que interviene más de una persona, y del mismo modo, imposibilita diferenciar el grado de pena a aplicar a los distintos intervinientes en el hecho delictivo atendiendo a su participación, pues al ser la intervención de todos equivalente, se diluye la diferenciación, lo que trae como resultado una ilimitada ampliación de la punibilidad.

Otra teoría es la denominada “complicidad como un delito distinto”, como si existiese un delito de complicidad. En base a ella, cada intervención individual de un delito tendría propiedad única, daría

⁷⁶ Para efectos del presente estudio seguiremos la denominación alemana en sentido amplio, distinguiendo conceptualmente entre autoría y participación, como aquellas dos grandes y diferentes modalidades de intervenir en un delito y, a su vez, de ser responsable, como señala el Código penal chileno, de un delito.

lugar a delitos especiales distintos del delito cometido por el autor. El partícipe cometería un delito de concurso, esto es, el delito de concurrir con otros en un delito. En este escenario, lo que la ley castigaría es participar en un delito ajeno, cualquiera que este sea.

El principal fundamento de esta teoría es que, reconociéndose el carácter autónomo de la complicidad, se evita que el partícipe responda por un delito diverso del que abarcó su dolo cuando el autor ejecutó otra actividad distinta a la que acordó con el partícipe. Esto es lo que se conoce como el problema del exceso del autor. En otros términos, lo que busca esta teoría es salvaguardar el principio de la personalidad de la responsabilidad criminal, teniendo como finalidad que cada hombre responda por sus propios hechos.

Asimismo, existe una teoría adicional consistente en la agravación obligatoria de la complicidad, la que plantea que el concurso de personas en un delito debería ser una circunstancia agravante: debiera agravar la responsabilidad de todos los que intervinieron.

Dentro de este grupo de teorías relativas a la autoría y participación, se encuentra la nombrada como “diferencia real y de la accesoriad”, la que plantea que los conceptos de autor y partícipe tienen una base real, inclusive de forma lingüística, porque no es lo mismo ejecutar una acción, que ayudar a realizar dicha acción. Aquello trae consigo que la ley, cuando realiza la distinción entre autor y partícipe, como ocurre en el Código penal chileno, establece que la participación sea accesoria, en donde la responsabilidad del partícipe va a depender de que el autor haya realizado un acto típico y antijurídico.

En otros términos, la participación es accesoria y recibe su contenido de injusto del obrar del autor, y no puede haber, por lo tanto, participación sin una conducta principal del autor a la que se acceda. No tiene, entonces, un contenido de injusto propio, en la participación la antijuridicidad depende de lo que hizo el autor.

Sin embargo, existe una línea doctrinal mixta impulsada por ROXIN, que aplica la imputación objetiva en materia de partícipes y, en específico, en la complicidad, postulando que, sin perder su

carácter accesorio, tendría algunos elementos independientes de antijuridicidad, propios de ella. Esos elementos que aportarían un injusto propio al hecho del partícipe son, en primer lugar, que el bien jurídico lesionado por el autor esté también protegido frente al partícipe. En segundo término, que el partícipe tenga por sí mismo el dolo de que el tipo llegue a su consumación. Y finalmente, que aumente antijurídicamente el riesgo de producción del resultado, excluyendo aquellas conductas neutrales que si bien causan el resultado no tienen sentido delictivo⁷⁷.

Ahora bien, esta línea ecléctica tampoco logra superar los problemas básicos de la versión original de la participación en el injusto. Por el contrario, no logra disolver las tensiones entre la autonomía y dependencia del injusto del partícipe, sino que las acentúa hasta convertirlas en contradicciones: piénsese en un caso de comportamiento de intervención en el que falte el ataque individual al bien jurídico, pero exista una co-causación de un injusto ajeno o, en caso inverso, cuando a pesar de tener un ataque del partícipe al bien jurídico protegido, lo que no se hallara fuera un hecho principal, por ejemplo, cuando el autor obra en error.

De allí la existencia de un grupo de casos que no logran ser resueltos satisfactoriamente por la teoría de la participación en el injusto o la línea mixta.

2.2. Teorías sobre la punición del partícipe

Frente a las objeciones formuladas en el punto anterior cabe preguntarse por qué castigar al partícipe, y ante esta interrogante proceden dos grandes teorías⁷⁸: primeramente, la teoría de la corrupción y, seguido, la teoría de la causación.

Respecto de la primera, la ley castiga al partícipe porque tomó parte en la corrupción del autor, en el sentido de involucrar al agente en un hecho delictivo. Dicha construcción hunde sus raíces en consideraciones de la Edad Media, donde la conducta del partícipe era entendida como un ataque a la

⁷⁷ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General. ed. cit., cfr. págs. 204-208, 216 y 275. De igual forma, véase: VACCHELLI, E: “Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad”, *tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, 2018. cfr. pág. 15.

⁷⁸ MIR PUIG, S: *Derecho penal*. Parte General. 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, España, 2011. cfr. págs. 407-408.

moralidad del alma y su relación individual con Dios “*peccat in se et alium peccare facit*”. Con este rótulo se agrupan dos versiones cuyo fundamento último es coincidente.

Por un lado, la teoría de la culpabilidad: el partícipe es responsable por contribuir a hacer culpable al agente⁷⁹. El fundamento de la pena del interviniente reside en que entrelaza su voluntad con el dolo del autor, cuya manifestación será diversa según se trate de inducción o complicidad⁸⁰. Este planeamiento es comprendido con mayor facilidad en cuanto a la instigación, pero no sucede lo mismo respecto a la complicidad, donde lo determinante es el aporte en el hecho. De ahí que esta versión se entrelace con la accesoriadad máxima.

Su reconocimiento llevaría a considerar punible toda tentativa de inducción. En este sentido, el inductor habría de ser sometido a la pena del delito consumado aun si el hecho no alcanza el grado de tentativa, puesto que la corrupción moral del agente principal ya se ha producido.

Por el otro, la teoría de la desintegración: la cual responsabiliza al partícipe por la desintegración social del autor⁸¹. Se propone un doble injusto del partícipe: impulsar al autor hacia el delito como desintegración social y realizar un ataque mediato al bien jurídico protegido.

Esta teoría, sin embargo, hace referencia a una corrupción moral del agente que nada debe de interesar al Derecho penal; al considerar que el injusto del partícipe consiste en la lesión a la integridad del autor, hace responder a éste por la lesión de un bien no tipificado legalmente. Asimismo, colisiona con el problema del fomento de la culpabilidad, siendo ésta un elemento estructural de carácter personal, propio del autor, cuya existencia o falta no debe determinar la responsabilidad del partícipe. De ahí que se adopte por la accesoriadad limitada en materia de participación.

⁷⁹ MAURACH, R; GÖSSEL, K; ZIPF, H: *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Trad. de la 7ª ed. alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1995, cfr. pág. 413.

⁸⁰ Para el caso de inducción se reprocha el conducir al autor a la culpabilidad y la correspondiente pena. Respecto del cómplice se lo castiga por ser al menos co-culpable por el hecho lesivo, adoptando con ello criterios causales.

