

Desistimiento de la tentativa.
Su consideración a la luz de la distinción entre norma
de comportamiento y norma de sanción (1)

FEDERICO MONTERO

Investigador pre-doctoral en Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

RESUMEN

Para el análisis de la naturaleza jurídica del desistimiento de la tentativa, el artículo incorpora la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción (I). A partir de esa perspectiva, se resumen los postulados de aquellas posiciones que entienden al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma (II. 1) y se presentan las principales objeciones contra ellas (II. 2). Por último, se esgrimen algunos de los argumentos sistemáticos de la hipótesis de base: el desistimiento debe considerarse un presupuesto negativo de aplicación de la norma secundaria; como consecuencia, su concurrencia impide al Estado imponer la pena de la tentativa (III).

Palabras clave: teoría de las normas, norma de comportamiento, norma de sanción, tentativa, desistimiento de la tentativa, equivalentes funcionales de la pena, retribución.

(1) El contenido del trabajo coincide, en gran medida, con la ponencia presentada en la segunda edición del «Premio Susana Huerta», organizado por la Universidad Complutense de Madrid. Los miembros del tribunal (Prof. Martínez Escamilla, Molina Fernández y García Valdés) lo juzgaron merecedor del primer premio y formularon valiosos comentarios que, junto a las observaciones de los Prof. Silva Sánchez, Robles Planas y Palermo (así como también de Mauro Roccasalvo y Vicente Valiente Ivañez), contribuyeron a darle forma definitiva. A todos ellos, un especial agradecimiento.

ABSTRACT

In order to analyse the legal nature of the abandonment of a criminal attempt, the article incorporates the widespread distinction between “conduct rules” and “decisions rules” (I). From this perspective, I summarize those accounts that interpret the abandonment as a negative condition of the perpetration of a crime –the infringement of the rule of conduct– (II. 1) and develop the main objections against them (II. 2). Finally, I present some systematic arguments that support the following basic hypothesis: an attempt’s abandonment should be considered a negative condition of the decision rule –blocking the possibility to apply this rule– and, as a consequence, the State loses its right to the infliction of punishment due to the previous attempt (III).

Keywords: theory of norms, rule of conduct, decision rule, attempt, abandonment of attempt, functional equivalents of punishment, retribution.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.–II. El desistimiento como presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento: 1. Breve exposición. 2. Los problemas: A. Las modalidades del desistimiento como reverso de la tentativa acabada e inacabada. B. La intervención delictiva. C. Desistimiento y deber de garante por injerencia ¿un sistema cerrado de imputación? D. Los requisitos objetivos del desistimiento: efectiva evitación del resultado y criterios de imputación. E. El requisito subjetivo del desistimiento: la voluntariedad.–III. El desistimiento como presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción.–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A mediados del siglo pasado, las «teorías jurídicas» sobre el desistimiento hicieron resurgir la tesis de la consideración global (según la cual, tentativa y desistimiento deben analizarse como una unidad valorativa) (2) y la comprensión del instituto como un obstáculo para el nacimiento del injusto culpable de tentativa. (3) A pesar

(2) Esta idea no es propia del siglo XX; de hecho, el Código Penal Prusiano de 1851 hacía referencia al desistimiento voluntario en la propia definición de tentativa (SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1997, p. 140). Véase, con mayores referencias, ROXIN, C., 2014, § 30/29 y ss., § 30/187 y ss. Las teorías jurídicas supusieron, entonces, un fuerte cuestionamiento tanto de la tesis de la consideración individual (partidario de esta tesis, JAKOBS, G., 1997 (a), p. 332 y nota 13) como también del fundamento «político-criminal» del instituto. Desde una perspectiva distinta, HAAS, V., ZStW (123), pp. 245 y ss., concibe a la tentativa y al desistimiento como dos partes integrantes de una «única figura de imputación».

(3) Sobre el particular, en detalle, SCHUMANN, A., 2006, pp. 72 y ss.

de no contar con muchos adeptos en la actualidad, debe reconocerse a esas «teorías jurídicas» –al menos– lo siguiente: desde su aparición, los estudios sobre el desistimiento comenzaron a prestar atención (en mayor o menor medida) a la ubicación sistemática del instituto en el marco de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. (4)

«Se debate entonces si el desistimiento constituye [a] un elemento negativo del tipo de la tentativa (5) (ya del tipo subjetivo, como reverso del dolo de la tentativa, ya del tipo objetivo, como inversión del peligro creado); [b] una causa de exclusión de la antijuridicidad (que se entiende «sometida a condición»); (6) [c] un presupuesto negativo del juicio de culpabilidad (distinguiéndose entre quienes lo consideran una causa de exclusión de la misma (7) y aquellos que lo entienden como una verdadera causa de exculpación); [d] o una causa de exclusión de la punibilidad de la tentativa». (8)

En lo que sigue; sin embargo, se prescinde de esta «ubicación dogmática» (9) y se propone un punto de vista distinto para la consideración del problema que, en esencia, toma como punto de referencia la distinción básica entre norma de comportamiento y de sanción. Desde esta perspectiva, el debate debe quedar planteado del siguiente modo: el desistimiento puede considerarse un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento o, por el contrario, puede constituir un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción (de la tentativa). Cambiar el punto de referencia es, en mi opinión, necesario para comprender los postulados básicos de las nuevas posiciones teóricas en materia de desistimiento de la

(4) Destacando la actualidad de los aportes materiales de esas teorías jurídicas, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 44.

(5) Durante el siglo XX, los exponentes más importantes de estas ideas fueron, v. HIPPEL, R., 1966, *passim*; LANG-HINRICHSSEN, D., 1969, pp. 352 y ss.; y v. SCHEURL, G., 1972.

(6) Desde esta perspectiva, la conducta solo se considera antijurídica cuando produce el *resultado* previsto por el tipo. Por tanto, el desistimiento se presenta como una conducta que elimina alguna de las condiciones causales necesarias para la producción del resultado. En esta línea, BINDING, K., 1877, p. 251.

(7) Respecto de lo primero, el principal exponente ha sido ROXIN, C., 2014, § 30/29; en la línea segunda, ULSSENHEIMER, K., 1976, *passim*. Una crítica detallada en SCHUMANN, A., 2006, pp. 132 y ss.

(8) Esto último depende, como es lógico, de si se reconoce o no a la punibilidad como una categoría dogmática autónoma en el propio concepto de delito.

(9) La ubicación sistemática, como señala SCHÖNKE, A., /SCHRÖDER, H., 2010, § 24/4, está estrechamente vinculada a la *ratio* o fundamento del instituto, pero de esto no nos podemos ocupar aquí. Sobre la ubicación sistemática del desistimiento, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 43 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 45 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 217 y ss. y 267 y ss.; DAVID, A., 2009, pp. 97 y ss.; SCHUMANN, A., 2006; SCHUMANN, A., *ZStW* (130), pp. 1-22.

tentativa (*infra*, II. 1) y advertir sus potenciales deficiencias (*infra*, II. 2). A partir de allí, se esquematizan algunos de los argumentos sistemáticos por los que considero que el desistimiento constituye un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción de la tentativa (*infra*, III).

II. EL DESISTIMIENTO COMO PRESUPUESTO NEGATIVO DEL QUEBRANTAMIENTO CULPABLE DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO

1. Breve exposición

El abandono de las «teorías jurídicas» sobre el desistimiento se debió a que, para explicar la impunidad que ese instituto acarrea, sus defensores recurrieron principalmente a «*ficciones*»: es evidente que un comportamiento posterior a la tentativa no puede *eliminar* (o probar la *inexistencia* de) una voluntad criminal ya manifestada o una puesta en peligro ya acaecida. (10) A pesar de su formal abandono, muchos autores de orientación normativista siguen concibiendo al desistimiento como un presupuesto negativo del injusto culpable de tentativa. Incorporando la perspectiva de la teoría de las normas, afirman que si el autor desiste, no hay quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento de la tentativa. Para fundamentar esa afirmación, a diferencia de las «teorías jurídicas», las construcciones dogmáticas modernas sostienen que –en verdad– no se trata de suprimir nada del mundo: los *hechos* existieron pero, a raíz del desistimiento, no constituyen una *tentativa*; dicho a la inversa: el quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa solo es tal cuando esta *no ha sido desistida*. Me interesa mencionar aquí, a fines expositivos, las premisas básicas de dos modelos teórico-sistemáticos en esta línea.

