

EL DESISTIMIENTO COMO CONDICIÓN NEGATIVA
DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA: EL MODELO DE LA REVISIÓN
DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA*

JUAN PABLO MAÑALICH R.

SUMARIO: I. El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento de la consumación. II. El desistimiento como excusa legal absoluta. III. El estatus normativo del desistimiento y sus presupuestos de imputación. IV. La imputación de la evitación de la consumación como desistimiento de la tentativa inacabada. V. La imputación del impedimento de la consumación como desistimiento de una tentativa acabada. VI. La imputación del desistimiento de la tentativa imputable a varios intervinientes. VII. La voluntariedad del desistimiento.

PALABRAS CLAVE: evitación e impedimento de la consumación; tentativa y desistimiento; eficacia y voluntariedad del desistimiento.

Nota preliminar: Este trabajo presenta los rasgos fundamentales de una concepción del desistimiento de la tentativa, a cuyo desarrollo estuvo dedicada una serie de artículos elaborados en el marco del proyecto Fondecyt (regular) N° 1160147, de los cuales se da cuenta en el aparato bibliográfico. Se ha optado por restringir al mínimo indispensable las referencias ofrecidas en las notas al pie de página. A menos que se indique otra cosa, las disposiciones legales citadas corresponden a artículos del Código Penal (“CP”).

I. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA COMO EVITACIÓN O
IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN

En términos positivos, la punibilidad de una tentativa (*lato sensu*) depende de la satisfacción de aquellos presupuestos de su punibilidad que son específicamente sensibles a su acabamiento o inacabamiento, según corresponda¹, así como de la satisfacción de los presupuestos generales de toda imputación jurídico penal: el comportamiento potencialmente constitutivo de la respectiva

* Agradezco a Ignacio Peralta F. y Sofía Wilson C., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales, por su colaboración en la revisión de este borrador.

¹ Por “tentativa” en sentido amplio se entenderá, en lo que sigue, tanto lo que el CP denomina “tentativa” (a secas) como lo que el mismo código llama “delito frustrado”.

tentativa, a pesar de no corresponderse con una realización antijurídica del tipo correspondiente, tiene que ser imputable como un injusto personal a título de dolo, y este injusto personal doloso tiene que ser imputable como culpable. Sin embargo, la especificidad estructural de toda tentativa hace posible que su punibilidad resulte excluida por una circunstancia que depende, crucialmente, de la falta de consumación del delito en cuestión. Esta circunstancia consiste en que la consumación del delito haya sido evitada o impedida por la persona a la cual es imputable la tentativa, en la forma de un desistimiento, que como tal opera como una condición negativa de la punibilidad de esa tentativa.

El art. 7° hace reconocible una decisión legislativa favorable a la operatividad del desistimiento de la tentativa como condición negativa de la punibilidad de esta. En lo inmediato, el inc. 2° explícitamente condiciona la punibilidad de una tentativa acabada, a título de “delito frustrado”, a que la consumación “no se verifi[que] por causas independientes de [la] voluntad” del agente. Esto convierte al impedimento (voluntario) de la consumación por parte del autor en una causa de exclusión de la punibilidad de la tentativa acabada que se ve, así, desistida². Y si esto vale tratándose de una tentativa acabada, entonces *a fortiori* lo mismo tendría que valer, *mutatis mutandis*, tratándose de una tentativa *stricto sensu*, esto es, de una tentativa inacabada³. En los términos del inc. 3° del art. 7°, ello supone entender que la falta de uno o más “hechos directos” necesarios como complemento de la “ejecución” del delito ha de poder imputarse al agente como una evitación (voluntaria) de su consumación⁴. En lo que sigue, y para evitar posibles confusiones, la expresión “evitación de la consumación” será usada para designar la modalidad de comportamiento en la que puede consistir el desistimiento de una tentativa inacabada, mientras que la expresión “impedimento de la consumación”, para

² Ello determina que el *concepto legal* de delito frustrado quede definido como el concepto de una tentativa acabada no voluntariamente desistida. De eso no se sigue, empero, que la falta de desistimiento sea un componente del concepto (dogmático) de tentativa acabada.

³ Véase ya NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2005), pp. 140 s.; también ORTIZ, Luis. “Desistimiento de la tentativa y codelinuencia”, en CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago: Thomson Reuters, (2016), pp. 385 s. El argumento es reconocible en la jurisprudencia de la Corte Suprema; véase su sentencia de nulidad recaída en la causa rol N° 17835-19, de 21 de agosto de 2019, en su cons. 11°.

⁴ Así, GARRIDO, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1984), pp. 187 ss.

designar la modalidad de comportamiento correspondiente al desistimiento de una tentativa acabada.

Cuál sea el fundamento de la eficacia excluyente de la punibilidad de la tentativa, atribuible al desistimiento, es una pregunta cuya respuesta es dogmáticamente controvertida. En lo fundamental, las concepciones más extendidas pueden ser clasificadas como “internas” o “externas”, según si la explicación respectivamente ofrecida queda intrínsecamente conectada con la estructura de la tentativa como forma de punibilidad diferenciada, o responde, en cambio, a consideraciones que no son específicamente sensibles a esa estructura. Representativas del primer grupo de concepciones son, ante todo, la “teoría de la unidad”, bajo la cual la tentativa y el desistimiento habrían de ser conjuntamente considerados como un comportamiento susceptible de recibir una valoración jurídica unitaria; así como las múltiples “teorías jurídicas”, entre las cuales destaca la “teoría de la nulidad”, según la cual el desistimiento retrospectivamente “anularía” la toma de posición contra el derecho representada por la tentativa. Al segundo grupo pertenecen, a su vez, la “teoría del puente de oro”, según la cual la exclusión de la punibilidad asociada al desistimiento funcionaría como un incentivo a que el agente “regrese a la legalidad”; la “teoría de la gracia o del premio”, que concibe ese efecto excluyente de la punibilidad como una recompensa “graciosa”; y la “teoría del fin de la pena”, que apunta a cómo el desistimiento de la tentativa sería indicativo de una falta de necesidad preventiva de la punición fundada en esa tentativa.

La conceptualización de la tentativa como un delito imperfecto, reseñada en una contribución previa⁵, trae aparejada una explicación de la eficacia excluyente de la punibilidad de la tentativa que es atribuible al desistimiento. Esa explicación lleva a entender el desistimiento como una revisión, imputable (favorablemente) al agente, de su previo quebrantamiento de la norma en cuestión⁶. Esto está internamente conectado con que el comportamiento constitutivo del desistimiento pueda ser entendido, justamente, como una evitación o un impedimento de la consumación. Pues esto último explica que, conceptualmente, no haya espacio para que un delito consumado pudiera verse desistido: si un delito cuenta como consumado, entonces no puede, *ex*

⁵ MAÑALICH, Juan Pablo. “La estructura de la tentativa punible: el modelo del delito imperfecto”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVIII, N° 3 (2022), *passim*.