⁸¹ Consecuentemente con esta línea que centra su atención en el autor, el castigo del partícipe estará dado por la magnitud de dicha desintegración: así el que induce a un sujeto sin antecedentes penales deberá ser tratado de forma más severa que aquel que, por el contrario, posee un prontuario penal.

A su vez, la teoría pura de la causación⁸² formulada originalmente por LÜDERSEN y sostenida por SCHMIDHÄUSER, colisiona directamente con el principio de accesoriadad en su formulación clásica, ya que en ella cada uno de los intervinientes pasa a ser protagonista de su propio injusto de forma autónoma⁸³. Se agrade directamente al bien jurídico, desapareciendo el injusto del autor como referencia conceptual central, configurando una tipicidad independiente. Es por esto que se propone como vía de satisfacción una renuncia a la exigencia de un hecho principal de autor (tanto en su dimensión cualitativa como cuantitativa) para fundamentar el injusto de la participación. Esta conduce a consecuencias inconcebibles, ampliando considerablemente la punibilidad. Así las cosas, la incitación al suicidio, si produce un efecto conducente a la muerte acorde con el dolo, se castiga como inducción al homicidio. Lo que no es convincente cuando la ejecución de la incitación en la persona del que actúa o bien no se castiga en absoluto o sólo se castiga como un delito menos grave.

El único factor de comprobación que considerar será la causalidad entre la aportación del partícipe y la lesión del bien jurídico. Su limitación viene dada por una perspectiva física-natural la cual imposibilita un entendimiento normativo de la responsabilidad -como inserto en algo más grande, en la obra común-, siendo esta necesaria para resolver los casos difíciles de intervención de diversos sujetos⁸⁴. Por otro lado, y considerando que el partícipe no realiza el núcleo típico en sí, la afectación al bien jurídico adelanta completamente la barrera de punibilidad a comportamientos que en los casos de autoría individual serían impunes.

Finalmente, la teoría pura de la causación fracasa también en los delitos de infracción de deber, porque la causación dolosa del resultado por parte del *extraneus* no puede cumplir o realizar el tipo correspondiente por falta de cualificación del autor. Declarando su completa impunidad, restringiendo inadecuadamente la punibilidad.

Ahora bien, tras esta primera versión, se construye la teoría de la causación modificada seguida por el Código penal chileno, donde el partícipe es penado porque contribuyó a la lesión del bien

⁸² ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General. ed. cit., cfr. págs. 208-209.

⁸³ BACIGALUPO, E: *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3ªed., Ediciones Akal, Madrid, España, 1994. cfr. pág. 231.

⁸⁴ Piénsese en los casos de omisión de un no garante o en aquellos de intervención en una autolesión atípica.

jurídico por parte del autor⁸⁵. En este caso, lo fundamental para castigar al partícipe es que haya favorecido causalmente en un acto típico y antijurídico, no importando si es culpable.

Para ZAFFARONI esta teoría dominante “*se mueve entre dos fuegos, porque, por un lado, tiene la tesis de la causación que -coherentemente desarrollada- lleva a fundar la existencia de tipos independientes, como lo hace LÜDERSSEN, en tanto que, por el otro, se halla con la teoría de la participación en el injusto, que la lleva a admitir que hay un bien jurídico distinto para el partícipe que para el autor*”⁸⁶.

Adicionalmente deben considerarse otras teorías como la solidarización con el injusto ajeno de SCHUMANN⁸⁷ que pone el acento en el principio de autorresponsabilidad, postulando, a partir de los postulados de la teoría de la impresión, que la acción de participación ya contiene un especial disvalor de acto en tanto ejemplo pernicioso para la comunidad, afectando la validez del Derecho. Y la teoría del abuso del Derecho de VOLKER HAAS⁸⁸ que busca el fundamento de la participación en criterios generales, así el comportamiento del partícipe sería un ejercicio inadmisibles de un derecho (subjetivo) que excedería los límites inherentes a su libertad de acción, ello derivado del contexto social-comunicativo externo de la concreta situación del hecho. Las aportaciones del partícipe ignoran una relación jurídica previamente reconocida y, por esta razón, se le puede hacer responsable mediatamente por la realización del hecho principal antijurídico reconocido por el actor⁸⁹.

2.3. Teorías de distinción entre autoría y participación

Desde luego es pertinente señalar las teorías que han establecido criterios de diferenciación respecto de los autores y partícipes, con fines de determinar la actuación que tuvo cada persona en el

⁸⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 1ªed., Thomson Reuters-Civitas, España, 2010, cfr. pág. 1074.

⁸⁶ ZAFFARONI, E: op. cit., pág. 359.

⁸⁷ SCHUMANN, H: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, págs. 56 y ss.

⁸⁸ Para comprender los postulados básicos, véase: HAAS, V: “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, traducción de GARCÍA DE LA TORRE, H. publicado en *InDret* 1/2016, Barcelona, enero de 2016, págs. 23-25.

⁸⁹ VACCHELLI, E: op. cit., cfr. págs. 33-39.

hecho delictivo, y también la pena que le pudiera corresponder por ese hecho. Es de esta forma que, dentro de un gran campo de teorías, encontramos como las más relevantes las siguientes: en primer término, la designada como teoría subjetiva; en segundo lugar, la teoría objetivo-formal; finalmente, la denominada como teoría del dominio del hecho.

En relación con la teoría subjetiva, cabe señalar que viene del concepto unitario de autor y de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pues entiende que todos los sujetos que contribuyen a la realización del hecho son por igual autores y, por lo tanto, deben ser responsables del mismo. Sin embargo, reconoce que se deben distinguir los grados de la contribución a la realización del hecho, de lo contrario, a todos los sujetos habría que sancionar con la misma pena.

Para distinguir los grados de contribución a la realización del hecho, esta teoría distingue a los autores y partícipes de acuerdo con un plano subjetivo, ya que, desde un plano meramente objetivo-causal, como lo hace la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es posible diferenciar el grado de contribución por los distintos contribuyentes, pues todas las condiciones para esta teoría son equivalentes.

Debido a ello, esta teoría recurre a elementos subjetivos, esto es, el ánimo con el que el autor y el partícipe haya obrado. De esta forma, será autor aquel que haya obrado con ánimo de autor (*animus auctoris*) y será partícipe quien haya obrado con ánimo de partícipe (*animus socii*). Es plausible comentar que el *animus auctoris* se ha intentado caracterizar mediante dos fórmulas diversas: en primer lugar, mediante la teoría del dolo, la que afirma que todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho; en segundo término, a través de la teoría del interés, donde se considera que la voluntad del autor coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del hecho. Según esta teoría, el cómplice y el instigador también son coautores⁹⁰. Una de las críticas que ha recibido la segunda teoría, sobre todo desde el punto de vista de la política criminal, es que la fórmula subjetiva no introduce ningún elemento comprobable, pues en muchos casos es imposible investigar la voluntad real de los sujetos.

⁹⁰ BACIGALUPO, E: ed. cit., cfr. pág. 212.

Respecto a la teoría objetivo - formal, promovida por ERNST VON BELING, ésta señala que lo que distingue al autor y el partícipe es el núcleo del tipo⁹¹. Tomando en consideración este escenario, el autor es quien realiza el núcleo del tipo y partícipe, en cambio, es el sujeto que permanece en lo que el mismo BELING llamaba la *zona periférica del tipo*.