[a] Pozuelo Pérez considera que si bien el desistimiento no puede eliminar la antijuridicidad del comportamiento ya ejecutado, sí puede impedir la configuración del *tipo legal (penal)* de tentativa; el desistimiento convierte la conducta del agente (globalmente conside-

(10) Que el desistimiento es siempre un comportamiento posterior al hecho de la tentativa, no puede ser seriamente discutido. Véase, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 47.

rada) en algo *jurídico-penalmente irrelevante*. (11) Para explicar esto, debe recordarse que la autora define a la tentativa como «el fracaso de una consumación», (12) de manera tal que si el agente revoca voluntariamente el riesgo, no fracasa sino que desiste y, por tanto, no hay tentativa. (13) Desde el punto de vista de la teoría de las normas, que es el que aquí interesa, Pozuelo Pérez sostiene que [el deber originariamente impuesto por] la norma de comportamiento puede ser cumplida de dos maneras diferentes. De modo «tradicional», mediante el no inicio de actos ejecutivos; o de modo «extraordinario» (una vez que se ha dado inicio a la ejecución), mediante el desistimiento; son dos modalidades diferentes pero «en ambos casos se trata de un deber idéntico». (14) Quien desiste, entonces, cumple el mismo deber cuya infracción había iniciado: «el desistimiento ha *de entenderse como el cumplimiento de la norma en concreto*», eliminando la relevancia jurídico-penal del comportamiento y el merecimiento de pena. (15)

[b] La segunda línea, desarrollada recientemente por Dold, es un poco más compleja y considera que el desistimiento *impide* la configuración del *injusto de tentativa*. Explicar el planteamiento requiere aclarar primero que, para este autor, el injusto jurídico-penalmente relevante consiste en el quebrantamiento culpable de una norma de comportamiento cuyo contenido, en términos generales, prohíbe al ciudadano perder el control de los riesgos que haya creado de forma responsable. (16) A partir de allí, deben distinguirse dos clases de injustos de tentativa: quien ya ha perdido el control del riesgo, realiza una «tentativa cerrada»; quien todavía lo conserva, una «tentativa no cerrada». (17) En el primer caso, estamos ante un *injusto del hecho punible*, un quebrantamiento directo de la norma que, como tal, ya no

(11) El uso que hacemos aquí del término «tipo» es en sentido amplio, equiparado a la idea de *tipo legal* de tentativa (que por supuesto es más comprensivo que la noción de tipicidad estricta). Con base en la distinción entre antijuridicidad general y específicamente penal, MIR PUIG, S., 2016, L. 13/97, resume la idea del siguiente modo: «[el] *desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad ex ante ni, por tanto, la prohibición de la conducta. [...] Mas si se concibe –como aquí– el tipo como tipo de injusto penal (y no solo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior; sino solo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena*».

(12) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 243.

(13) La tentativa fracasada y el «intento» desistido solo se asemejan respecto de una cuestión fáctica (la no consumación), pero normativamente significan cosas completamente distintas.

(14) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 244.

(15) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 247.

(16) DOLD, D., 2017, pp. 45-46.

(17) DOLD, D., 2017, p. 45.

puede ser desistido; (18) en el segundo, se trata de una especie de *injusto ficticio* que, si bien no representa una infracción de la norma de comportamiento, permite al Estado tratar al agente *como si* la hubiera infringido. (19) Bajo estas premisas, el desistimiento de la «tentativa no cerrada» (o imperfecta) constituye, según el autor, una causa de impedimento del injusto del hecho punible, en la medida en que dicho comportamiento pareciera obstaculizar la configuración de un quebrantamiento directo de la norma: «en caso de desistimiento, el injusto de la tentativa [como caso particular del injusto del hecho punible] no se materializa». (20)

«Si bien el autor reconoce que el comienzo de ejecución y el desistimiento constituyen dos acciones analíticamente diferenciables, esto no obsta a que, bajo determinadas condiciones, (21) ambas pueden interpretarse como una unidad valorativa. En efecto, si se dan tales condiciones, estamos ante una toma de posición única frente a la norma de comportamiento que, en virtud del desistimiento, no puede considerarse infringida. Con el desistimiento, el autor emite una expresión que contradice la declaración negativa anterior y, en esa medida, su comportamiento resulta en sí mismo contradictorio. Ese carácter contradictorio implica que toda tentativa (no cerrada) desistida constituye un «enunciado perplejo», una *contradicto in*

(18) DOLD, D., 2017, p. 115: si se «ha infringido directamente una norma de comportamiento, el desistimiento no puede suprimir el injusto que ya se ha materializado». Esta restricción está vinculada a la idea *jakobsiana* de «modificación de un hecho todavía actual» y, en términos breves, implica que solo puede desistirse una tentativa en la que el autor todavía conserva el control del riesgo creado. Quien pierde el control del riesgo, por el contrario, ha realizado ya una toma de posición definitiva (de ahí el carácter «cerrado» de la tentativa) que lesiona directamente la norma de comportamiento. Véase JAKOBS, G., 1997 (a), pp. 325 y ss. Similar, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, pp. 673 y ss., aceptando que, en lo que él llama «tentativa irreversible», solo existiría un «desistimiento impropio». Con esa denominación, el autor se refiere a «cualquier acto posterior a la tentativa irreversible que reduzca el desvalor material del hecho delictivo» (p. 679), por lo que desistimiento propio, impropio, cumplimiento de deber de garante por injerencia, reparación, compensación, etc., quedan equiparados.

(19) DOLD, D., 2017, pp. 85 y ss.

(20) DOLD, D., 2017, p. 109. Similar, KÖHLER, H., 1997, p. 469, caracteriza al desistimiento (no como causa de impedimento sino) como causa de supresión del injusto (*Unrechtsaufhebungsgrund*).

(21) Acerca de las condiciones bajo las cuales el autor entiende que resulta legítima esa vinculación entre desistimiento (la acción posterior) y tentativa imperfecta (acción anterior con la que se ha dado comienzo a la ejecución sin perder todavía el control absoluto del riesgo), no cabe entrar aquí. Basta mencionar que el autor utiliza, para esa vinculación, las herramientas analíticas proporcionadas por el *linking principle* y el principio de la *identidad numérica* de las personas. Véase, DOLD, D., 2017, pp. 111 y ss.

adiecto que, desde el punto de vista comunicativo, “no es ningún enunciado”». (22)

Al margen de sus diferencias y la breve explicación, lo anteriormente expuesto alcanza para evidenciar lo que ya hemos adelantado: lo relevante en estos modelos no es tanto la ubicación sistemática del instituto en la teoría del delito, sino su *ubicación normológica*. En este sentido, el núcleo de ambos planteamientos radica en comprender al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de la tentativa. En el punto siguiente se resumen los problemas más relevantes que, según creo, aquejan a esta posición.