⁶ Detalladamente sobre esto, MAÑALICH, Juan Pablo. “El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. Una aplicación del modelo del delito imperfecto”, en *Indret*, 3.2020 (2020), pp. 271 ss.

definitione, ser objeto de desistimiento alguno, puesto que su consumación no puede ser evitada o impedida. En este sentido, la consumación –*qua* indicador de “perfección delictiva”– funciona como una marca de que el comportamiento enjuiciado se corresponde con una expresión inequívoca de la falta de reconocimiento de la norma como razón vinculante. De ahí que, como contrapartida, la no-consumación funcione como una marca de equivocidad de la “toma de posición” del autor frente a la norma de cuyo quebrantamiento se trata. Así, mientras el quebrantamiento de la norma no se presente como inequívoco, el agente podrá revisar su toma de posición contra la norma, a través de un comportamiento que sea positivamente expresivo de su reconocimiento de ella como razón vinculante. Esto equivale a decir que, para ser interpretable como un desistimiento de la respectiva tentativa, la evitación o el impedimento de la consumación tiene que ser imputable al agente como una toma de posición a favor de la norma en cuyo quebrantamiento consiste esa misma tentativa.

La exigencia de que el comportamiento evite o impida la consumación del correspondiente delito es lo que se identifica con el requisito de *eficacia* del desistimiento⁷. Esto significa que, precisamente por la vía de evitar o impedir la consumación, el agente tiene que determinar que su toma de posición contra la norma quede definitivamente configurada como una tentativa. Pero para que el desistimiento dé lugar a la exclusión de la punibilidad de la tentativa, es necesario que aquel satisfaga una segunda exigencia, que tradicionalmente se conoce como un requisito de *voluntariedad*⁸. En lo tocante al desistimiento de una tentativa acabada, el requisito de la voluntariedad se deriva, *a contrario sensu*, de lo dispuesto del inc. 2º del art. 7º: si la falta de consumación es debida a “causas dependientes de la voluntad” del agente, entonces la tentativa acabada no resulta punible como delito frustrado. Y ello tendría que servir como premisa para asumir que la correspondiente exclusión de la punibilidad de una tentativa inacabada también depende de que su desistimiento sea voluntario.

La tesis de que el desistimiento ha de consistir en la evitación o el impedimento de la consumación del delito que, en tal medida, deviene tentado tiene validez irrestricta bajo una regulación legal como la chilena. Pero el derecho comparado conoce regímenes regulativos en atención a los cuales esa proposición necesita ser relativizada. Así, por ejemplo, el párr. 1º del § 24 del CP alemán prevé como posible que la punibilidad de una tentativa también resulte excluida por un desistimiento que, no satisfaciendo la ya referida exigencia

⁷ *Infra*, III.

⁸ *Infra*, VII.

de eficacia, asuma la forma de un “esfuerzo serio y voluntario por impedir la consumación”. Hay que observar, con todo, que la operatividad de semejante desistimiento (impeditivamente) ineficaz queda en todo caso condicionada por la falta de consumación del delito respectivo. *Ergo*, aun cuando una regulación legal como la alemana prescinde de someter la operatividad de todo desistimiento al ya aludido requisito de eficacia, ello no compromete la consideración de que aquello cuya punibilidad puede verse excluida con base en un desistimiento es una tentativa de delito, y no un delito consumado.

Pero todavía es necesaria una precisión adicional, concerniente a cómo debe ser formulada la condición de eficacia aplicable al desistimiento de una tentativa acabada. En efecto, por “impedimento de la consumación” hay que entender, más estrictamente, el impedimento del menoscabo típicamente relevante del bien jurídico genéricamente asociado a la consumación del delito en cuestión. Para advertir por qué es necesaria esta precisión, considérese este caso: después de que A hubiera suministrado una dosis de veneno a V, suficiente para que la muerte de este acaezca al cabo de un par de horas, A convence al sicario S, ofreciendo pagarle una suma de dinero, de que mate a V con un disparo de pistola, lo cual tiene lugar antes de que el veneno hubiera llegado a generar efecto alguno en V. ¿Cabría decir aquí que el comportamiento que funda la responsabilidad de A como inductor del asesinato consumado (en los términos del inc. 1º, circ. 2ª, del art. 391) perpetrado por S pudiera, al mismo tiempo, servir de base para considerar desistida su precedente tentativa acabada de asesinato (en los términos del inc. 1º, circ. 3ª, del art. 391)? A favor de esta sugerencia –intuitivamente absurda– parecería hablar el hecho de que el posterior homicidio consumado perpetrado por S, habiendo sido este inducido a ello por A, efectivamente conllevó el impedimento de la consumación del homicidio imputable a A como autor directo. Y estructuralmente, nada variaría si, en vez de recurrir a los servicios de un sicario, A mismo hubiera efectuado el posterior disparo letal para V, a la vez que “interruptor” del curso causal que, en caso contrario, habría resultado en la muerte de V por envenenamiento. Pero es claro que semejante solución no puede ser correcta. El problema se disipa una vez que reparamos en que el impedimento de la consumación necesita ser congruente con la finalidad de protección atribuible a la norma en cuyo quebrantamiento (imperfecto) consiste la tentativa en cuestión.

La posibilidad de un desistimiento excluyente de la punibilidad de la respectiva tentativa solo se configura en la medida en que todavía sea incierto, bajo la representación de las circunstancias con la que cuente el agente, si su quebrantamiento de la norma será constitutivo de un delito consumado o, en cambio, de un delito tentado. Esto explica, en lo inmediato, que conceptual-

mente no haya espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la que el delito se encuentra (ya) consumado. Pero la misma consideración explica que tampoco haya espacio para hablar de un desistimiento en una situación en la cual la tentativa se muestra como “fallida”, esto es, en una situación en la cual el agente tiene por existentes circunstancias que son o serían incompatibles con la consumación del delito.

Un primer ejemplo de esto último sería este: apuntando contra V, A vacía la carga de su pistola con sendos disparos, sin que alguno de los disparos alcance a V. En este caso, la tentativa de homicidio se presenta como fallida en el instante en el cual A advierte que ya no tiene la posibilidad (inmediata) de efectuar algún disparo adicional. Otro ejemplo sería el siguiente: al interior de un vagón del metro, A mete su mano en la cartera que una pasajera lleva abierta, buscando encontrar algo que pudiera ser de valor (pecuniario), estando resuelto a llevarse lo que encuentre; con la mano ya dentro de la cartera, A advierte que la cartera está vacía. En este caso, el momento en el cual A reconoce que nada hay dentro de la cartera que él pudiera sustraer es el momento en el cual la respectiva tentativa tendría que contar como fallida, y así como imposible de ser desistida. El contraste entre uno y otro caso es importante: si bien en ambos casos nos encontramos ante una tentativa fallida, en el primer caso la tentativa de homicidio se presenta como fallida en el instante de su acabamiento; en el segundo caso, en cambio, el carácter fallido de la tentativa de hurto deja intacto su inacabamiento. Esto muestra que el carácter fallido de una tentativa, en el sentido ya indicado, es independiente de que se trate de un delito frustrado o, en cambio, de una tentativa *stricto sensu*.