Para esta postura, lo fundamental es la realización de los actos ejecutivos que se encuentran previstos en el tipo penal. De tal forma, será autor todo aquel que cometa por sí mismo la acción típica⁹², trayendo como resultado que, si la acción realizada no es típica, no se podrá fundamentar la autoría. Por su parte, será partícipe quien aporte cualquier otra contribución causal al hecho.

Si bien esta fórmula objetivo-formal es la más apegada al principio de legalidad, ha recibido críticas por su insuficiencia explicativa, siendo una de ellas la imposibilidad de diferenciar en los delitos de resultado la contribución y la realización del tipo, pues ya sea el realizar o contribuir auxiliando a causar el resultado, en ambos casos se podrá considerar autores a los sujetos. Además, en ella no caben ni la coautoría ni la autoría mediata.

Finalmente, en relación con la teoría del dominio del hecho -dominante en la actualidad-, siendo ROXIN su máximo exponente, establece que el sujeto que debe ser considerado autor es quien, realizando una acción típica, tiene la voluntad de dirigir el curso de los acontecimientos. Es decir, será autor quien tenga el dominio del hecho, y tendrá tal dominio en la medida en que ejerza una conducción consciente del hecho, teniendo en cuenta su fin⁹³.

Considerando el rol central del autor, para efectos de delimitación del concepto del dominio del hecho, ROXIN emplea una noción abierta que da cuenta de los cambiantes fenómenos vitales y que, además, permite una gran medida de determinación. Junto a ello, logra someter a una regulación

⁹¹ BELING, E: *Esquema de Derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Trad. del alemán SOLER, S. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944, cfr. págs. 66-115.

⁹² FRÍAS, J: *Teoría del delito*. Editorial Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina. 1993, cfr. pág. 437. Esta teoría inspira las normas del Código penal vigente argentino, aunque sea preciso complementarla con el criterio subjetivo.

⁹³ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General. ed. cit., cfr. pág. 69.

generalizadora las formas básicas que aparecen en la multiplicidad de casos y ofrece la posibilidad de valoración justa de los conceptos que escapan a la normación abstracta⁹⁴.

Para MAURACH, el elemento objetivo de autoría -y por consiguiente objeto del tipo subjetivo- “consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica”⁹⁵. El dominio del hecho es un elemento necesario en los hechos dolosos en cualquiera de sus formas. Por el contrario, si bien los partícipes ejercen influencia en el acontecer, no logran configurar de manera determinante su ejecución.

De allí que las formas de participación se entiendan como una causación accesoria subordinada al hecho principal, esto como un concepto de referencia diseñado a partir del hecho punible ejecutado por el agente. Por tal motivo, el castigo de la participación se visualiza como una ampliación de la punibilidad.

Dentro de los problemas que esta teoría presenta es que eleva a coautoría situaciones de participación. Por ejemplo, si B afirma a C para que A le robe, ambos serían coautores por la teoría, dada la unidad de la acción, el acuerdo previo y la división del trabajo, en circunstancias que B no realiza el núcleo típico, sino que se mantiene en la periferia de éste.

En este sentido, se ha acusado a esta fórmula de carecer de un contenido concreto que sirva para resolver con nitidez la delimitación entre autoría y participación. Si bien una posibilidad de contenido ha sido entender como autor a aquel que tiene el poder de interrumpir la realización del tipo, tal no basta para comprender la autoría, pues esta posibilidad puede hallarse también en manos del inductor, del cómplice y hasta de terceros al hecho.

En consecuencia, la teoría del dominio del hecho sigue anclada a una perspectiva ontológica que desconoce el sentido social-normativo de imputación que caracteriza al autor, ya que sólo depende del control material del hecho, cuando este es un elemento más que considerar. Asimismo, esta posee

⁹⁴ ROXIN, C: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, España, 2000, cfr. págs. 145-146.

⁹⁵ MAURACH, R; GÖSSEL, K; ZIPF, H: op., ed. cit., págs. 317.

un déficit explicativo ante los delitos imprudentes, los que se caracterizan precisamente por la pérdida del control final del hecho. A raíz de esto la doctrina dominante alemana maneja, sobre esta base doctrinal, una dualidad en la calidad de autor: para los delitos culposos se sirven de un concepto unitario de autor que desdibuja los límites entre autoría y participación⁹⁶.

Producto de la revisión de las teorías mencionadas, es posible señalar que actualmente la doctrina, en forma mayoritaria, estima que el aporte o contribución del partícipe se rige por el principio de la accesoriedad al hecho del autor. Frente a este panorama, resulta fundamental delimitar de manera clara y precisa el concepto de autor, ya que si lo que se hace es aceptar un criterio extensivo, tendremos como autores a todos aquellos que han ocasionado o causado una lesión de bienes jurídicos penalmente tutelados. Por el contrario, si se adopta un criterio restrictivo⁹⁷, únicamente serán autores los que ejecutan la acción descrita en el tipo, dejando a los cómplices e instigadores fuera del concepto de autor -pasando a regirse por el principio de la accesoriedad al hecho del autor y las normas de la parte general como causas de ampliación de la punibilidad-; se extiende una definición negativa del partícipe como un no ejecutor, de esto la dificultad para determinar el disvalor de la acción contenido en las modalidades de participación en la realización del resultado típico.

De ahí que, para efectos de la participación, los principios comunes que determinan su procedencia son: *la comunidad de acción, unidad de tipo y comienzo de ejecución, convergencia subjetiva y personalidad de la culpabilidad* y, por último, *la accesoriedad limitada*. Estos principios contribuyen a determinar con mayor precisión las circunstancias modificatorias de responsabilidad, y también las sanciones penales que debieran ser reconocidas e impuestas respectivamente a aquellos que participan en la comisión de un delito, ya sea en calidad de autor o de partícipe propiamente tal.

Para finalizar, cabe mencionar que la idea de encontrar una teoría absoluta que abarque todas las modalidades de autoría y participación es inviable en la actualidad. Lo correcto es agrupar criterios híbridos y principios que permitan conceptualizar cada figura y no ligarse exclusivamente a una teoría.

⁹⁶ MIR PUIG, S (2011): *Derecho penal*. Parte General. ed. cit., cfr. págs. 380-383.

⁹⁷ El injusto del partícipe por ende es distinto al del autor y la categoría de participación constituye una ampliación de la punibilidad en la parte general para con las figuras de la parte especial.

Tras esto, se dará tratamiento a cada modalidad en atención a la regulación vigente para, de forma posterior, presentar críticas y tomas de postura al respecto.

2.4. Problemas básicos en la regulación nacional

Existe consenso tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional respecto a que el Código penal chileno ha otorgado una excesiva extensión al concepto de autor en desmedro de la calidad de partícipe. Es en este sentido que CURY señala que “*no todos los partícipes enumerados en el artículo 15 del Código Penal son autores*”⁹⁸. De ahí que en buena medida exista una correspondencia con la teoría de equiparación jurídica de la participación

Frente a este panorama, es fundamental someter a análisis la disposición citada en el párrafo anterior con miras a encontrar la respuesta a la interrogante sobre si es cierto que el artículo 15 del Código penal nacional establece un concepto amplio de autor, dejando en una posición marginal a la participación.