2. Los problemas

Un sector de la doctrina ha señalado que esta posición exhibiría una cierta contradicción conceptual: si el desistimiento impide el nacimiento de la tentativa, entonces se estaría impidiendo a sí mismo, pues la concurrencia de ese injusto es una condición necesaria para que exista, conceptualmente, el desistimiento. En breve: sin injusto de tentativa no hay nada que pueda ser desistido. (23) Los problemas que me interesa analizar, sin embargo, no son conceptuales sino dogmáticos. Y tales problemas se originan porque, en este esquema, es inevitable que el desistimiento se transforme (al menos en cierta medida) en un *reverso especular* del injusto culpable de tentativa. (24) En términos más bien formales, la idea es la siguiente: si ‘a’ es desistimiento, ‘b’ es el injusto culpable de tentativa, y resulta que el primero es un presupuesto negativo del segundo, entonces es posible concluir que «a = -b». Este difundido “*Spiegelbild-axiom*” (25) es lo que ha dado lugar a la idea de *contra-imputación* que reina en el desistimiento y que, en mi opinión, genera problemas no menores. A continuación, se resumen los más importantes.

(22) DOLD, D., 2017, p. 114: “*eine perplexen Aussage ist keine Aussage*”.

(23) En esta línea, MAURACH R./GÖSSEL, K./ZIPF H., 1995, § 41/9: «[el] desistimiento en nada afecta el delito intentado, sino más bien lo presupone»; AMELUNG, K., ZStW (120), p. 206, se refiere también al injusto de tentativa como la *situación objetiva* que la legislación presupone para desistir.

(24) En la doctrina española, partidario de esta concepción es MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 77-78: «el desistimiento voluntario no es más que el reverso del delito frustrado o intentado punible» (véase también p. 88 y p. 100).

(25) La expresión es de BLOY, R., *JuS*, p. 533; KOLSTER, H., 1992, p. 113, utiliza las expresiones «*Symmetrieverhältnis*» o «*Spiegelbildlichkeit*».

A. LAS FORMAS DEL DESISTIMIENTO COMO REVERSO DE LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA

El reverso especular entre tentativa y desistimiento se utiliza de forma recurrente para formular el siguiente paralelismo: las concretas formas que debe adoptar el desistimiento dependen del mayor o menor grado de ejecución fáctica que haya alcanzado el injusto de tentativa. De esta forma, a la hora de determinar el comportamiento exigible para conceder la impunidad por desistimiento, la distinción fáctica entre tentativa *inacabada-acabada* adquiere una relevancia fundamental. (26) Así las cosas, para desistir de la tentativa *inacabada* basta con «*hacer menos*» (*abandonar* la ulterior ejecución); mientras que, para desistir de la tentativa *acabada*, sería necesario «*hacer más*» (*impedir* la consumación).

El problema está en que, como es sabido, esa distinción está vinculada al pensamiento naturalista de que las omisiones no causan nada y que, por tanto, todo lo relevante tiene lugar durante la fase activa, finalizada la cual, pareciera que el hecho se sigue desarrollando automáticamente. En breve: tal distinción hace coincidir la tentativa *acabada* con la terminación de la fase activa y, con ello, se oculta un dato fundamental, a saber, que toda tentativa activa también tiene una fase omisiva (27) (lo cual se manifiesta, de forma particularmente gráfica, en los casos de autoría mediata). Una vez reconocido su corte naturalista, tal distinción no debería tener ninguna relevancia en la determinación del comportamiento exigible al agente para conceder impunidad por desistimiento. A decir verdad, el paralelismo fáctico señalado es bastante débil, pues se asienta en la poco convincente idea de que es posible entablar una relación proporcional entre el estadio de ejecución material del injusto y la actividad fácticamente necesaria para desistir. En función de esa relación pareciera que, a menor cantidad de ejecución de injusto, menos desistimiento se necesita; y a mayor cantidad de ejecución, más desistimiento se exige. Esta idea, de hecho, ha sido reiteradamente criticada por un sector importante de la doctrina y la jurisprudencia (28) e incluso caracterizada, directa-

(26) Conforme con el criterio tradicional, la tentativa está *acabada* cuando el autor ha realizado todo lo que, según su representación, era necesario para la producción del resultado; véase, con mayores referencias, WESSELS, J., 2018, § 14, IV, 3; MAURACH R./GÖSSEL, K./ZIPP H., 1995, § 41/15 y ss.

(27) Ha vuelto a destacar esta cuestión, recientemente, MOLINA FERNÁNDEZ, F., 2019, p. 675.

(28) La jurisprudencia española se ha expresado en numerosas ocasiones acerca de la inutilidad que presenta, en materia de desistimiento, la distinción clásica entre tentativa *acabada* e *inacabada*. En este sentido, la STS 804/2010 afirma que «la

mente, como un «falso problema». (29) Y es que, en verdad, «el concepto de delictum perfectum y la fórmula para la determinación a él asociada, no funcionan en el contexto del desistimiento». (30)

B. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Este problema ha sido señalado en diversas ocasiones por la doctrina: si el desistimiento suprime o impide el nacimiento del injusto culpable de tentativa, entonces decae el hecho principal doloso, indispensable para castigar a los partícipes. Más simple: en este esquema, el desistimiento del autor beneficia a los partícipes, lo que contradice la totalidad de los textos legales. (31) Frente a este problema, si se quiere conservar la idea del desistimiento como presupuesto negativo del injusto, las opciones son (como es lógico) básicamente dos. La primera consiste en modificar aquello que tradicionalmente entendemos por «*injusto*»; la segunda, eliminar o modificar el carácter accesorio de la participación.

[a] El primer camino ha sido transitado por Dold. Según afirma este autor, el desistimiento es una «*causa de impedimento del injusto (del hecho punible)*», pero de esa caracterización no puede derivarse «*ninguna consecuencia dogmática*» (32) para la teoría de la intervención delictiva ni para la justificación de las acciones defensivas. Para hacer viable su propuesta, Dold necesita *partir o escindir* el concepto de injusto, de modo que, por un lado, encontraríamos el «*injusto del hecho punible*». Es un «*sentido general o amplio*» (33) del concepto de injusto, que designa «*el conjunto de propiedades necesarias para la imposición justificada de una pena*». (34) Por el otro, encontramos un «*sentido particular*» del concepto de injusto, que se define como la «*infracción de una norma de comportamiento*» y del cual sí se derivan consecuencias dogmáticas. (35) A partir de esta distinción, el autor

misma se muestra en realidad artificiosa y en ocasiones [...] puede llegar a producir más confusión e inconvenientes que claridad y ventajas». En la doctrina, en lugar de muchos y con mayores referencias, ROXIN, C., 2014, § 30/152 y ss.; GILI PASCUAL, A., *InDret* (2), pp. 24 y ss.

(29) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, p. 119.

(30) WEINHOLD, I. E., 1990, p. 75. De hecho, esta autora califica el paralelismo fáctico como una «*Milchmädchenrechnung*».

(31) ROXIN, C., 2014, § 30/12 y § 30/32. Véase, en detalle y con mayores referencias, POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 270 y ss., especialmente nota 65.

(32) DOLD, D., 2017, p. 115.

(33) La expresión pertenece a SCHEINFELD, J., *GA* (8), p. 526.

(34) DOLD, D., 2017, p. 114.

(35) DOLD, D., 2017, p. 114. La tentativa imperfecta («no cerrada») ni siquiera llega a configurar un injusto en «sentido particular», puesto que no hay allí violación

entiende que el desistimiento debe ser visto como una causa de impedimento del injusto en sentido amplio, pero no del injusto en sentido estricto; de modo tal que su concurrencia no debería producir consecuencia alguna para la intervención delictiva o la justificación de las acciones defensivas.