II. EL DESISTIMIENTO COMO EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA

Una respuesta dogmáticamente adecuada a la pregunta por el fundamento de la exclusión de la punibilidad de la tentativa en virtud de su desistimiento tendría que llevar aparejada una respuesta a la pregunta por la “naturaleza jurídica” del desistimiento⁹. En la doctrina existen planteamientos favorables a identificar el desistimiento con un factor que suprimiría “retroactivamente” la significación delictiva de la tentativa, sea como base para negar el injusto de la tentativa, sea como base para negar la culpabilidad referida a ese injusto. Ninguna de estas aproximaciones logra dar cuenta de que, como tal, el desistimiento no es capaz de “suprimir” la toma de posición contra la norma

⁹ Para lo que sigue, y más detalladamente, MAÑALICH. “El desistimiento ... como revisión ...”, ob. cit., pp. 279 ss.

respectiva, que en retrospectiva resulta imputable como tentativa. Antes bien, el desistimiento sólo puede operar como una *revisión* de esa (previa) toma de posición, cuyo significado sea el de una toma de posición a favor de la norma en cuestión. Si se asume que –con independencia de otras funciones que pudieran serle atribuidas– la pena cumple la función de “refutar” el quebrantamiento del derecho en el cual consiste el delito, entonces cabe decir que la razón por la cual decae la punibilidad de una tentativa en virtud del correspondiente desistimiento radica en que, al desistirse, el agente refuta por sí mismo la trasgresión de la norma que le es imputable. Y esto determina que el desistimiento tenga que ser entendido como una condición negativa de la punibilidad (*stricto sensu*) de la tentativa.

En cuanto condición negativa de la punibilidad de la tentativa, la función del desistimiento no logra ser adecuadamente descrita a través de su caracterización, en la terminología que hace suya buena parte de la doctrina alemana, como una “causa personal de *cancelación* de la pena”. En la tradición jurídica hispánica, el equivalente de esto último lo encontramos en la categoría de una causa de “extinción” de la punibilidad (esto es, de la “responsabilidad penal”), según reza el encabezado del art. 93. La inadecuación de semejante categorización tendría que ser clara: los factores que tradicionalmente son clasificados de ese modo –verbigracia: la prescripción de la acción penal o el indulto, entre otros– se distinguen por no mostrar una conexión *interna* con el comportamiento de cuya punibilidad o falta de punibilidad se trata. Pero justamente en cuanto el desistimiento tiene que consistir en una evitación o un impedimento de la consumación del delito respectivo, aquel sí exhibe tal conexión interna con el comportamiento dotado de significación delictiva. Por ello, bajo la concepción del desistimiento como una revisión del quebrantamiento de la norma, la exclusión de la punibilidad de la tentativa resultante de aquel no admite ser explicada como la “cancelación” (retroactiva) de una punibilidad “ya nacida”. Pues, que el comportamiento posteriormente desplegado por el agente admita ser interpretado como un desistimiento de su tentativa, es algo que solo se deja establecer *ex post*, una vez que consta que el quebrantamiento de la norma que le es imputable tiene, precisamente, el carácter de una tentativa y no, en cambio, el carácter de un delito consumado. Por ello, es preferible la caracterización dogmática del desistimiento como una excusa absolutoria¹⁰.

Para volver claras las implicaciones dogmáticas de esta última caracterización, es importante recordar que la categoría de la punibilidad *stricto sensu* se

¹⁰ Así, POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999), pp. 227 s.

identifica con las condiciones de existencia de un hecho punible que se encontrarían “más allá” de los presupuestos de existencia de un injusto culpable. En sentido estricto por “punibilidad” ha de entenderse la propiedad de un comportamiento consistente en la satisfacción del conjunto de condiciones, extrínsecas a la constitución del quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento en cuestión, de las cuales depende que ese quebrantamiento de la norma se convierta en el antecedente de una reacción punitiva¹¹. Que el desistimiento opere como una condición negativa de la punibilidad de la tentativa, significa que aquel priva a esta de la cualidad de servir como antecedente de una reacción punitiva. Y tal como ya se ha sugerido, el fundamento de semejante exclusión de punibilidad radica en que quien se desiste de la tentativa que le es imputable refuta por sí mismo, en un momento en que todavía puede hacerlo, su previa toma de posición contra la norma, volviendo así innecesaria, *a su respecto*, una refutación punitiva de esa misma toma de posición.

Lo anterior hace posible determinar cuál tendría que ser el alcance personal de la exclusión de la punibilidad por desistimiento en casos en los cuales la tentativa en cuestión es imputable a dos o más “cointervinientes”. Más allá de cuál sea el nivel de accesoriedad (“cualitativa”) al cual el respectivo sistema jurídico someta la punibilidad de la participación, la caracterización del desistimiento como una condición negativa de la punibilidad *de la tentativa* hace reconocible que el desistimiento no compromete (negativamente) la “existencia” de la tentativa cuya punibilidad puede resultar excluida en virtud de ese mismo desistimiento. Lo importante es advertir que la exclusión de la punibilidad de la tentativa se funda en que el desistimiento es expresivo de una toma de posición a favor de la norma que ha de ser personalmente imputable como una revisión del previo quebrantamiento de esa misma norma. Con ello, la correspondiente exclusión de la punibilidad de la tentativa solo puede favorecer a aquel o aquellos intervinientes en el delito respectivo al cual o a los cuales sea personalmente imputable la evitación o el impedimento de su consumación como una toma de posición a favor de la norma. De ahí que la circunstancia de que uno de los varios cointervinientes en la tentativa en cuestión se haya desistido de esta deje intacta la punibilidad de esa misma tentativa para el o los demás cointervinientes a los cuales *no* sea imputable la evitación o el impedimento de la consumación.

¹¹ Al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo. “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIV, N° 1 (2011), pp. 89 ss., con referencias ulteriores.

III. EL ESTATUS NORMATIVO DEL DESISTIMIENTO Y SUS PRESUPUESTOS DE IMPUTACIÓN

Ya fue sugerido que una de las razones por las cuales es relevante la diferencia estructural existente entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada consiste en la diversa modalidad de desistimiento correspondiente a una y otra. Esta última diferencia se vuelve más fácil de reconocer si nos preguntamos cuál tendría que ser la caracterización deóntica del comportamiento constitutivo de desistimiento bajo la norma en cuyo quebrantamiento imperfecto consiste la respectiva tentativa, según se trate del desistimiento de una tentativa inacabada o de una tentativa acabada¹². El desistimiento de una tentativa inacabada admite ser interpretado como un cumplimiento –“tardío, pero todavía posible”– del deber en cuya infracción consiste esa misma tentativa. Esto quiere decir que, al evitar la consumación, quien se desiste de una tentativa inacabada cumple el mismo deber en cuya infracción (inicial) consiste esa tentativa. La posibilidad de que un deber ya (inicialmente) infringido pueda verse cumplido a través de un comportamiento posterior atribuible al mismo agente se explica por el hecho de que la identidad de un deber es función de la subsistencia de la situación fundante de ese mismo deber¹³. A este respecto, es importante notar que la respectiva situación de deber puede verse dinámicamente redefinida, en función de las alternativas de comportamiento con las que cuente el agente. Esto determina que el agente tenga una oportunidad para desistirse de lo que *ex post* contará como una tentativa “todavía” inacabada siempre que subsista esa misma situación de deber.

Como contrapartida, la extinción de la situación fundante del deber en cuya infracción consiste la tentativa determina que esta cuente (*ex post*) como acabada. De esto se sigue que el desistimiento de una tentativa acabada solo es posible a través de la adopción de una alternativa de comportamiento que trascienda el deber en cuya infracción consiste la respectiva tentativa, precisamente porque el acabamiento de esta supone que el cumplimiento de ese deber se haya vuelto imposible. En este preciso sentido, el impedimento de la consumación constitutivo del desistimiento de una tentativa acabada se corresponde con un comportamiento relativamente *supererogatorio*, a saber: un comportamiento que “va más allá” del cumplimiento del deber ya infringido y no susceptible

¹² Para lo que sigue, MAÑALICH, Juan Pablo. “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en *Política Criminal*, 15, 30, (2020), pp. 783 ss.