En relación con esta incógnita, hay que señalar una interpretación tradicional dentro de este tema, impulsada por SILVIA PEÑA⁹⁹, considera que los autores directos y los coautores están nombrados en el artículo 15 n°1, cuando el Código penal expresa: “los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa”. Se ha entendido que ahí estarían tanto los autores directos como los coautores, porque los coautores toman parte de manera inmediata y directa en la ejecución del hecho.

Respecto a la interpretación mencionada anteriormente, SERGIO YÁÑEZ se distancia de ella, postulando que la autoría es posible encontrarla tanto en los numerales 1° y 3° del artículo 15, incluyendo a los que “concertados para su ejecución facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho”. Esto debido a que los coautores tienen cada uno en sus manos el dominio del hecho a través de

⁹⁸ CURY, E: *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. 2° ed. Ediciones Nueva Universidad. Santiago, Chile. cfr. 1973, pág. 266.

⁹⁹ PEÑA, S: “Autoría y participación en el delito”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*. N°3, 1972, cfr. págs. 85-128.

su función específica en la ejecución total del mismo¹⁰⁰. El autor ve en este numeral la consagración expresa de los elementos necesarios: el concierto previo y la ejecución común al hecho.

Siguiendo esta línea, YÁÑEZ considera que la segunda parte del artículo 15 N° 3 (presenciar el hecho sin tomar parte inmediatamente en él), es una situación de coautoría, donde los agentes tienen una función específica de apoyo psíquico.

En lo que respecta a la segunda parte del N° 1 del art. antes mencionado: “sea impidiendo o procurando impedir que se evite”. Para GARRIDO MONTT¹⁰¹ la disposición comprende la figura del autor indirecto, como aquel que para lograr su objetivo se aprovecha de un proceso causal en desarrollo que no ha provocado, impidiendo o tratando de impedir que se evite. Cuyo origen puede ser natural o humano.

Respecto de la autoría mediata parte de la doctrina nacional ha descartado la regulación de la figura en la legislación positiva. No obstante, autores como GARRIDO MONTT la visualizan y la comprenden en el propio N° 1 del art. 15, porque el agente toma parte directa e inmediata en la ejecución del hecho empleando al efecto un instrumento humano. Por el contrario, YÁÑEZ visualiza la modalidad de autoría en el N°2 del art. en comentario: “Los que fuerzan”. Con esta comprensión entendemos que “forzar” alude a la autoría mediata en que se usa a otro como instrumento, no como vis absoluta contra o sobre el cuerpo de otro.

GARRIDO MONTT desecha este argumento al visualizar en el N° 2 del presente dos formas de inducción: recurriendo a medios intelectuales o empleando fuerza tanto moral como física. Para el catedrático en ambas modalidades se genera en el otro la voluntad delictiva; lo que rechazamos completamente, entendiendo que la fuerza en sí es incompatible lógicamente con la voluntad, de ahí que la instigación sea un convencimiento y no una imposición.

¹⁰⁰ YÁÑEZ, S: “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Revista de Ciencias Penales*. Vol. 34, N° 1, 1975, págs. 49-64.

¹⁰¹ GARRIDO, M: *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992. cfr. págs. 303-315.

En lo referido a los instigadores propiamente tal, son una muestra clara de participación elevada a autoría. Su regulación está presente en la segunda parte del N° 2 del artículo 15, cuando establece que “inducen directamente a otro a ejecutarlo”. En ello está de acuerdo YÁÑEZ con SILVIA PEÑA.

Por nuestra parte, consideramos que, dentro de este marco de discusión, hay una desorbitada ampliación del concepto de autor. Si bien en el Código penal chileno los cómplices solamente son aquellos mencionados en el artículo 16, aquello se obtiene mediante la exclusión de ciertos cómplices que son considerados autores por el artículo 15.

En consecuencia, en el artículo 15 N°1 ya hay sujetos que son cómplices, pero que son penados como autores, tales como “los que toman parte en la ejecución del hecho”, pero no de una manera inmediata o directa, sino que “impidiendo o procurando impedir que se evite”. Por tanto, no ejecutan directamente los hechos descritos por el tipo, sino que impiden que el delito se frustrate o procuran impedir que su comisión se evite.

Asimismo, en el artículo 15 N° 3 juzgamos que estos sujetos son propiamente cómplices, encontrando allí el elemento central que deslinda el asunto de la complicidad, específicamente cuando se establece la expresión “concertados para su ejecución”, esto es, la existencia de una maquinación o confabulación.

Hay que destacar que este numeral se refiere a dos situaciones que se pueden dar: en primer lugar, a los que concertados para su ejecución facilitan los medios y, en segundo término, a los que presencian el acto sin tomar parte inmediata en él. Esta última forma de participación es cuestionable, debido a que el sujeto, aun estando concertado para la ejecución de un hecho delictivo con otro, no está aportando o colaborando en lo absoluto a la ejecución del tipo, por lo que ya es discutible que se le pueda considerar cómplice y, peor aún, que se castigue como autor.

Respecto a ello, se ha señalado que la Comisión Redactora del Código estimaba que aumenta la fuerza y poder de los ejecutores con la sola concurrencia de estos sujetos, aunque ellos no tomen

parte directa en la acción. Empero, creemos que eso no deja de ser una suposición que el tipo de este cómplice no exige.

En relación con lo enunciado, aparece la denominada tesis de la asimilación, que establece, de una manera sintetizada, que el artículo 15 N°3 del Código penal chileno es una norma que impone la pena de autor a comportamientos constitutivos de mera complicidad. Crítico de esta tesis ha sido CURY, quien la considera una posible transgresión del principio *ne bis in idem*, señalando que *“la asimilación de estos cómplices a la punibilidad de los autores es defectuosa, ya que la existencia del concierto no solo agrava el significado de la conducta, sino que es además determinante de su incriminación, lo cual implica haberla valorado doblemente”*¹⁰².

Finalmente cabe mencionar a GONZALO BASCUR, quien ha postulado que una las consecuencias de la elevación del concepto de cómplice al de coautor del artículo 15 N° 3, es que la doctrina tenga que esforzarse para hallar casos de complicidad sancionados por el artículo 16 del Código penal, trayendo como resultado que la complicidad sea un concepto residual que se define por los alcances que se atribuyen a la autoría, lo que ha generado una enumeración más que nada casuística de sus manifestaciones¹⁰³.

En lo referido al encubrimiento del artículo 17 del Código penal nacional, su naturaleza jurídica es completamente discutida. A nuestro entender, no se trata de una forma de participación¹⁰⁴, sino de un delito distinto autónomo, ya que el encubridor no puede intervenir en el hecho típico porque su rol comienza a cumplirse una vez que el delito se termina, por lo que está vetado de contribuir causalmente. Es imposible tomar parte o intervenir en lo que ya está realizado.

¹⁰² CURY, E: *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. 2005, pág. 630.

¹⁰³ BASCUR, G: “Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, ISSN 0718-0853, 2015, cfr. pág. 212.