«En mi opinión, trabajar con dos conceptos de injusto no nos ayuda en absoluto. Cabe preguntarse aquí: si todas las consecuencias dogmáticas se derivan del concepto de injusto tradicional, ¿qué sentido tiene distinguir dos conceptos de injusto? Bien mirado, el “*concepto amplio*” de injusto parece coincidir con lo que, tradicionalmente, llamamos *hecho punible*. Por esa razón, creo que en el modelo presentado por Dold, el desistimiento constituye una causa de exclusión de la pena *disfrazada* de una supuesta causa de impedimento del injusto». (36)

[b] El segundo camino admite dos variables. La primera y más radical, que fue emprendida por V. Hippel, es generalmente sostenida por los defensores de una concepción subjetiva del ilícito y consiste en *eliminar* el principio de accesoriedad e independizar completamente el injusto del partícipe. (37)

«El partícipe infringe su propia norma de comportamiento (se elimina la accesoriedad cualitativa) y, como consecuencia, el comienzo de ejecución de la tentativa por parte del autor es completamente irrelevante para la existencia del injusto del partícipe (se elimina también la accesoriedad cuantitativa)».

La segunda variable (menos radical) mantiene la dimensión cuantitativa del principio de accesoriedad, pero *modifica* su dimensión cualitativa. En esta línea, Pozuelo Pérez (38) cambia el objeto de referencia de la participación: en lugar de exigir actos *típicos* y *antijurídicos*, la punibilidad de la intervención delictiva solo requeriría la realización de (los ya mencionados) *actos ejecutivos* que, si bien pueden ser antijurídicos, no necesariamente deben ser típicos. (39)

a la norma de comportamiento (de lo contrario, no tendría sentido afirmar que el autor debe dejarse tratar *como si* la hubiera infringido).

(36) DOLD, D., 2017, p. 115: «[El desistimiento] *solo puede tener como efecto el hecho de que el autor, antes de infringir la norma de conducta, no pueda ser tratado como si la hubiera quebrantado, porque su posición sobre esa norma de conducta es perpleja*». También críticos a este respecto, MAÑALICH, J. P., *InDret* (3), 2020, nota 77.

(37) V. HIPPEL, E., 1966, pp. 77; SANCINETTI, M., 2005, pp. 374 y ss.

(38) POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 279.

(39) Dicho en palabras de POZUELO PÉREZ, L., 2003, p. 280: «una vez que el autor principal haya comenzado los actos ejecutivos –aunque estos no sean todavía típicos– la punición de la conducta del partícipe solo dependerá de que este haya

«El desistimiento, entonces, impide la configuración del tipo legal de la tentativa *del autor*, pero deja subsistente esta nueva categoría de *actos ejecutivos* que, a los fines de la punibilidad del partícipe, son suficientes. En mi opinión, la propuesta es valiosa, pero necesita de mayor concreción: la punibilidad del partícipe exige establecer, de forma clara, cuál es la norma de comportamiento por él infringida».

C. DESISTIMIENTO Y DEBER DE GARANTE POR INJERENCIA: ¿UN SISTEMA CERRADO DE IMPUTACIÓN?

Quienes entienden el desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, normalmente equiparan el instituto con el cumplimiento de los deberes de garante por injerencia. En su núcleo, la idea es la siguiente: quien comienza la ejecución de una tentativa se convierte en garante por injerencia, de modo tal que el desistimiento no es más que el cumplimiento de su deber de garantía. (40) Esta equiparación entre desistimiento y deber de garante por injerencia es, según creo, inexacta. No es cierto

realizado un injusto culpable, puesto que se parte de que el partícipe realiza su propio injusto». Explora una posibilidad original, VACCHELLI, E., 2020, pp. 217 y ss.; para quien debe aplicarse la solución individual a nivel de la norma de comportamiento (la tentativa perfecta de participación implica la pérdida del control del riesgo sobre el aporte y, por tanto, una plena infracción de la norma de conducta del partícipe, todavía no punible), pero la solución global a nivel de la norma de sanción (solo el comienzo de ejecución «cose todas las intervenciones individuales en una unidad de sentido» típica). Como consecuencia, la intervención en fase pre-ejecutiva constituiría una «conducta *antinormativa no-típica*», que solo genera deberes de tolerancia y la posición de garantía por injerencia que le obliga a retirar lo aportado (o tolerar que el Estado lo retire a su costa). A partir del comienzo de ejecución de la tentativa, el hecho parece transformarse en *típico* y el estatus normativo, así como el contenido fáctico del comportamiento que VACCHELLI exige al partícipe que desiste, se modifica sustancialmente. A partir de ese punto, el desistimiento del partícipe parece transformarse en un *verdadero deber jurídico-penalmente garantizado*, pues su incumplimiento resulta sancionable con pena y cuyo contenido obliga a *frustrar todo el proyecto delictivo*. Similar, JÄGER, C., 2017, § 24/107. En contra, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 119 y ss. y, especialmente, p. 130; FARRÉ TREPAT, E., *ADPCP*, pp. 711 y ss.; quienes consideran que, para conceder la impunidad por desistimiento, es suficiente con que el partícipe se limite a retirar su aporte. En este sentido también se expresa un gran sector de la doctrina alemana y, de hecho, fue la propuesta legislativa del § 26. II del Proyecto Alternativo del Código penal alemán; véase STRATENWERTH, G., 2005, §12/167-168.

(40) En breve: deber de garante por injerencia y desistimiento formarían un «sistema cerrado de imputación». Por el contrario, si el curso causal peligroso no le resulta imputable al agente, entonces no hay posición de garantía y, por tanto, no hay deber de evitar la producción del posible resultado. Al respecto y con mayores referencias, WEINHOLD, I. E., 1990, pp. 92, 78 y 88. Partiendo de premisas diferentes y

que injerencia y desistimiento constituyan un sistema cerrado de imputación: ambas cosas no pueden identificarse porque el espectro de casos que abarca cada instituto difiere en una medida considerable.

[a] En primer lugar, *no todo cumplimiento del deber del garante por injerencia constituye, al mismo tiempo, un desistimiento de la tentativa*. Si se acepta la restricción *jakobsiana* según la cual el desistimiento solo es posible en la medida en que el autor no haya perdido el control del riesgo (*tentativa no cerrada o imperfecta*), entonces la discordancia se manifiesta en aquellos casos en que el autor ha perdido ese control del riesgo (*tentativa cerrada o perfecta*). En efecto, quien primero pierde y luego recupera ese control del riesgo, podrá cumplir perfectamente con su deber de garante por injerencia –evitando la consumación–, pero no podrá desistir. En un caso:

«Ø planea asesinar a su pareja Π y luego suicidarse. A tal fin, Ø ha adquirido un poderoso veneno y, en caso de arrepentirse, el antídoto respectivo. Luego de que la víctima ingiere el veneno, Ø traga también su dosis. Π cae al suelo inconsciente, comienza a convulsionar. Ø sabe que pronto será su turno y se sienta a su lado. De forma repentina, Ø vomita y expulsa el veneno. Para Ø, se trata de una señal divina y, aprovechando la ventana temporal, administra el antídoto a Π, salvando su vida».

Sin embargo, no es necesario aceptar aquella restricción para que tal discordancia se ponga de manifiesto. De hecho, dar cumplimiento a un deber de garante por injerencia que deriva de la comisión de un delito imprudente (el caso más frecuente) no puede ser considerado desistimiento porque tal delito, en verdad, ya está consumado. Dicho de otro modo, el quebrantamiento imprudente de un deber negativo no puede ser realizado en grado de tentativa y, tal como ha quedado expresado anteriormente, sin tentativa no puede haber desistimiento. Una cuestión distinta es que tal cumplimiento del deber de garante por injerencia pueda ser considerado, dado el caso, desistimiento de una tentativa del delito doloso de omisión de socorro, pero en tal caso estaríamos ante una tentativa imperfecta. Esta potencial equiparación se analiza a continuación.