¹³ Al respecto, MAÑALICH, “La estructura de la tentativa punible ...”, ob. cit., pp. 29 ss.

de ser aún cumplido¹⁴. La plausibilidad de esta tesis no se ve alterada por la circunstancia de que la ejecución de la respectiva acción impeditiva pueda resultar obligatoria para el agente, sea en virtud de otra norma, sea en virtud de la misma norma en cuyo quebrantamiento consiste la tentativa de la cual aquel pudiera desistirse por esa misma vía. Lo determinante es que no exista identidad entre el deber ya infringido y el eventual deber que pudiera haberse visto cumplido a través del desistimiento de la tentativa acabada¹⁵.

Como ejemplo de una situación en la cual el desistimiento de una tentativa acabada se corresponde (contingentemente) con el cumplimiento de un deber fundamentado por una norma distinta de aquella en cuyo quebrantamiento consiste esa tentativa, consideremos el caso siguiente: A dispara tres veces con su arma de fuego, “a quemarropa”, contra V, dejándolo gravemente herido; antes de perder la consciencia, V suplica a A que se apiade de él y lo conduzca hasta un hospital, lo cual en definitiva ocurre, logrando V ser salvado por el equipo médico que le brinda atención. Tendría que ser claro que los disparos que dejan herido a V convierten a A en garante por injerencia, quedando este obligado, en consecuencia, a impedir que V muera. Con ello, al dejar a V en el hospital, donde la vida de este logra ser salvada, A cumple el deber que, en cuanto garante, le impone la norma de *requerimiento* cuyo quebrantamiento sería constitutivo de un homicidio omisivo. Al mismo tiempo, al dar lugar al salvamento de V, A impide la consumación del respectivo homicidio comisivo, desistiéndose así de la correspondiente tentativa acabada. Y puesto que esta tentativa acabada de homicidio comisivo se corresponde con la infracción de un deber fundamentado por la *prohibición* de matar a otro ser humano, es claro que el impedimento de la muerte de V asociado a posibilitar su salvamento por parte del equipo médico va “más allá” del deber –ya definitivamente incumplido– fundamentado por esa prohibición.

Pero el carácter relativamente supererogatorio del desistimiento de una tentativa acabada también es reconocible en casos en los cuales el deber con-

¹⁴ Acerca de la necesidad de distinguir entre una noción moral y una noción jurídica de supererogación, véase MAÑALICH, Juan Pablo. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago: Thomson Reuters (2018), pp. 266 ss. La precisión ahora relevante apunta a la necesidad de distinguir entre una noción absoluta y una noción relativa de supererogación, lo cual es considerablemente más plausible en el contexto del razonamiento jurídico que en el contexto del razonamiento moral.

¹⁵ Lo que sigue está tomado de MAÑALICH, Juan Pablo. “Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa”, en HILGENDORF, Eric; LERMAN, Marcelo y CÓRDOBA, Fernando (coords.), *Brücke bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot (2020), pp. 563-575.

tingentemente cumplido a través del comportamiento que impide, al mismo tiempo, la consumación del delito que ya cuenta como tentado es un deber fundamentado por *la misma norma* quebrantada a través de esa tentativa. Ejemplo: mientras atraviesan un lago en bote, P observa cómo su pequeño hijo H, incapaz de nadar por sí mismo, cae al agua; pudiendo lanzarle un anillo salvavidas o bien saltar él mismo al lago para rescatar a H, P se muestra dubitativo, sin atinar a hacer lo uno ni lo otro; transcurrido un breve lapso, cuando H ha quedado ya sumergido bajo el agua, P se lanza al agua, logrando sacar a H todavía con vida. No habiéndose consumado el homicidio omisivo, su tentativa habrá quedado acabada en el momento en que para P dejó de ser posible salvar a H lanzándole el anillo salvavidas desde el bote. En efecto, hasta el instante en que H quedó sumergido bajo el agua, sobre P recaía un deber disyuntivo, consistente *o bien* en lanzarle el anillo salvavidas *o bien* en lanzarse (él mismo) al lago para así sacar a H con vida. A partir de ese instante y bajo esa misma norma, en cambio, sobre P recaía un deber (no disyuntivo) consistente en lanzarse al agua para sacar a H con vida. De ahí que, al saltar al agua para sacar a H, P haya ejecutado una acción, en cumplimiento de un deber actual, que *P no se encontraba obligado* a ejecutar antes de que H quedara sumergido bajo el agua (dado que P habría podido, alternativamente, cumplir ese deber “originario” lanzando el anillo salvavidas hacia H). En comparación con el deber disyuntivo cuya infracción es constitutiva de la respectiva tentativa (acabada) de homicidio omisivo, el deber posteriormente cumplido por P resulta ser *más exigente*, en virtud de su carácter no disyuntivo.

Aquí cabría esperar la objeción de que la tesis tendría una consecuencia del todo implausible, a saber: que el cumplimiento de todo deber de contenido disyuntivo tendría naturaleza supererogatoria. Pues, si un agente A puede adecuar su comportamiento a la norma haciendo X o haciendo Y, A podrá cumplir su deber de hacer X o Y haciendo o bien X o bien Y, sin que, en caso de hacer X, esto hubiera sido obligatorio para A, y sin que, en caso de hacer Y, esto hubiera sido obligatorio para A. La dificultad se disipa si advertimos que el estatus deóntico de un comportamiento es siempre relativo a una determinada descripción, y a la vez reparamos en el hecho (lógicamente) trivial de que de la verdad de “A hace X” se sigue la verdad de “A hace X o Y”, al igual que de la verdad de “A hace Y” también se sigue la verdad “A hace X o Y”¹⁶. Volviendo al caso recién analizado: si en la situación de deber originaria

¹⁶ Pues es una verdad lógica que $p \rightarrow (p \vee q)$, donde “p” y “q” designan dos proposiciones cualesquiera, “ \rightarrow ” simboliza la conectiva de la implicación material, en tanto que “ \vee ”, la conectiva de la disyunción (incluyente).

P hubiera salvado a H lanzándole el anillo salvavidas, cabría decir que lo hecho por P resultaba obligatorio para este, si lo describimos como consistente en haber lanzado el anillo salvavidas a H o haber sacado a H por sí mismo del agua; si lo describimos, en cambio, como consistente en (nada más que) haber lanzado el anillo salvavidas a H, entonces estaremos especificando lo hecho por P bajo una descripción que lo vuelve supererogatorio relativamente al deber que sobre él recaía en esa situación (posteriormente extinguida).