¹⁰⁴ En este sentido: FRÍAS, J: op., ed., cit., pág. 430. Para un tratamiento pormenorizado, véase: RODRÍGUEZ, J; SERRANO, A: op., ed., cits., págs. 827-834

A estos problemas se deben añadir los propios del exceso del autor (sea cualitativo o cuantitativo), el desacople que puede realizar el partícipe del hecho al cual accede y, finalmente, el cambio en el motivo del instigado.

3. Conclusiones preliminares

De lo escrito en nuestro trabajo, se da muestra que legislación chilena ha mantenido una tradición científica dogmática propia de siglos pasados, de raigambre tanto alemana como española, sirviéndose de conceptos e instituciones de antigua data. De ahí que, en lo principal para este trabajo, la regulación de las modalidades de tentativa deba verse con una óptica moderna -sin obviar la *lege lata*- para alcanzar resultados satisfactorios en referencia a la hipótesis central del trabajo.

Ahora bien, e independientemente de las discusiones doctrinales para cada uno de los requisitos del desistimiento, existe un consenso amplio en lo que respecta a los mismos, desde la doctrina y jurisprudencia foránea como nacional.

Ello no obsta a que se dé cuenta de la anomia de la regulación vigente, tanto en lo referido al desistimiento de autor único, como en las modalidades de multiplicidad de intervinientes. Esto permite integrar y aspirar a soluciones por medio de argumentos interpretativos sistemáticos, con el límite de no condicionar las soluciones a resultados *contra legem*.

El estatus deóntico de las modalidades de tentativa variará según se trate de una u otra. Aquella que menos problemas ofrece es la inacabada, la cual se corresponde con el cumplimiento alternativo de deber en cuya infracción consiste la misma tentativa. Se satisface, por regla general, con un desistimiento pasivo, o sea, de mera abstención. Ahora bien, se debe prestar especial atención a la eficacia como requisito del desistimiento en la modalidad acabada, ya que de esta deriva la realización de un comportamiento supererogatorio tendiente a evitar la producción del deber original infringido.

Ahondando en el requisito de eficacia del desistimiento, esta es la pieza fundamental en el tratamiento de las modalidades de conato. De ella surgen las mayores implicancias, puesto que su

exigencia restringe cualquier actuación que en miras de evitar la consumación del hecho típico -lo que no se condice con un fundamento político-criminal-. Si ha existido una convicción seria en el intento evitativo del agente, el único beneficio será verse cubierto por la circunstancia atenuante contemplada en el Nº 7 del art. 11 del Código penal.

La ausencia normativa agrava y dificulta la posibilidad de brindar soluciones a situaciones de codelincuencia, principalmente por la pérdida del control causal del peligro creado. El desistimiento en estos casos no es equivalente a lo expresado para el autor único, sino, por el contrario, los requisitos variarán y la eficacia se hará extensible a casos de tentativa inacabada.

Por esta razón está pendiente la tarea de proporcionar un examen comparado de legislaciones afines para disponer de soluciones compatibles con nuestra escasa regulación. Esto último con especial atención al principio de autorresponsabilidad.

En lo referido a la modalidad de participación en el hecho típico, se evidencia la clásica tradición apegada al principio de legalidad propio de los fundamentos propios de un Derecho penal de corte liberal. Sin embargo, 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.

Si bien no se puede pasar por alto la regulación vigente en materia de participación, sí se puede criticar y, debido a ello, agrupar criterios dogmáticos híbridos que permitan conceptualizar cada figura, clarificando el deslinde real de cada una de éstas. Lo anterior para no depender de contingencias y poder alcanzar soluciones que tengan un amplio grado de generalidad.

CAPÍTULO III: DESISTIMIENTO Y CODELINCUENCIA. TEORÍA DE LOS DOS NIVELES

1. 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.

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 tentativa¹⁰⁵.

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 partícipes¹⁰⁶.

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.

¹⁰⁵RODRIGUEZ, G: “Las fases de ejecución del delito”, en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. Extra, 1980, cfr. pág. 19.

¹⁰⁶PÉREZ, F: op., ed. et vol. cit., cfr. pág. 356.

Sin embargo, la reforma al Código penal ocurrida en el año 1995 trajo consigo la regulación expresa del desistimiento en los supuestos de codeincuencia, 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 interviene en el delito una pluralidad de personas y no un autor único, no basta con enfocarse, en lo que a su conducta respecta, en lo exigible de cara a evitar la consumación, siendo necesario tener en cuenta, de alguna manera, la aportación a la consumación que han realizado, realizan o tienen aún que realizar los restantes partícipes¹⁰⁷.

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 sólo 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. Si X desiste cuando el autor principal Y ha suministrado las cuatro dosis, evidentemente, será necesaria su intervención positiva para merecer la impunidad¹⁰⁸.

De igual forma, e independientemente a lo señalado 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, supone 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

¹⁰⁷CUELLO, J: *El Derecho penal español*. Parte General. Vol. 2. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2009, cfr. pág. 143.

¹⁰⁸PÉREZ, F: op., ed., cits., cfr. pág. 371.

único que interesa, y a lo que realmente el legislador ha condicionado la exclusión de pena, es que la conducta voluntaria del sujeto haya impedido o intentado impedir la consumación¹⁰⁹.

Ahora bien, 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 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 resultado¹¹⁰.

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 postulado 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”*¹¹¹. Asimismo, en un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ se inclina también por considerar que la exigencia de seriedad implica la idoneidad *ex ante* de los actos realizados para la consumación del delito¹¹².

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 no 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 acto

¹⁰⁹FERNÁNDEZ-ESPINAR, G: “El desistimiento en la fase externa de ejecución del iter criminis”, en *Actualidad Penal*, ed. 2, 1995, cfr. pág. 647.

¹¹⁰LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; ENCINAR DEL POZO, M. A; VILLEGAS, M. A: *Código penal comentado*. Con jurisprudencia sistematizada y concordancias. Editorial Lefebvre. Ed. 9. Madrid, España, 2022, cfr. pág. 90.

¹¹¹FERNÁNDEZ-ESPINAR, G: op., ed. cit. pág. 649.

¹¹²SILVA, J. M: “La regulación del iter criminis (arts. 16-18)”, en *El nuevo Código Penal*. Cinco Cuestiones Fundamentales, Barcelona, 1997, cfr. pág. 144.

delictivo. 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.

En consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, MARTÍNEZ ESCAMILLA 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 criminal¹¹³.

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 material¹¹⁴. 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 beneficiarlos¹¹⁵.

Es menester señalar que el ingreso de esta regla al ordenamiento jurídico penal español, tal como ha señalado parte de la doctrina¹¹⁶ 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 sus 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 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

¹¹³MARTÍNEZ, M: *El desistimiento en Derecho penal*. Editorial Universidad Complutense, Madrid, España, 1994, cfr. pág. 174.

¹¹⁴NÚÑEZ, M. A: *El delito intentado*. 1ªed., Editorial Constitución y Leyes, La Coruña, España, 2003, cfr. pág. 170.

¹¹⁵LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *Tratado de Derecho penal*. Parte general, ed. cits. cfr. pág. 969.

¹¹⁶PÉREZ, F: op., ed., cits., cfr. pág. 365.

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. 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 propio¹¹⁷.

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 § 46, se puede señalar que dicho precepto solo se circunscribe al desistimiento del autor, recogiendo la doble posibilidad de desistir, ya sea abandonando la ejecución de la acción perseguida antes de que ésta fuera descubierta, o bien, evitando la producción del resultado mediante su propia actividad¹¹⁸.