[b] En segundo lugar, tampoco es posible afirmar que *todo desistimiento implique cumplimiento de un deber de garante por injerencia*, ni siquiera cuando se lo reduce a los casos de tentativa no cerrada o imperfecta. Reaño Peschiera sostiene, en esta línea, lo siguiente: si el agente todavía conserva el control del riesgo, el desistimiento no es

circunscribiendo el paralelismo a la tentativa inacabada, parece llegar a las mismas conclusiones MAÑALICH, J.P., *InDret* (3), 2020, p. 15.

más que la expresión de un deber de aseguramiento. (41) Esta última equiparación es, en mi opinión, también inexacta porque la injerencia es un instituto que pertenece al campo de las relaciones negativas, mientras que la tentativa es posible mediante infracción de deberes positivos. (42) Desde el punto de vista teórico, entonces, es posible que existan tentativas imperfectas mediante la infracción de deberes positivos cuyo desistimiento (por definición) no puede implicar el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Para poner en evidencia lo dicho, basta pensar en las omisiones puras de garante: (43) en esas omisiones, la posición de garantía no deriva de una injerencia previa sino de una posición institucional, por lo que el desistimiento de la tentativa de tales omisiones nunca puede interpretarse como el cumplimiento de un deber de aseguramiento. Lo mismo sucede con los casos de omisión por comisión mediante infracción de un deber de solidaridad pasiva; es decir: los casos de infracción de un deber de tolerancia derivado del estado de necesidad agresivo mediante la actuación dentro de la propia esfera. En un caso:

«II se encuentra nadando en un lago cuando, repentinamente, sufre un calambre. Para evitar morir ahogado, nada desesperadamente hasta una boya flotante, propiedad de Ø. Mientras II se acerca, pero todavía lejos de la boya, Ø advierte la evidente situación de peligro en la que se encuentra el necesitado. Sin embargo, comienza a retirar su boya del lago pues, en verdad, necesitaba una limpieza. Los gritos de II hacen cambiar de opinión al egoísta Ø, quien decide finalmente dejar la boya en el lago y permitir que II se aferre a ella, salvando su vida».

Según la doctrina mayoritaria, el deber de *no retirar* la boya (que recae sobre el tercero ajeno al conflicto) constituye un *deber de tolerancia* fundamentado exclusivamente en solidaridad interpersonal, de manera tal que su infracción (el retiro de la boya) no podría generar ninguna posición de garantía por injerencia, pues se trata de un delito

(41) Véase REAÑO PESCHIERA, J., *RDPUC* (58), p. 477: «antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el [...] desistimiento voluntario es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia)». En la tentativa perfecta, en cambio, «el desistimiento voluntario no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia *institucional*) ...» (p. 456). Desde mi punto de vista, la posición es inconsistente: sobre quien todavía conserva el control del riesgo, parece recaer un deber más intenso (fundado en responsabilidad por organización) que aquél que recae sobre quien ya lo ha perdido (fundado en solidaridad).

(42) Véase JAKOBS, G., *ADPCP* (LII), p. 19.

(43) Por todos, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2003, pp. 467 y ss.

de omisión pura. (44) Como consecuencia, el desistimiento de la tentativa de omisión de socorro (45) ejecutado por \emptyset (abandonar el retiro de la boya), no puede constituir la expresión del cumplimiento de un deber derivado de la injerencia (en todo caso, se trataría del cumplimiento de un deber de solidaridad pasiva).

[c] Por último, pueden esgrimirse dos argumentos adicionales por los que desistimiento y deber de garante por injerencia no pueden identificarse. El primero radica en que los niveles de exigibilidad aplicables al desistimiento son mayores que los aplicables al deber de garantía por injerencia. (46) El segundo consiste en recordar que este deber último admite ser cumplido, perfectamente, por un tercero a través de delegación -en sentido amplio- e incluso de forma coactiva. (47) En el caso del desistimiento voluntario, la delegación es completamente inviable y la coacción excluye su carácter voluntario.

D. LOS REQUISITOS OBJETIVOS DEL DESISTIMIENTO: EVITACIÓN DEL RESULTADO Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN

En la medida en que el desistimiento se equipara con el cumplimiento de un deber de garante por injerencia, la doctrina interpreta el requisito de la eficacia como efectiva evitación de la consumación. (48) En breve: evitar la producción del resultado lesivo es una condición necesaria para la impunidad por desistimiento. Ahora bien,

(44) Se trata, entonces, de una omisión de auxilio. Sobre el particular, fundamental y con mayores referencias, LERMAN, M., 2013, pp. 229 y ss.; en particular, afirma en p. 262: «[quien] *debe omitir actuar en función de la existencia de un estado de necesidad agresivo justificante, que autoriza a un tercero a utilizar ese bien a favor de la víctima, [...] responderá exclusivamente por el delito de omisión propia*». Véase también COCA VILA, I., *ADPCP* (LXIX), p. 107; ROBLES PLANAS, R., 2007, pp. 95 y ss.; HAAS, V., 2001, pp. 234 y ss. De otra opinión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2005, pp. 1007 y ss.; también publicado en *Revista Discusiones* (7), pp. 25 y ss.

(45) Según se dice, cuando la «tentativa de salvamento» esté inacabada, el «desistimiento de *la misma*» solo constituye un delito de *omisión propia*, en tanto no empeora la situación del bien jurídico. Por lo tanto, no habría problemas en afirmar lo siguiente: quien ha comenzado a retirar ese medio salvador (especialmente si está actuando dentro de su propia esfera de autonomía), pero luego cesa en su retiro y permite que la víctima lo alcance, habría comenzado una tentativa de omisión propia de la cual habría desistido.

(46) ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 81 y ss.

(47) VOGEL, J., 1993, p. 172.

(48) Adviértase una cuestión adicional: la eficacia, así concebida, es heredera de una comprensión del desistimiento como elemento definitorio del concepto mismo de tentativa, entendida a su vez como *no consumación*. Dicho de otro modo: la eficacia del desistimiento es un presupuesto negativo del injusto consumado y, en esa medida, un requisito de la existencia misma de la tentativa.

si el desistimiento es un reverso especular del injusto culpable de tentativa (Spiegelbild-axiom), entonces tal condición no es suficiente: el proceso causal de evitación debe poder ser imputado normativamente al agente, (49) para lo cual deben invertirse los criterios de imputación utilizados en la teoría del injusto culpable. (50) Conforme con ello, se replicaría en la atribución de mérito (la evitación del resultado) la discusión dogmática que tiene lugar en la imputación de demérito (imputación objetiva del resultado). (51) A partir de aquí, se advierten las posiciones siguientes:

+) La «teoría de la apertura de oportunidades o incremento de la probabilidad de salvación» es el reflejo de la teoría de la imputación objetiva (a través del criterio del incremento del riesgo): la imputación positiva del desistimiento exige que el sujeto incremente las posibilidades de salvación del bien jurídico y que tal incremento se haya materializado en la evitación del resultado. (52)

+) La «teoría de la prestación óptima» concede mayor relevancia al valor de acción: no basta con la evitación imputable del resultado, debe exigirse una «prestación óptima» (esfuerzo serio) dirigido a evitar la producción del resultado. (53)

(49) Véase, con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 4 y ss.; ROXIN, C., 2014, § 30/211. Las posiciones subjetivistas, por el contrario, entienden que el desistimiento es un reverso del ilícito subjetivo; y dado que el resultado no representa ningún papel para la configuración del injusto, tampoco la evitación de este es una condición necesaria ni suficiente para el desistimiento; véase SANCINETTI, 2005, pp. 140 y ss.

(50) ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, p. 10.

(51) ROXIN, C., 1999, p. 333: «para la evitación del resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción».

(52) Cuando el sujeto tenga varias opciones para la evitación del resultado, basta con que realice una de ellas, aun cuando sea la menos adecuada. Lo único que interesa es que la acción realizada sea *ex ante* adecuada para evitar el resultado y esta se materialice efectivamente en la salvación. El principal exponente de esta tesis es JÄGER, C., 1996, pp. 64 y ss.; similar, BLOY, R., *JuS*, pp. 533 y ss. Véase también ROXIN, C., 2014, § 30/221; WESSELS, J./BEULKE, W., 2018, pp. 241-242, donde expresan que «la consumación o no consumación no deben depender meramente del azar»; SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., 2010, § 24/59: en contra de lo que exige el principio de optimización, «en todo caso, el autor debe hacer aquello que objetivamente o al menos desde su punto de vista aparezca como necesario para evitar el resultado»; STRATENWERTH, G., 2005, § 11/90; ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 32 y ss.