Ya se ha mostrado que el desistimiento de una tentativa acabada puede corresponderse, contingentemente, con el cumplimiento de un deber distinto del deber en cuya infracción consiste esa tentativa. Pero tal como también se ha sugerido, el desistimiento de esa tentativa no es reducible al cumplimiento de ese otro deber. Para ilustrar este último punto, consideremos la siguiente variación de uno de los casos previamente considerados: A dispara tres veces con su arma de fuego, “a quemarropa”, contra V, dejándolo gravemente herido; estando V todavía con vida, el tercero T aparece en escena y amenaza a A con matarlo si este no conduce a V hasta un hospital, lo cual en definitiva ocurre, logrando V ser salvado por el equipo médico que lo atiende. Aquí tendría que ser claro que la coacción mediante amenaza que T ejerce contra A resultaría justificada por legítima defensa de tercero. Esto, con cargo a que la omisión de la respectiva acción de salvamento en la que, hasta ese punto, estaba incurriendo A tendría que ser considerada una agresión (omisiva) ilegítima, desplegada por A (en cuanto garante por injerencia) contra V. Pero esto deja intacto el hecho de que lo que T consigue de ese modo es justamente que A cumpla el deber que sobre él recaía *qua* garante por injerencia, sin que interese en lo absoluto que el cumplimiento de ese deber no se corresponda con un comportamiento autónomamente motivado de su parte. Lo mismo no vale, empero, cuando la contribución de A al impedimento de la muerte de V es mirada como potencialmente constitutiva de un desistimiento de su tentativa acabada de homicidio comisivo. Pues desde este último punto de vista, la coacción ejercida por T contra A obstaría a que el impedimento de la consumación del homicidio comisivo sea imputable a A como un desistimiento voluntario de la tentativa en cuestión¹⁷.

Lo anterior muestra que la eficacia excluyente de la punibilidad de la tentativa (acabada o inacabada), atribuible al desistimiento de esta, depende de que el impedimento o la evitación de la consumación satisfaga presupuestos de imputación que son específicamente sensibles al fundamento de ese efecto excluyente de la punibilidad, y de cuya satisfacción depende que ese mismo

¹⁷ Al respecto, *infra*, VII.

comportamiento pueda ser interpretado como una toma de posición a favor de la norma (ya) quebrantada¹⁸. Para organizar sistemáticamente esos presupuestos, es posible echar mano a la distinción entre los niveles de una *imputatio facti* y una *imputatio iuris*, aunque adaptándolos a la especificidad del valor declarativo “positivo” del comportamiento imputable como desistimiento. En el primer nivel de imputación, la pregunta consiste en si la evitación o el impedimento de la consumación puede ser imputada al agente como un desistimiento de la respectiva tentativa. Esto depende, crucialmente, de la medida en la cual el agente haya puesto su capacidad de acción al servicio del objetivo de evitar o impedir la consumación del delito respectivo. En el segundo nivel de imputación, por su parte, se trata de si el desistimiento es imputable al agente como una toma de posición motivacionalmente autónoma a favor de la norma. Es en este nivel donde queda radicada la pregunta por el sentido y alcance de la exigencia de voluntariedad que ha de satisfacer el desistimiento.

IV. LA IMPUTACIÓN DE LA EVITACIÓN DE LA CONSUMACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA INACABADA

De acuerdo con lo ya sostenido, como desistimiento de una tentativa inacabada ha de resultar imputable un comportamiento a través del cual el agente cumpla el deber situacionalmente fundamentado por la norma ya (inicialmente) quebrantada. De ahí que semejante desistimiento tenga que identificarse con la realización de la alternativa de comportamiento por la cual el agente no se decidió al desplegar el comportamiento a través del cual quedó iniciada la tentativa en cuestión. Y más precisamente: como desistimiento de una tentativa inacabada solo puede resultar imputable un comportamiento que sea interpretable como la renuncia a aprovechar exhaustivamente la oportunidad con la cual contaba el agente, según su representación de las circunstancias, para realizar antijurídicamente el tipo¹⁹. Esto exige, desde luego, que el agente se represente como existentes circunstancias de cuya existencia dependería que la consumación todavía sea posible. Pero es asimismo necesario que el comportamiento del agente sea interpretable como la renuncia intencional a condicionar suficientemente la consumación. Esto quiere decir que la evitación de la consumación tiene que corresponderse

¹⁸ Para lo que sigue, MAÑALICH, “El desistimiento ... como evitación o impedimento ...”, ob. cit., pp. 797 ss., con referencias ulteriores.

¹⁹ Con mayor detenimiento, MAÑALICH, “El desistimiento ... como evitación o impedimento ...”, ob. cit., pp. 800 ss.

con una *intención* con la cual el agente haya desplegado el comportamiento a través del cual cumpliera el deber ya inicialmente infringido. De esto último dependerá que la evitación de la consumación pueda ser interpretada –en el segundo nivel de imputación– como un reconocimiento *positivo* de la norma quebrantada como razón vinculante.

La imputabilidad de la evitación de la consumación como desistimiento de una tentativa inacabada no depende de que aquella tenga lugar “de propia mano”. Esto quiere decir que, bajo ciertas condiciones, el comportamiento inmediato de otro agente puede resultar imputable al autor de la tentativa como su *propio* desistimiento de esta. Pero esas condiciones no pueden identificarse con las condiciones de cuya satisfacción dependería que un comportamiento potencialmente delictivo fuera imputable a título de autoría mediata. Esto debería ser suficientemente claro tratándose del posible desistimiento de la tentativa inacabada de un delito omisivo. Pues, que en general el cumplimiento de un deber no necesite ser “personalísimo”, se traduce en que el autor pueda desistirse por la vía de lograr que algún otro agente ejecute la acción a cuya ejecución aquel se encuentra todavía obligado. Y a diferencia de lo que es propio de una autoría mediata, ello no depende de que ese otro agente, a través de cuyo comportamiento inmediato se ve cumplido ese deber, no pueda ser considerado como (plenamente) responsable de ello. Así, la exhortación que el garante dirige a otro agente para que este ejecute la acción de salvamento de la potencial víctima puede bastar, sin más, para que al primero sea atribuible el *cumplimiento* de su propio deber de garantía, también cuando este cumplimiento puede corresponderse con el desistimiento de la tentativa (inacabada) del respectivo delito omisivo.

En lo tocante al posible desistimiento de una tentativa inacabada, otro problema especialmente difícil lo plantean los casos en los que se habla de la “realización de una finalidad extratípica”²⁰. Ejemplo: A, que acaba de perpetrar el atraco de un banco, busca escapar raudamente, para lo cual necesita llegar hasta una calle aledaña, donde se encuentra estacionado el automóvil con el que pretende huir del lugar; A divisa entonces al funcionario policial P, y se decide a disparar en su contra, para así amedrentarlo y lograr llegar hasta su vehículo; tras efectuar A un primer disparo, P sube sus manos y grita a A que no está armado; sin efectuar un segundo disparo, A guarda su pistola y sale corriendo en dirección hacia su auto. En la medida en que el caso sea visto

²⁰ Al respecto, MAÑALICH. “El desistimiento ... como evitación o impedimento ...”, ob. cit., pp. 790 ss., 794 ss., con múltiples referencias posteriores.

desde la perspectiva provista por la tesis de la consideración global²¹, cuando A renuncia a efectuar un segundo disparo la tentativa asociada al primer disparo tendría que caracterizarse como “todavía” inacabada. Con ello, aparentemente habría que identificar esa renuncia a efectuar el segundo disparo con un desistimiento de esa misma tentativa. Frente a esto, son múltiples las propuestas doctrinales que convergen en cuanto a que, en un caso como este, lo correcto sería negar que semejante “abandono del hecho” admita ser visto como un desistimiento de la correspondiente tentativa inacabada. Como se intentará mostrar a continuación, la clave para alcanzar esta solución se encuentra en la consideración siguiente: la realización del objetivo perseguido por el agente –en nuestro caso: el propósito de A de neutralizar el eventual impedimento de su huida por parte de P– excluye la posibilidad de seguir reconociendo la existencia de una tentativa de la cual aquel pudiera todavía desistirse.