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 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

¹¹⁷ 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 (...)”.

¹¹⁸ SCHRÖDER, H: “Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach § 46 und 49 a”, en *MDR*, 1949, cfr. pág. 714.

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, que si el partícipe se ha esforzado en vano para hacer desistir al autor, el desistimiento ha fracasado¹¹⁹. Empero, 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 hecho¹²⁰.

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 señalar de una forma sintetizada que allí en 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 pena¹²¹.

Ahora bien, respecto del esfuerzo serio, se exige que el que desiste emplee aquel 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.

¹¹⁹ LENCKNER, T: "Probleme beim Rücktritt des Beteiligten", en *FWG*, Berlín, 1973, cfr. pág. 289.

¹²⁰ GRÜNWARD, G: "Zum Rücktritt des Beteiligten in Künftigen Recht", en *FW*, Berlin-New York, 1974, cfr. pág. 713.

¹²¹ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte general. ed. cits. cfr. pág. 708.

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 ulterior¹²².

Por último, en lo referente con el requisito de la voluntariedad del desistimiento, cabe señalar 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 pena, es decir, no se requiere ninguna retribución justa, puesto que el propio sujeto ya ha suprimido su delito¹²³.

En cuanto a la exigencia 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 postulados, por la mayor peligrosidad que posee el hecho realizado por varios sujetos, en comparación con aquél en el que interviene solamente uno, 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 exigírsele en principio que evite la consumación del hecho¹²⁴.

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 sólo en su

¹²²Idem. cfr. pág. 709.

¹²³Idem. 723.

¹²⁴WALTER, M: “Zur Strafbarkeit des zurücktretenden Tatbeteiligten, wenn die Haupttat vollendet wird”, en *JR*, 1976, cfr. pág. 100.

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 II¹²⁵.

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 sólo se aplica a aquellos intervinientes en quienes concurre. En otras palabras, estos tienen que desistir por su parte para ser favorecidos por la impunidad¹²⁶. 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 eficaz¹²⁷.

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 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 refieren a 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

¹²⁵ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte general. ed.. cits. cfr. pág. 699.

¹²⁶POLITOFF, S: *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. ed. cit., cfr. pág. 237.

¹²⁷WELZEL, H: *Derecho penal alemán*. 11ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1970, cfr. pág. 275.

del hecho, ya sea llevando a cabo una conducta positiva, o bien, mediante un simple no seguir actuando.

2. La teoría del doble nivel

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 incisos segundo y tercero, respectivamente, reglamentación análoga a la fijada por el Código penal español previa reforma de 1995¹²⁸.

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 diferenciado cuando se trata del caso de autor único en desmedro del múltiple¹²⁹, 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*”¹³⁰.

¹²⁸ Véase: DEL ROSAL, J: *Tratado de Derecho penal español*. Parte general. Vol. II, Imprenta Aguirre, Madrid, España, 1969, cfr. págs. 303-306 y 320-327.

¹²⁹ Véase para el caso de desistimiento de los partícipes: JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado de Derecho penal*, ed. cit., cfr. págs. 842-844.

¹³⁰ CUELLO, J: op., ed., cits., cfr. pág. 143.

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 el mero retiro o anulación del aporte del partícipe o coautor sea rechazada por ser *contra legem*¹³¹. En tal caso, sólo 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”*¹³². En sentido análogo GARRIDO MONTT¹³³ da cuenta que, tratándose de una acción de sujeto múltiple, cuando el desistimiento sólo 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 restringe 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

¹³¹ CURY, E: *Tentativa y delito frustrado*. ed. cit., cfr. pág. 131.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ GARRIDO, M: *Etapas de ejecución del delito*. ed. cit., cfr. pág. 201.

rol del desistente va a conllevar probablemente una difícil tarea de enfrentamiento con los restantes agentes del delito¹³⁴, la que se agrava ante la falta de solución expresa para el caso de intervinientes. De ahí que, producto de 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 ciertas precisiones. 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 el primero piensa mejor la situación y busca el instrumento antes de que fuese utilizado. Sin embargo, 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 concurran 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 que S se vea amparado por el desistimiento es el retiro del aporte (anulación de la propia contribución).

- (3) Modificando nuevamente la situación, 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.

¹³⁴ BLANCO, C: *Tratado de Derecho penal español*. Tomo I, Vol. II. J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2005. cfr. 427.

La inducción, que fue eficaz en un comienzo, varía significativamente en lo referido a la motivación. De ahí que S no sea responsable como inductor en esta tentativa inacabada, no sólo por el retiro de su contribución, sino porque ha existido un móvil diverso en la realización del hecho, por lo que la determinación deja de ser tal.

(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 autorresponsabilidad¹³⁵. 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 evitado la consumación. Decisiva 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 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 problemático¹³⁶.

¹³⁵ Entiéndase que los sujetos sólo 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, G: *Derecho penal*. Parte general, tomo I, 4ª ed., Editorial Hammurabi. Argentina, 2005, cfr. pág. 523.

¹³⁶ ROXIN, C: *Derecho penal*. Parte General, ed. cit., cfr. pág. 706.

Para ROXIN¹³⁷, 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 debido a ello no puede servir de fundamento para reclamar mayores exigencias para la obtención del beneficio. En contra de esto, consideramos que esta lógica es conveniente cuando se trata de casos de participación estricta en tentativas inacabadas; mas no coautoría por la proximidad con el núcleo típico, además del problema de limitación de su acto con el del otro agente, ya que estos tienen 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 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 consumación¹³⁸. De ahí que esta última mitigue de forma significativa la exigencia impuesta por el § 24 II 1.

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 codeinfluencia 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 típico¹³⁹ cuando se tratara de una modalidad acabada, sin discernir entre las modalidades de intervención¹⁴⁰.

¹³⁷ Idem, cfr. pág. 707.

¹³⁸ MAURACH, R; GÖSSEL, K; ZIPF, H: op., ed. cit., cfr. págs. 421-422.

¹³⁹ En este sentido, previo a la reforma del Código penal español de 1995: RODRÍGUEZ, J; SERRANO, A: op., ed., cits., cfr. págs. 787-788.

¹⁴⁰ PÉREZ, F: op., ed., cits., cfr. pág. 353.

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. Como la disposición no efectúa una distinción entre las diversidades de personas que pueden intervenir en el hecho, es aplicable al caso de codelincuencia, cualquiera sea su modalidad. Es decir, la norma es aplicable a coautores y partícipes, sin perjuicio de que el desistimiento es una causal personal, por lo que es incommunicable a los demás.

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 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 otra figura¹⁴¹, sino la eficacia en miras al cumplimiento alternativo para con el deber infringido o la realización de una conducta supererogatoria. De ahí que parece conveniente servirnos, en parte, de la legislación alemana¹⁴² 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

¹⁴¹ Para BLANCO, C: *Tratado de Derecho penal español*. ed. cit., cfr. pág. 426. El desistente debe, abandonar la ejecución (comportamiento necesariamente omisivo) e impedir- o intentar impedir- seria, firme y decididamente la consumación (conducta activa). No obstante la discusión externa de cada una de las modalidades, se debe atender a la eficacia.