(53) Sin embargo, los autores difieren respecto de si tal elección debe ser solo subjetivamente óptima (aquella que desde la perspectiva del sujeto sea la mejor disponible) o si esa prestación subjetivamente óptima también requiere ser objetiva o al menos intersubjetivamente adecuada. Véase, con mayores referencias, ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, pp. 78 y ss.; HERZBERG, R. D., *NJW*, pp. 1636 y ss., MURMANN, U., 1999, pp. 60 y ss.

+) Las posiciones intermedias, como la «teoría de la compensación» propuesta por Kolster, (54) e incluso mixtas, como la «teoría de la diferenciación» de Roxin. (55)

Determinar los requisitos objetivos del desistimiento mediante una inversión del sistema de imputación del injusto ha generado un estado caótico y asistemático de criterios de atribución de impunidad. Tal estado se refleja, entre otras cosas, en la diversidad de soluciones propuestas por la doctrina para los casos de desistimiento malogrado en contextos donde el resultado no puede ser imputado al dolo del autor. Para utilizar un conocido ejemplo:

«Ø se propone matar a II vertiendo 5 dosis de veneno en su comida, de forma cumulativa y a razón de una gota por día y plato de comida. Transcurridos los primeros dos días y habiendo vertido ya las dos gotas correspondientes, el agente Ø, acongojado por la idea de la muerte de la víctima, abandona su plan delictivo. Sin embargo, las dosis administradas fueron suficientes para provocar la muerte de la víctima».

En la doctrina española, Muñoz Conde (56) distinguió cinco posibles soluciones para el caso: a) No hay desistimiento, debe condenarse por (a. a) delito consumado doloso; (a. b) con la (entonces vigente) atenuante de preterintencionalidad; (a. c) con la (entonces vigente) atenuante de arrepentimiento espontáneo; b) Hay desistimiento, pero puede condenarse por (b. a.) delito imprudente; (b. b.) tentativa con la atenuante de arrepentimiento espontáneo u otra análoga (la solución propiciada por Muñoz Conde). A estas cinco posibilidades cabría agregar la solución diferenciadora de Martínez Escamilla, quien distinguió entre los casos de: a) desistimiento activo ineficaz de la tentativa acabada, (57) para los que propicia el castigo por delito consumado con la atenuante de reparación del 21.5 CPE; y

(54) La idea es exigir algo más que una contribución causal, pero sin llegar a exigir una prestación óptima. Debe tratarse de un comportamiento que *neutraliza los presupuestos* para la imposición de una pena: en definitiva, se trata de compensación del merecimiento de pena; véase KOLSTER, H., 1992, pp. 112 y ss.

(55) El autor utiliza, para algunos casos, el criterio de la prestación óptima; para otros, el criterio del incremento en la probabilidad de salvación; véase ROXIN, C., 2014, § 30/243.

(56) Véase, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 147 y ss.

(57) El desistimiento activo tiene lugar una vez realizados todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado (tentativa acabada) sin que este haya tenido lugar todavía (y conociendo, además, el autor esta ausencia de producción).

b) los casos de consumación anticipada propiamente dicha (58) (desistimiento pasivo ineficaz de una tentativa inacabada), para los que adopta la solución propiciada por Muñoz Conde: castigo por tentativa (y, en caso de que el resultado fuera previsible, en concurso por delito consumado imprudente), con la atenuante de reparación del art. 21.5 CPE. (59) Por último, queda por mencionar las ulteriores subdistinciones formuladas por Álvarez Vizcaya (60) para los casos de tentativa acabada, y por Benlloch Petit para los casos de consumación anticipada propiamente dicha.

«En relación con lo primero, la autora española entiende que la solución de la consumación atenuada no puede aceptarse para todos los casos de desistimiento activo ineficaz. Hay que diferenciar aquí los casos de «desistimiento idóneo fracasado» (61) en los que, según esta autora, también debe castigarse por tentativa en concurso ideal con el delito imprudente. En relación con lo segundo, Benlloch Petit distingue aquí el siguiente esquema de análisis: (62) [a] si el autor inicia el desistimiento (finalmente ineficaz) cuando la producción adelantada del resultado era previsible, entonces puede condenarse por tentativa (en concurso ideal con delito imprudente), con aplicación de la atenuante analógica del 20.7. [b] si el adelantamiento de la producción del resultado no le era previsible, entonces no se puede aceptar la solución anterior. En este caso, cabría distinguir todavía dos subgrupos distintos: b. a.) El autor inicia su «desistimiento» luego de advertir que ya es imposible detener la producción del resultado. b. b) El autor inicia el desistimiento tras haber advertido la posibilidad de consumación anticipada, pero cuya evitación aparece todavía como posible. En el primer grupo de supuestos, se trata de un «desistimiento fracasado» y cabe condenar por tentativa; en el segundo, hay verdadero desistimiento de la tentativa imperfecta: si el autor «se esfuerza seriamente por evitar el resultado, merece igual impunidad». (63) La eficacia, entonces, ha dejado de ser aquí una condición necesaria para el desistimiento».

(58) El desistimiento pasivo ineficaz tiene lugar cuando el sujeto abandona la ejecución del hecho creyendo que todavía no ha realizado todos los actos ejecutivos necesarios para que pueda producirse el resultado.

(59) Como puede advertirse, la idea de que el desistimiento es el reverso del injusto de la tentativa genera tal repercusión en la determinación de la eficacia del desistimiento que, en verdad, tal requisito depende de que la tentativa se encuentre subjetivamente perfecta o no.

(60) ÁLVAREZ VIZCAYA, M. A., *ADPCP* (49-3), p. 906.

(61) Casos de tentativa acabada en los que, antes de que se produzca el resultado, el autor todavía conserva el dominio del hecho e intenta evitar su producción mediante actos idóneos, pero a la postre ineficaces.

(62) BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 335 y ss.

(63) BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 340. El fundamento de esta solución radica en que «el autor desiste en un momento en que lo realizado por él no entra».

Como puede advertirse, la discusión relativa a los criterios de imputación en la eficacia del desistimiento no es más que una réplica desordenada de lo que conocemos como imputación objetiva y subjetiva en el injusto culpable. Todo ello, entiendo, es el costo de haber adoptado un punto de partida desacertado: es cierto que el desistimiento no puede prescindir de la idea de imputación, (64) pero eso no nos obliga a trabajar aquí con los criterios normativos oportunamente desarrollados para la atribución de responsabilidad por el injusto culpable.

Contra esta estrategia pueden formularse dos argumentos teórico-metodológicos. En primer lugar, en el lado positivo de la ecuación (desistimiento) no disponemos de las categorías dogmáticas con las que se cuenta en el lado negativo (injusto culpable). Cuando se intentan trasladar esas complejas herramientas de imputación negativa hacia el ámbito de lo positivo, nos encontramos con escasas categorías conceptuales para ubicarlos. Gráficamente: no disponemos de los cajones necesarios, de modo tal que, al introducir muchas herramientas en una sola caja, generamos confusión. (65) En segundo término, no es cierto que los criterios normativos para atribuir méritos consistan en un reverso especular de aquellos que utilizamos para los deméritos. Por el contrario: la imputación de responsabilidad por resultados desvalorados es una práctica más laxa (se hace con mayor facilidad) que la atribución de méritos (esta última es bien restringida). (66) En la dimensión de los méritos positivos, quien lo intenta y no lo consigue,

ñaba, tanto desde una perspectiva objetiva (es decir, partiendo de lo objetivamente cognoscible y evitable) como desde su perspectiva individual, ningún peligro para el bien jurídico protegido al mantener el autor un perfecto control del curso causal y de la eventualidad de la producción del resultado [...]; p. 339.