Contra lo que pudiera asumirse, en un caso como el recién considerado no cabe caracterizar la tentativa en cuestión como fallida. Esto se sigue de que, cuando A constata que la finalidad “extratípica” por él perseguida se ha visto realizada, A tiene por existentes circunstancias en las cuales la consumación se presenta como todavía posible. Antes bien, la clave se encuentra en que esa finalidad extratípica se corresponde con la intención “última” para cuya realización el agente se habrá formado la respectiva intención “medial”, constitutiva de la respectiva resolución al hecho²². En el caso ya considerado, la circunstancia de que la finalidad de llegar hasta su automóvil sin enfrentar la oposición de P se haya visto realizada determina que a A ya no pueda adscribirse la intención (constitutiva de la correspondiente resolución al hecho) de disparar contra P. Esto quiere decir que, en casos de esta índole, no es pertinente la pregunta de si la “no-insistencia” del agente en realizar la resolución al hecho que él previamente se formara admite ser interpretada como el desistimiento de la correspondiente tentativa. Pues la realización de esa intención última, advertida por el agente, suprime la base para que al agente “todavía” se atribuya la intención que pudiera desempeñar el rol de una resolución al hecho. Esto último impide afirmar que la tentativa constituida por la materialización de esa previa resolución al hecho siga siendo una tentativa actual, y así una tentativa susceptible de ser actualmente desistida a través del correspondiente “abandono del hecho”.

²¹ Véase MAÑALICH. “La estructura de la tentativa punible ...”, ob. cit., pp. 30 ss.

²² Acerca de esta noción, MAÑALICH, “La estructura de la tentativa punible ...”, ob. cit., pp. 33 ss.

V. LA IMPUTACIÓN DEL IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE UNA TENTATIVA ACABADA

Ya se sostuvo que el potencial desistimiento de una tentativa acabada tiene que identificarse con un impedimento relativamente *supererogatorio* de la consumación. Esto se traduce en que la fijación de sus condiciones de imputación sea particularmente intrincada²³. Con todo, algunas de esas condiciones pueden obtenerse de una adaptación de las condiciones de imputación recién consideradas, a propósito del desistimiento de una tentativa inacabada. Así, para que el impedimento de la consumación sea imputable como un desistimiento de una tentativa acabada es necesario que el agente se represente como existentes circunstancias de cuya existencia dependa que la consumación del delito aparezca como todavía posible, en la creencia de que el comportamiento ya desplegado sería suficiente para condicionar esa misma consumación. Adicionalmente, el impedimento de la consumación necesita ser intencional, pues solo así ese comportamiento podrá ser racionalizado como expresivo de un reconocimiento de la norma como razón vinculante. Por otra parte, aquí también hay que admitir que un impedimento de la consumación inmediatamente atribuible a otro agente puede ser imputable como desistimiento al agente responsable de la tentativa en cuestión, en la medida en que el comportamiento del primero sea interpretable como una “prestación” efectuada por cuenta del segundo. La medida en la cual esto último sea posible, empero, depende de los presupuestos que, en términos más generales, tienen que verse satisfechos para que comportamiento impeditivo de la consumación pueda ser imputado como un desistimiento de una tentativa acabada.

Respecto de la cuestión recién planteada, tradicionalmente compiten dos concepciones fundamentales. Según la llamada “solución del resultado [impeditivo]”, bastaría con que el agente preste una contribución a que el delito en definitiva no se consume. Esto equivale a decir que cualquier ejercicio de capacidad de acción –por mínimo que sea– por parte del agente responsable de la tentativa sería suficiente, a condición de que su comportamiento muestre eficacia impeditiva de la consumación. En el polo opuesto encontramos la “solución de la prestación óptima”, que exige que el agente se decida a favor de la alternativa de comportamiento más segura, según su propia representación de las circunstancias, para impedir la consumación. Ninguna de estas dos posiciones puede estimarse satisfactoria. Para mostrar por qué, consideremos el caso que dio lugar a un muy importante pronunciamiento del Tribunal Supremo

²³ Para lo que sigue, MAÑALICH, “El desistimiento ... como evitación o impedimento ...”, ob. cit., pp. 802 ss.

Federal alemán (“BGH”) a este respecto:²⁴ el acusado A golpeó la cabeza de su mujer M con diferentes objetos, finalmente con una silla, hasta que las patas de la silla se quebraron y la mujer se vino abajo, sangrando a consecuencia de múltiples heridas craneanas; A condujo a M con su vehículo hasta un lugar relativamente cercano a la entrada lateral de un hospital, dejando que M se bajara allí, para después alejarse del lugar y así no tener que enfrentarse a las preguntas del personal del hospital; algo más tarde, unos transeúntes encontraron a M inconsciente, junto a un arbusto próximo a la entrada principal del hospital, y se ocuparon de que ella fuera ingresada y recibiera atención médica, logrando ser mantenida con vida frente al (serio) peligro de una falla cardiorrespiratoria que enfrentaba. Haciendo suya la solución de la prestación óptima, el BGH validó la decisión que había sido alcanzada por el tribunal de instancia, desestimando la alegación de que la tentativa acabada de homicidio, imputable a A, hubiera quedado desistida. No obstante la eficacia de su comportamiento posterior a la agresión potencialmente letal para impedir la consumación, según el BGH A se habría decidido a favor de una alternativa de comportamiento “subóptima” para asegurar ese impedimento, dejando así “espacio al azar, allí donde él p[udo] evitarlo”.

En congruencia con la decisión adoptada por el BGH, cabe observar que la mera contribución del comportamiento (posterior) de A a que M en definitiva no muriera no era susceptible de ser imputada como un desistimiento de la tentativa acabada de homicidio. En tal medida, es acertado el rechazo de la solución del resultado. Que el traslado de M hasta un lugar cercano al hospital haya contribuido al no-acaecimiento de su muerte, es enteramente compatible con que esa acción de A tenga el estatus de una acción meramente *auxiliar* en relación con la correspondiente acción de salvamento. Esto último no basta, sin embargo, para descartar que el salvamento de la vida de M, inmediatamente practicado por los miembros del equipo médico, hubiera podido ser imputado a A como una “prestación” propia, y así como un desistimiento de su tentativa acabada de homicidio. Pero para esto habría sido imprescindible que la atención médica recibida por M fuera interpretable como prestada *por cuenta* de A. Y esto último tendría que entenderse descartado por la circunstancia de que A haya dejado entregada la eventualidad de esa atención médica a la contingencia de que M misma o –como en efecto ocurrió– algún tercero asegurara que esa atención médica en efecto llegara a ser prestada, sin haber ejercido influjo alguno en pos de ese aseguramiento del salvamento. Ello impide ver a A como *primariamente responsable* por la

²⁴ BGH, 27/04/1982, 1 StR 873/81.

efectiva materialización de esa posibilidad de salvamento, puesto que ese salvamento se correspondió con el resultado de un ejercicio de agencia ajena *no reconducible* a la agencia de A.