¹⁴² Rehusando el fundamento subjetivo del castigo de la tentativa del actuante, visión impulsada, como se expresó al inicio de este trabajo, 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.

las dos modalidades de conato. Esta tiene un carácter híbrido, agrupando en su seno un conjunto de reglas *de lege lata* y *de 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 supererogatorio. 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, 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, nuestra propuesta considera hacer extensible el requisito de eficacia, propio de la modalidad de tentativa acabada, al caso de coautor en la modalidad inacabada.

Este es uno de los puntos más controvertidos de la teoría, porque degenera de una modalidad a otra en lo referido a su contenido. Esto se debe a que, principalmente, no se ha incursionado en proferir un fundamento más allá del deslinde externo de la figura. Por esta razón, fundamos el razonamiento en el aporte del injusto, en especial atención a la creación del riesgo prohibido, y de ahí su posición de garante y, consecuentemente, su obligación de actuar¹⁴³. Por esta razón la eficacia, propia de una modalidad, se extiende a la otra. Este será el primer nivel.

Para completar e 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

¹⁴³ CURY, E: *Tentativa y delito frustrado*. ed. cit., cfr. pág.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.

figura, se le provee de una segunda posibilidad para optar al beneficio del desistimiento, y 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*¹⁴⁴. Así, aunque el hecho se cometa, el partícipe podrá lograr la impunidad a través de esta alternativa copulativa¹⁴⁵. Ello guarda coherencia con el fundamento político criminal propuesto, atenuando el requisito de eficacia.

Contrario a esta idea, POLITOFF¹⁴⁶ 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 del 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 sólo 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 criminis*, previos a la tentativa. De ahí que se exija más a lo que en teoría es 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 especialmente para los partícipes en sentido estricto, o sea, inductor o cómplice. 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

¹⁴⁴JAKOBS, G: op., ed., cits., cfr. págs. 914-914.

¹⁴⁵ En sentido análogo, véase: JESCHECK, H; WEIGEND, T: op., ed., cits., cfr. pág. 826.

¹⁴⁶ POLITOFF, S: *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. ed. cit., cfr. pág. 255

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 realizado¹⁴⁷.

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 en favor del inductor o cómplice, 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.

Para ambos niveles, la seriedad vendrá determinada por el medio empleado por el sujeto que desista, no necesariamente debe ser el más adecuado entre las diversas posibilidades. 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.

Ahí donde cualquier ulterior esfuerzo conlleva 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. Esto termina por ser un elemento del juicio cognitivo del juez al momento de ponderar los hechos.

¹⁴⁷ A favor, véase: Ídem. cfr. pág. 238-239. Contrario a esto: GARRIDO, M: *Etapas de ejecución del delito*. ed. cit., cfr. pág. 190; VON LISZT, F: op., ed., cits., cfr. pág. 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. A semejanza de las exigencias de esta modalidad a aquellas que se formulan para el caso de tentativa acabada.

Así, el que después de fracasar un intento de retiro que parecía prometedor y no halle otro método disponible que le resulte exigible en la situación concreta, con haber pretendido 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, que 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 *ferenda*. La misma agrupa criterios eclécticos seleccionados entre la vasta doctrina tanto nacional como extranjera, buscando la coherencia entre sus elementos y modalidades.

3. Conclusiones preliminares

Tras brindar un mapa sinóptico del histórico y actual problema del desistimiento de la tentativa ante situaciones de codelinuencia en el Derecho foráneo, quedan claras las principales exigencias y características de la transición que han sufrido cada uno de los ordenamientos. Ahora bien, la mera proximidad de líneas afines al modelo nacional no es fundamento suficiente para su adopción como mero traspaso de instituciones, sino que resulta necesario ahondar en un estudio acabado para determinar la procedencia en cada uno de los casos, determinando sus ventajas y desventajas.

La legislación española y alemana han transitado de estructuras unitarias deficientes -como la actualmente vigente en Chile- a elaboraciones diferenciales, marcando, cada una de estas, hitos en lo referido a la materia, producto de su influencia en el mundo jurídico occidental. La adopción de cada una de las líneas de tratamiento obedece no solo a fundamentos dogmáticos, sino a líneas de tradición jurídica, como, asimismo, de influencias teóricas. De ahí la marcada severidad de ciertos sistemas -propias de su cultura-, como el alemán.

Respetando la tradición propia de cada uno de estos, la mera adhesión a sus fórmulas de tratamiento resulta insuficiente para dar respuesta a la anomia normativa vigente en el presente.

La figura de la tentativa, y su reverso, están envueltas en un entramado de problemas y discusiones de diversa índole. Esta situación se agrava cuando se mantiene un modelo atávico en lo referido a su regulación y tratamiento. Es por esta razón que, como acontece en el medio nacional, resulta necesario suministrar soluciones que no solo miren y respeten la tradición deficiente, sino que integren en su seno una visión hacia lo venidero.

Ahora bien, y antes de ello, resulta necesario destacar el requisito esencial que ha regido en el ordenamiento actual. La eficacia, propio de una modalidad, importa una única solución sin distinguir entre sujetos: *la evitación del resultado*. Se enmarca en lo presentado como deber supererogatorio para el caso de autor único, además de una marcada visión proteccionista a favor de la víctima. Si bien su exigencia no es errónea, se vuelve deficiente cuando se presenta como única posibilidad de desistimiento, esto en un contexto de multiplicidad de intervinientes.

Esta es la razón para la elaboración de la teoría denominada como de doble nivel, la cual integra tanto contenidos de *lege lata* como *ferenda*. Busca la coherencia interna, no solo reconociendo la actual situación en materia de desistimiento de la codelinuencia, sino que suministra una solución integral sirviéndose de sistemas normativos afines, bajo estructuras eclécticas que favorezcan el trabajo de determinación.

Su elaboración es diferencial y no solo divide las dos modalidades de conato, sino que hace extensible uno de los requisitos, en cuanto evitación, para con uno de los intervinientes en el hecho típico, cuando se trata de la versión inacabada. Además, no se satisface con contemplar reglas generales para la obtención del beneficio, sino que se sirve de alternativas ante el caso de no verse cubierto por las exigencias externas de las respectivas figuras, lo que es concordante con un fundamento político-criminal.