(64) La idea de *imputación* resulta necesaria porque no se puede construir una adecuada teoría del desistimiento sin tomar como punto de partida la idea de atribución del comportamiento, como obra propia, al agente que desiste.

(65) El concepto de delito es una herramienta dogmática altamente compleja, llena de matices y categorías específicas. El desistimiento, por su parte, aparece como una herramienta más bien simple, compuesta por dos requisitos básicos: la evitación o esfuerzo serio dirigido a impedir la consumación, y la voluntariedad. La estructura conceptual del desistimiento es, en este sentido, mucho más tosca que aquella que presenta el injusto culpable. Advierte el problema y; sin embargo, desestima su relevancia BENLLOCH PETIT, G., 1998, p. 437.

(66) Sobre el particular, se ha afirmado que *«no es posible pensar los reconocimientos y los castigos como las dos caras de una moneda. La forma en la que nos premiamos no puede ser equiparada al modo en la que distribuimos reproches y condenas»*; BEADE, G., *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), p. 120. Si se toma la distinción entre merecimiento formal y merecimiento material, podría decirse (simplificando al máximo) que, en la dimensión de los méritos, el merecimiento formal parece tener más peso que el material; mientras que en la dimensión de los deméritos, sucede a la inversa.

nada recibe; por el contrario, las prisiones podrían formar un buen pabellón destinado a los autores de tentativa. En un ejemplo: nadie se pregunta por el mérito del taxista que lleva hasta el hospital, espera en la puerta y luego ayuda a volver a casa al donante de médula ósea; pero cuestionar la responsabilidad penal del taxista que, después de llevar hasta el banco y esperar en la puerta, finalmente se adapta al plan delictivo y ayuda a escapar a los ladrones, parece extremadamente difícil. Los resultados de los estudios empíricos, que han dado lugar al denominado efecto Knobe, confirman el núcleo de esta objeción. (67)

E. EL REQUISITO SUBJETIVO DEL DESISTIMIENTO: LA VOLUNTARIEDAD

La voluntariedad es uno de los problemas más complejos del desistimiento y no es posible entrar en esta cuestión aquí. (68) Solo me interesa destacar que, si el instituto se concibe como reflejo especular del injusto culpable de tentativa, entonces la voluntariedad que exige el primero representa, mínimamente, la contracara de la libertad de voluntad que se requiere para la comisión de un injusto culpable. (69) A partir de aquí, resurge la herencia de las «teorías jurídicas»: la ubicación sistemática que damos al desistimiento (causa de atipicidad, justificación o exculpación) determinará el contenido de este requisito.

(67) Sin entrar en detalles, se denomina *efecto knobe* a la asimetría con la que se atribuye responsabilidad intencional por las consecuencias colaterales de las acciones, según se trate de consecuencias malas o buenas, comportamientos meritorios o reprochables. Los estudios realizados demostraban que las personas consultadas exhibían una gran predisposición para atribuir responsabilidad intencional al agente en virtud de los daños (ambientales) que generaba de forma indirecta con su actividad empresarial. Cuando se trataba de atribuir mérito por los efectos beneficiosos (ambientales) generados, también de forma indirecta por esa misma actividad, la predisposición disminuía de forma radical. Véase, con mayores referencias, ROSAS, A./ ARCINIEGAS, M. A., *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía* (36-2), pp. 311 y ss.

(68) Para ello, en detalle, HERRMANN, M., 2013, pp. 75-189; ROXIN, C., 2014, § 30/354 y ss.; en la doctrina española, fundamental, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 67 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 3 y ss.; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 125 y ss. y 246 y ss.

(69) En esta línea, señala MUÑOZ CONDE, F., 1972, p. 88: «Dogmáticamente, el desistimiento voluntario impune no es más que el reverso del delito frustrado o intentado punible. Para castigar este no basta solo con la constatación de la capacidad de acción, sino que es preciso también la constatación del fin que pretendía el autor [...]. Para dejarlo impune, en el caso del desistimiento voluntario, [...] habrá que constatar *no solo la posibilidad de seguir actuando, sino también los fines que pretendía el autor con su desistimiento y los motivos que le impulsaron a él*».

[+] Si el desistimiento se concibe como un presupuesto negativo del tipo, la voluntariedad queda estructurada como el reverso del dolo o la resolución al hecho que requiere la tentativa. (70) Esta equiparación ha dado lugar a que la idea del fracaso de la tentativa se utilice como elemento definitorio de la voluntariedad del desistimiento: la posibilidad/imposibilidad de consumar el delito determina el carácter voluntario/involuntario del desistimiento. (71) Sin embargo, la doctrina ha demostrado en reiteradas oportunidades lo erróneo de utilizar el criterio de la imposibilidad de consumación para determinar la voluntariedad del desistimiento, evidenciando que genera resultados ampliamente deficientes. (72)

«Identificar la voluntariedad del desistimiento con el dolo de evitación del resultado es, siempre que se siga un concepto de dolo avalorado, directamente erróneo: la mayoría de los casos en los que el desistimiento es producto de la coacción está presente el dolo de evitación del resultado. Dicho con un ejemplo: quien desenfunda el arma, apunta a su víctima pero se detiene súbitamente ante la voz de alto de la policía, entregándose, tiene dolo de evitar el resultado, pero no desiste de forma voluntaria».

[+] Si el desistimiento constituye un presupuesto negativo del juicio de culpabilidad, la voluntariedad se transforma en el reverso del estado de necesidad exculpante. En este esquema, la voluntariedad decae solo cuando la libertad del agente se ve coaccionada por motivos que, en caso de presentarse en sede de culpabilidad, darían lugar a un estado de necesidad exculpante. Esta tesis ha sido desarrollada principalmente por Jäger (73) y su punto de partida (esencialmente correcto), consiste en interpretar a la voluntariedad del desistimiento a partir del sinalagma jurídico fundamental «libertad-responsabilidad». El paso en falso se encuentra, según creo, en pretender solucionar el problema de la voluntariedad, directamente, a través de una mera inversión de la noción de coacción característica del estado de necesidad exculpante. (74) Y es que la idea de la libertad de voluntad puede

(70) Paradigmático es, en este sentido, el trabajo de KRAUSS, D., *JuS*, pp. 885 y ss.

(71) La conocida tesis de Frank resulta bastante gráfica en este sentido: habrá voluntariedad si el sujeto, a pesar de que resulta posible consumar el delito, desiste; pero no habrá voluntariedad cuando el sujeto abandone el hecho una vez que ya no pueda consumarlo.

(72) Véase, con mayores referencias y en detalle, MUÑOZ CONDE, F., 1972, pp. 88 y ss.; BENLLOCH PETIT, G., 1998, pp. 415 y ss.; LAMPE, E. J., *JuS*, 1989, p. 614.

(73) JÄGER, C., 1996, pp. 98 y ss.

(74) Una crítica al traslado directo de la categoría de la inexigibilidad a la voluntariedad del desistimiento en ROXIN, C., 2014, § 30/442-446 y, fundamentalmente,

adquirir múltiples significados dentro del propio concepto de injusto culpable: es requerida para el consentimiento justificante y también para la culpabilidad, pero es evidente que en ambos casos no significa lo mismo, sus exigencias no son idénticas ni tampoco quedan excluidas por las mismas causas. (75) Por tanto, no corresponde reducir la voluntariedad del desistimiento al estricto sentido que esta tiene en el marco de una determinada categoría dogmática como el estado de necesidad exculpante. (76)

III. EL DESISTIMIENTO COMO PRESUPUESTO NEGATIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMA DE SANCIÓN

Para evitar los problemas señalados, puede ser útil caminar en otra dirección: el desistimiento no debe entenderse como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento, sino como *presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción*. Si bien es cierto que la doctrina mayoritaria no ha enfocado este problema desde la teoría de las normas, normalmente ha catalogado al desistimiento como una excusa absolutoria, una causa de exclusión o de supresión de la pena; por tanto, lo más lógico sería ubicarlo, definitivamente, en la dimensión de la norma de sanción. (77)

Ubicado el desistimiento en la norma de sanción y retomando la expresión gráfica anterior («a = -b»), el otro lado de la ecuación ya no está representado por el injusto de tentativa, sino por la consecuencia

POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 210 y ss. y pp. 258 y ss.