El argumento precedente conduce a negar que, en el caso ya considerado, su contribución a la no-consumación del delito pudiera ser imputada a A como un desistimiento de la respectiva tentativa. Esto coincide con la aplicación que, en referencia al mismo caso, el BGH hizo de la solución de la prestación óptima. Pero se trata de una mera coincidencia. Bajo la aproximación aquí favorecida, la solución de la prestación óptima tampoco puede estimarse satisfactoria. Pues 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 a la persona responsable de esa misma tentativa. Y esto no necesariamente presupone que el agente se decida por la alternativa de comportamiento situacionalmente óptima para el impedimento de la consumación. Para advertir por qué, considérese la siguiente variación del mismo caso: después de propinar la golpiza a M, A opta por conducirla hasta la puerta del hospital para así hacer más patente su arrepentimiento, en vez de llamar telefónicamente para activar un rescate en ambulancia, a pesar de que, como él mismo lo asumiera, esto último habría llevado a que M recibiera asistencia médica efectiva más tempranamente. En este caso, la solución de la prestación óptima tendría que llevar a desconocer una exclusión de la punibilidad de la tentativa por desistimiento. El criterio aquí presentado, en cambio, haría imputable a A el impedimento de la consumación del homicidio como desistimiento de la correspondiente tentativa²⁵.

VI. LA IMPUTACIÓN DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA IMPUTABLE A VARIOS INTERVINIENTES

Ya se ha examinado cómo es posible que la evitación o el impedimento de la consumación, imputable a una persona como el desistimiento de la respectiva tentativa, eventualmente tenga lugar a través del comportamiento inmediato de una persona distinta de aquella. Esta posibilidad también necesita ser tenida en cuenta de cara a los casos en los cuales, tratándose de una tentativa imputable a dos o más cointervinientes, la consumación del delito es evitada o impedida a través del comportamiento de uno o más de

²⁵ Por supuesto, esto dejaría intacta la punibilidad por el delito consumado de lesión corporal del cual A sería, asimismo, autor.

ellos, mas no de todos²⁶. Ya se observó que, si el desistimiento es entendido como una excusa absolutoria, la exclusión de la punibilidad de la respectiva tentativa es estrictamente relativa a la persona a la cual el desistimiento sea imputable²⁷. Eso explica que la evitación o el impedimento de la consumación por parte de uno de los cointervinientes en el hecho deje intacta, en principio, la punibilidad de la tentativa para los demás, a menos que ese mismo comportamiento pueda ser interpretado como desplegado, al mismo tiempo, por cuenta de uno o más de ellos.

El hecho de que todo desistimiento de una tentativa tenga que satisfacer el ya considerado requisito de eficacia se traduce en que el desistimiento imputable a uno o más de los cointervinientes en la correspondiente tentativa tenga que consistir en la evitación o el impedimento de la consumación, y no meramente en la “remoción” o la “neutralización” de la propia contribución individual a la potencial realización antijurídica del tipo. Para ejemplificar el problema, considérese el caso siguiente: A y B se han decidido a matar a V, por la vía de sorprenderlo con una emboscada para entonces abatirlo a golpes con sendos bates de madera; cuando ya se encuentran propinando la golpiza a V, B experimenta un súbito remordimiento de conciencia que lo hace abandonar el lugar, en tanto que A permanece fustigando a V durante algo más de medio minuto, hasta que el suceso es advertido por algunos transeúntes que logran sujetar a A y así salvar a V.

En la medida en que los golpes sufridos por V no hayan alcanzado a generar un riesgo de muerte para este, estando A al tanto de ello al momento de ser reducido por los transeúntes, a A y B sería imputable una tentativa inacabada de homicidio, de la cual B *no* se habrá desistido al abandonar el lugar mientras A proseguía con la golpiza. En virtud de la relación de coautoría existente entre A y B, la evitación de la consumación dependía de la omisión de cualquier combinación potencialmente letal de golpes que cualquiera de ellos pudiera descargar sobre V. Y el retiro unilateral de B del lugar de la golpiza es insuficiente, por sí mismo, para configurar semejante omisión de una ulterior secuencia de golpes potencialmente letal para V. De ahí que si, después de que B hubiese dejado el sitio, y tras propinar algunos golpes adicionales sobre V, A hubiera decidido no proseguir con la paliza, antes de alcanzar a ser descubierto por los transeúntes, esa evitación de la consumación habría sido imputable como desistimiento únicamente a A, y no a B. Pues, en esta última variación

²⁶ Sobre el problema, ORTIZ, *ob. cit.*, pp. 395 ss., 397 ss. Para lo que sigue, más detalladamente, MAÑALICH, “El desistimiento ... como evitación o impedimento ...”, *ob. cit.*, pp. 806 s.

²⁷ *Supra*, II.

del caso, sería A a quien, de manera exclusiva, cabría atribuir la renuncia al aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para dar muerte a V²⁸.

El problema recién analizado necesita ser claramente distinguido de la pregunta que suscitan los casos en los cuales un *potencial* cointerviniente “desacopla” su comportamiento del eventual hecho, antes del momento en que, en retrospectiva, se haya visto iniciada la tentativa en cuestión²⁹. Pues, en la medida en que tal desacoplamiento dé lugar a la supresión de la base para una imputación del todavía no actualizado quebrantamiento de la norma a su respecto, la consecuencia de ello será que esa persona no se constituirá como interviniente en el delito eventualmente tentado. Ejemplo: habiéndose A y B puesto de acuerdo para encontrarse a una cierta hora de un cierto día para materializar la emboscada contra V, B opta (sin informar de ello a su compañero) por no aparecer en el lugar. Si, no obstante ello, A se resolviera a acometer el ataque contra V de todas formas, alcanzando a dar inicio a una tentativa de homicidio, esta no sería imputable a B en coautoría. Esto, porque en tal caso el único autor de esa tentativa de homicidio sería A (*qua* autor directo). Lo anterior es obviamente compatible con que, en el mismo caso, B pudiera tener responsabilidad comprometida bajo un título de intervención diferente, verbigracia, como inductor del homicidio tentado. Esto, en la medida en que, a través de la mera planificación conjunta del hecho, cada uno de ellos hubiera alcanzado a determinar al otro a perpetrar el homicidio así proyectado.

VII. LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO

Según ya se anticipara, la exigencia de voluntariedad puede ser entendida como el criterio que controla la imputabilidad del desistimiento en el segundo nivel de imputación, esto es, en el nivel de la *imputatio iuris*. Esto quiere decir que de la satisfacción de ese criterio depende que el desistimiento sea *definitivamente* atribuible al agente como una toma de posición a favor de la norma ya quebrantada³⁰. Es usual que en el análisis de la exigencia de volun-

²⁸ Y al revés: si, todo lo demás siendo igual, A hubiera alcanzado a golpear a V hasta producir su muerte, entonces la circunstancia de que el retiro unilateral de B no afecte la base para la imputación recíproca del comportamiento delictivamente relevante de cada uno llevaría a que el respectivo homicidio *consumado* fuera imputable a ambos, a título de coautoría.

²⁹ Lo que sigue presupone la adopción de la llamada “solución global” para la determinación del inicio de la tentativa imputable a dos o más coautores; al respecto, MAÑALICH, Juan Pablo. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 28 (2021), e3480, sección 2.2.