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 supererogatorio, 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 eclécticos de trabajo, toma exigencias de *lege lata y ferenda*, en miras a brindar una solución integral. No sólo 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 sólo 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

- ALASTUEY, C: “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3ª Época, N° 5, 2011.
- BACIGALUPO, E: *Principios de Derecho penal*. Parte general. 3ªed., Ediciones Akal, Madrid, España, 1994.
- BASCUR, G: “Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del Derecho Penal Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, ISSN 0718-0853, 2015.
- BECCARIA, C: *Dei delitti e delle pene*. Letteratura italiana Einaudi, Milano, Italia, 1973.
- BELING, E: *Esquema de Derecho penal*. La doctrina del delito-tipo. Trad. del alemán Soler, S. Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.
- BLANCO, C: *Tratado de Derecho penal español*. Tomo I, Vol. II. J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2005.
- BUSTOS, M: “El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017.
- CUELLO, J: *El Derecho penal español*. Parte General. Vol. 2. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2009.
- CURY, E: *Derecho penal*. Parte General, Tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.
- . *Derecho penal*. Parte general. 7ª ed. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile. 2005.
- . *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. 2º ed. Ediciones Nueva Universidad. Santiago, Chile. 1973.
- . *Tentativa y delito frustrado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1977.
- DAVID, H: *El desistimiento de la tentativa*. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad. Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina.
- DEL ROSAL, J: *Tratado de Derecho penal español*. Parte general. Vol. II, Imprenta Aguirre, Madrid, España, 1969.
- ENCINAR DEL POZO, M. A; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J; VILLEGAS, M. A: *Código penal comentado, con jurisprudencia sistematizada y concordancias*. Editorial Lefebvre. Ed. 9. Madrid, España, 2022.
- ETCHEBERRY, A: *Derecho penal*. Parte General. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- FARRÉ, E: *La tentativa de delito*. Doctrina y jurisprudencia. 1ª ed., Librería Bosch, Barcelona, España, 1986.

- FERNÁNDEZ-ESPINAR, G: “El desistimiento en la fase externa de ejecución del iter criminis”, en *Actualidad Penal*, ed. 2, 1995.
- FEUERBACH, L: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*. 14ª ed., Giessen, 1847.
- FIANDACA, G; MUSCO, E: *Diritto penale*. Parte generale. 6ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, Italia. 2009.
- FRÍAS, J: *Teoría del delito*. Editorial Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina. 1993.
- GARRIDO, M: *Derecho penal*. Parte General, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 4ª ed., 2007.
- . *Etapas de ejecución del delito*. Autoría y participación. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1984.
- . *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992.
- GILI PASCUAL, A: “Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado”, en *InDret*, Barcelona, España, 2012.
- GRÜNWALD, G: “Zum Rücktritt des Beteiligten in künftigen Recht”, en *FW*, Berlin-New York, 1974.
- GUZMÁN, J: “Mentalidad autoritaria, actitudes punitivas y pensamiento penal: un esbozo”. en *Política Criminal*. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Doc. 2.
- HAAS, V: “La doctrina penal de la imputación objetiva. Una crítica fundamental”, traducción de García de la Torre, H. publicado en *InDret* 1/2016, Barcelona, enero de 2016.
- JAKOBS, G: *Derecho Penal*. Parte General. 2ª ed. Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997.
- JESCHECK, H; WEIGEND, T: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. Vol. II, Trad. de la 5ª ed. alemana, Instituto Pacífico, Lima, Perú, 2014.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Principios de Derecho penal*. La ley y el delito. 3ªed., Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- . *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII, Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina, 1970.
- LENCKNER, T: “Probleme beim Rücktritt des Beteiligten”, en *FWG*, Berlín, 1973.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J: *Tratado de Derecho penal*. Parte general. 1ªed., Thomson Reuters-Civitas, España, 2010.
- MAÑALICH, J: “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en *Revista Política Criminal*. Vol. 15, N° 30, 2020.
- . “La tentativa y el desistimiento en el Derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 4.

- MARTÍNEZ, M: “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal” en *Política criminal y nuevo Derecho penal*. Libro Homenaje a Claus Roxin. Silva Sánchez, J.M (ed.), José María Bosch Editor, Barcelona, España. 1997.
- . *El desistimiento en Derecho penal*. Editorial Universidad Complutense, Madrid, España, 1994.
- MATUS, J; RAMÍREZ, M: *Manual de Derecho penal chileno*. Parte General., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2019.
- MAURACH, R; GÖSSEL, K; ZIPF, H: *Derecho penal*. Parte general. Tomo II. Trad. de la 7ª ed. alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1995.
- MIR PUIG, S: *Derecho penal*. Parte General. 7ª ed., Editorial Bdef, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- . *Derecho penal*. Parte General. 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, España, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F; GARCÍA ARÁN, M: *Derecho penal*. Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2010.
- NÁQUIRA, J: *Derecho Penal chileno*. Parte General, tomo II, Thomson Reuters, 2017.
- NOVOA, E: *Curso de Derecho penal chileno*, tomo II, Edíor-ConoSur, 2ª ed.
- NUÑEZ, M. A: *El delito intentado*. Ed. 1. Editorial Constitución y Leyes, La Coruña, España, 2003.
- PACHECO, J: *El Código Penal comentado y concordado*. TI, Madrid, España, 1967.
- PEÑA, S: “Autoría y participación en el delito”, en *Revista de Ciencias Jurídicas*. N°3, 1972.
- PÉREZ, F: *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2008.
- POLITOFF, S; MATUS, J; RAMÍREZ, M: *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- POLITOFF, S: *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1999.
- REAÑO, J: “El efecto exoneratorio por «desistimiento voluntario» de la tentativa: ¿lo que mal empieza, mal acaba?”, en *Derecho PUCP*, N° 58, 2005.
- RODRÍGUEZ, G: “Las fases de ejecución del delito”, en *Revista jurídica de Cataluña*, núm. Extra, 1980.
- RODRÍGUEZ, J; SERRANO, A: *Derecho penal español*. Parte general. 18ªed., Dykinson, Madrid, España, 1995.
- ROXIN, C: 2001. “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*. N° 3. España. 2001.
- . *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, España, 2000.

- . *Derecho penal*. Parte General. Tomo II, Trad. de la primera 1ª ed. alemana, Editorial Thomson Reuters-Civitas, Buenos Aires, Argentina, 2014.
- . *Derecho penal, parte general, especiales formas de aparición del delito*. Tomo II. Editorial Thomson Reuters-Civitas, Navarra, España, 2014.
- SCHRÖDER, H: “Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach § 46 und 49 a”, en *MDR*, 1949.
- SCHUMANN, H: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.
- SEMINARA, S: “Consideraciones sobre un caso de orden delictiva no ejecutada”, en *Un modelo integral de Derecho Penal*. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 2022.
- SERRANO-PIEDecasas, J: “Fundamento de la punición de la tentativa”. *Nuevo Foro Penal*, N° 61, 1999.
- SILVA, J. M: “La regulación del iter criminis (arts. 16-18)”, en *El nuevo Código Penal*. Cinco Cuestiones Fundamentales, Barcelona, 1997.
- SOLER, S: *Derecho penal argentino*, tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1992.
- STRATENWERTH, G: *Derecho penal*. Parte general, tomo I, 4ª ed., Editorial Hammurabi. Argentina, 2005.
- VACHELLI, E: “Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad”, *tesis doctoral Universitat Pompeu Fabra*, Barcelona, 2018.
- VON LISZT, F: *Tratado de Derecho penal*. Trad. de la 20ª ed., alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo III, Hijos de Reus, Editores, Madrid, España. 1917.
- WALTER, M: “Zur Strafbarkeit des zurücktretenden Tatbeteiligten, wenn die Haupttat vollendet wird”, en *JR*, 1976.
- WELZEL, H: *Derecho penal alemán*. 11ª ed., Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1970.
- . *Derecho Penal*. Parte General. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956.
- YÁÑEZ, S: “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Revista de Ciencias Penales*. Vol. 34, N° 1, 1975.
- ZAFFARONI, E: *Tratado de Derecho Penal*. Parte General, tomo IV. Editorial EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1996.