³⁰ Para lo que sigue, y con mayor detenimiento, MAÑALICH, Juan Pablo. “La voluntariedad del desistimiento como ‘ortonomía’ motivacional”, en ACEVEDO, Nicolás; COLLADO, Rafael y

tariedad del desistimiento sean contrastadas una “concepción psicológica” y diversas variantes de una “concepción normativa” (o “valorativa”)³¹. En lo fundamental, la disputa suele ser presentada en términos de si para la caracterización del respectivo desistimiento como voluntario sería necesario valorar “éticamente” el o los motivos que expliquen la decisión del agente a favor de evitar o impedir la consumación del delito. Mientras que la concepción psicológica, ampliamente mayoritaria en el debate doctrinal chileno, responde negativamente esa pregunta, una concepción normativa tendría que responderla afirmativamente. Como se intentará mostrar a continuación, el problema no queda adecuadamente planteado de este modo. Dada la función del desistimiento como condición negativa de la punibilidad de la tentativa, la comprobación de su voluntariedad necesita ser sensible al fundamento sobre el cual reposa la correspondiente exclusión de la punibilidad de la tentativa. Esto último es manifiestamente pasado por alto por la concepción psicológica del requisito de la voluntariedad. Pero de ello no se sigue que la comprobación de la voluntariedad del desistimiento dependa de una valoración *ética* de la base motivacional del agente.

Para que un comportamiento constitutivo de desistimiento resulte expresivo de un reconocimiento positivo de la norma quebrantada como razón vinculante, es necesario que ese comportamiento pueda ser positivamente racionalizado como motivado por la norma en cuestión. Sobre esta base, la voluntariedad del desistimiento puede ser identificada con el despliegue de una capacidad de autodeterminación, fundante de responsabilidad personal por un comportamiento obligatorio o (relativamente) supererogatorio, según corresponda. En contra de lo usualmente asumido por los defensores de la variante de concepción normativa –político-criminalmente orientada– conocida como la solución del “fin de la pena”, el desistimiento no puede ser entendido como un genérico “regreso a la legalidad” por parte del agente. Antes bien, y como ya se sostuviera, el desistimiento tiene que ser entendido como la *revisión* de un quebrantamiento, todavía no declarativamente inequívoco, de la norma en cuya contravención consiste el delito respectivo. Pero la tesis de que el desistimiento de una tentativa será imputable como voluntario si y solo si aquel puede ser positivamente racionalizado como motivado por la norma quebrantada parece tener una implicación difícilmente aceptable, a saber: que la voluntariedad

MAÑALICH, Juan Pablo (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago: Thomson Reuters (2020), *passim*.

³¹ Al respecto, ORTIZ, ob. cit., pp. 391 ss.; en específica referencia al desistimiento de la tentativa inacabada, POLITOFF, ob. cit., pp. 231 ss.

del desistimiento dependería del conocimiento (preciso) de esa norma. Esto parece altamente implausible. Pues semejante conocimiento de la respectiva norma singular ni siquiera es necesario para que al agente pueda adscribirse la conciencia de la ilicitud que sería *ceteris paribus* suficiente para una atribución de culpabilidad –en la forma de una imputación “ordinaria”– por la tentativa de cuyo desistimiento se trata³².

Para superar la dificultad recién apuntada, es importante advertir que toda norma de comportamiento puede entenderse apoyada en un conjunto (más o menos vasto) de razones subyacentes. Estas son las razones que pueden ser esgrimidas para justificar sustantivamente la decisión legislativa consistente en poner en vigor esa norma (pudiendo esa puesta en vigor de la norma de comportamiento ser coincidente con su reforzamiento punitivo a través de una norma de sanción). En la medida en que en la respectiva norma se ven reflejadas esas razones subyacentes, es posible atribuir una motivación conforme con la norma al agente que evita o impide la consumación motivado por una razón susceptible de ser reconducida al respectivo conjunto de razones subyacentes. De ahí que, en contra de lo que resolviera la Corte de Apelaciones de Concepción por sentencia de 31 enero de 2014³³, pueda afirmarse la voluntariedad del desistimiento de una tentativa –erróneamente tenida por acabada– de femicidio, condicionado por la súplica que la hija en común del autor y la víctima dirigiera al primero para que este interrumpiera la golpiza y el estrangulamiento que se encontraba ya desplegando sobre la segunda. Pues el ejercicio de “coacción moral” que la corte tomó como base para negar que el abandono de la ejecución de la acción homicida hubiera sido voluntario admite ser redescrito, más bien, como una exhortación que apelaba a una razón –a saber: la valía de la vida de la mujer agredida– que es congruente con la finalidad de protección atribuible a la prohibición del homicidio.

De lo anterior se sigue, *a contrario sensu*, que una motivación conforme con la norma tendría que tenerse por excluida siempre que el motivo que explica el desistimiento no admita ser reconducido a ese mismo conjunto de razones subyacentes. Esto logra dar cuenta de que, en la *praxis*, la atribución de voluntariedad pueda operar en la forma de un juicio negativo, a saber: en la forma de un juicio que se reduce a la constatación (negativa) de que el desistimiento no queda explicado por un motivo incompatible con el reconocimiento positivo de la norma como razón vinculante. Esto es consistente con que, en el mismo sentido en que el inc. 2º del art. 1º hace de la voluntariedad –*qua*

³² Véase MAÑALICH. “El delito como injusto culpable ...”, ob. cit., pp. 98 ss., 102 ss.

³³ Corte de Apelaciones de Concepción, 31/01/2014, rol N° 732-13.

“culpabilidad”– del respectivo hecho punible el objeto de una presunción legal derrotable³⁴, la voluntariedad del desistimiento pueda ser tratada como el objeto de una presunción *iuris tantum*. Esta presunción solo resultará derrotada en la medida en que el órgano persecutor demuestre, más allá de toda duda razonable, la existencia de circunstancias de hecho que vuelvan reconocible que la evitación o el impedimento de la consumación del delito estuvo motivada por una razón incompatible con una toma de posición a favor de la norma en cuyo quebrantamiento consiste la tentativa de ese mismo delito.

BIBLIOGRAFÍA

- GARRIDO, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1984).
- MAÑALICH, Juan Pablo. “El delito como injusto culpable. Sobre la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la antijuridicidad en el derecho penal chileno”, en *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIV, N° 1 (2011), pp. 87-115.
- _____. *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Santiago: Thomson Reuters (2018).
- _____. “El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma. Una aplicación del modelo del delito imperfecto”, en *InDret*, 3.2020, (2020), pp. 260-284.
- _____. “El desistimiento de la tentativa como evitación o impedimento imputable de la consumación”, en *Política Criminal*, 15, 30 (2020), pp. 780-810.
- _____. “Situación-de-deber y acabamiento de la tentativa”, en HILGENDORF, Eric; LERMAN, Marcelo y CÓRDOBA, Fernando (coords.), *Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Berlín: Duncker & Humblot (2020), pp. 563-575.
- _____. “La voluntariedad del desistimiento como ‘ortonomía’ motivacional”, en ACEVEDO, Nicolás; COLLADO, Rafael y MAÑALICH, Juan Pablo (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago: Thomson Reuters (2020), pp. 297-320.
- _____. “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 28 (2021), e3480.

³⁴ Véase MAÑALICH. “El delito como injusto culpable ...”, ob. cit., pp. 111 ss.

- _____. “La estructura de la tentativa punible: el modelo del delito imperfecto”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. XLVIII, N° 3 (2022), pp. 11-44.
- NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, (2005).
- ORTIZ, Luis. “Desistimiento de la tentativa y codelinquencia”, en CÁRDENAS, Claudia y FERDMAN, Jorge (coords.), *El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, Santiago: Thomson Reuters, (2016), pp. 381-409.
- POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1999).