(75) Las exigencias para afirmar libertad de voluntad no solo varían con el contexto praxeológico, sino que también se ven modificadas dentro de un mismo contexto (aquí, el Derecho penal) cuando nos movemos de un instituto dogmático a otro. Dicho de un mejor modo: el Derecho penal asume la voluntad libre del agente como el presupuesto normativo de muchas acciones, pero *el significado* de esa libertad de voluntad, en cada caso, bien puede ser muy diferente. Un razonamiento similar, aplicado al desistimiento, en AMELUNG, K., *ZStW* (120-2), pp. 210 y ss.

(76) También críticos con esta reducción, ROXIN, C., 2014, § 30/442, ULSENHEIMER, K., 1976, p. 90; POZUELO PÉREZ, L., 2003, pp. 213 y ss.

(77) Véase, con mayores referencias, ROSTALSKI, F., 2019, pp. 349 y ss.; FREUND, G./ROSTALSKI, F., 2019, § 9; MAÑALICH, J.P., *InDret* (3), p. 11; ROXIN, C., 2014, § 30/29; WESSELS, J./BEULKE, W., 2018, § 17/1001; KINDHÄUSER, U., 2013, § 32/2; OTTO, H., 2004, § 19. En la doctrina especializada, MURMANN, U., 1999, pp. 33 y ss.; WEGE, H., 2011, pp. 84 y ss.; BURKHARDT, B., 1975, también desliga el desistimiento de la estructura conceptual del delito y lo trata como perteneciente a la dimensión de la consecuencia jurídica del mismo; v. DER HAYDT, R., 2017, p. 257, afirma, por su parte, que el desistimiento anula (*aufheben*) la punibilidad de la tentativa previamente surgida, pero sin suprimir el reproche de culpabilidad.

jurídica aplicable: la pena. Donde 'b' significaba 'tentativa', ahora significa 'aplicación de pena retributiva'; de manera tal que *desistimiento* ('a') = *no aplicación de pena retributiva* ('-b'). En breve: el desistimiento bloquea la posibilidad de formular un reproche punitivo por la previa comisión de un injusto culpable de tentativa. Como consecuencia, se rompe definitivamente el «*Spiegelbild-axiom*» y el desistimiento deja de concebirse como un reflejo especular del injusto de la tentativa; y esta ruptura, entiendo, genera numerosas ventajas:

[a] En *primer lugar*, el problema teórico de la tentativa se mantiene dentro de los límites del campo conceptual del injusto (el quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento), sin incidencia directa respecto de las cuestiones que hacen a la consecuencia jurídica (norma de sanción). Por supuesto que la concepción que se tenga del injusto de la tentativa seguirá teniendo impacto sobre el desistimiento, pero tal impacto será siempre de carácter indirecto. Esto significa: la concepción que se tenga sobre el injusto de tentativa condiciona la oportunidad normativa para que el desistimiento tenga lugar (en mi opinión, solo la tentativa imperfecta –si se prefiere, no cerrada– puede ser desistida), pero de tales lineamientos teóricos no deben extraerse los criterios para dotar de contenido al desistimiento.

[b] En *segundo lugar*, se quiebra el paralelismo naturalista relativo a las formas del desistimiento (tentativa inacabada - abandono de la ulterior ejecución / tentativa acabada - impedimento de consumación). La concreta modalidad fenoménica que adquiera el desistimiento no es el reflejo inverso del estadio de ejecución fáctica que alcance el injusto de tentativa. (78) La razón es sencilla: este instituto no está destinado a cumplir la función de la norma de comportamiento (cualquiera que esta sea); sino que, en la medida en que constituye un presupuesto negativo de la formulación de un reproche punitivo, está llamado a cumplir la función de la norma de sanción.

[c] En *tercer lugar*, se produce una liberación respecto de la inexacta e incómoda identificación, ya analizada, entre desistimiento y deber de garante por injerencia. (79) El primero no constituye una expresión del segundo porque este último pertenece a la dimensión de

(78) En idéntico sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 118-119.

(79) Esta incomodidad se refleja, de manera ejemplar, en la obra de ALCÁCER GUIRAO, R., 2002, quien luego de asegurar (en p. 64) que «[...] *hay un deber de desistirse* [...] [cuya existencia] «*viene dada por* [...] *la realización de la tentativa* [...], [esto es] *en virtud de un actuar precedente: toda tentativa peligrosa constituye una injerencia...*»; expresa (en pp. 74-75) que: «*los requisitos del desistimiento* [...] *no constituyen una obligación, sino una oportunidad*» y, finalmente (en p. 87) que «*el desistimiento no es un deber, sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al sujeto* [...]».

la norma de comportamiento, mientras que el primero se sitúa en el dominio de la norma de sanción. El deber de garante por injerencia debe recordarse, no es más que una expresión actualizada del originario deber negativo de no dañar, impuesto por la norma de comportamiento derivada del concreto tipo de la parte especial. Tal actualización se produce a raíz de la previa infracción de esos deberes negativos; es decir, en función de la propia organización deficiente. (80) El desistimiento, en tanto presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción, no puede identificarse (al menos no *per se*) con el cumplimiento de un deber actualizado por el ejercicio deficiente de la propia organización: ambos institutos corren paralelos y, como ya hemos visto, sus alcances son distintos. Ese deber negativo existía con anterioridad al inicio de ejecución de la tentativa (en su caso, imperfecta) y subsiste más allá de que el sujeto pierda el control del riesgo, por lo que no puede identificarse sin más con el desistimiento. Lo que sucede es que, al cumplimiento de tal deber, puede atribuírsele (o no, dependiendo de las circunstancias) el sentido comunicativo propio del desistimiento.

Como consecuencia de lo anterior, resulta enteramente factible que el agente cumpla su deber de garante por injerencia sin que ello se considere desistimiento y, a la inversa, puede desistir sin dar cumplimiento a su deber de garante. (81) En este sentido, puede afirmarse que no existe ninguna norma de comportamiento (propriadamente dicha) en virtud de la cual se considere típicamente antijurídico «el no desis-

(80) JAKOBS, G., *ADPCP* (LII), p. 19: el deber de salvamento del garante por injerencia no es más que la expresión actualizada del original deber de aseguramiento (configurar la esfera de organización de manera tal que de ella no surjan *outputs* lesivos) de todo ciudadano. En contra, DOPICO GÓMEZ ALLER, J., 2006, pp. 767 y ss. y 867 y ss., afirma que deber de aseguramiento y deber de salvamento se distinguen entre sí en virtud de que el primero es una aplicación directa de la norma prohibitiva de lesión (el sujeto debe impedir que la propia esfera se injiera en otra esfera ajena), mientras que el segundo es un deber fundado en solidaridad (que nace cuando tal injerencia ya se ha producido y el peligro ya no puede ser asegurado). Ambos deberes tienen idéntico fundamento (la responsabilidad por organización) pero, para el autor, se trata de deberes distintos. Tal diferencia, por supuesto, solo es relevante desde el punto de vista del obligado y, en lo que aquí interesa, no representa utilidad alguna: si el deber de salvamento es un deber derivado de la situación en que ya no pueden contenerse los riesgos, se trata de tentativas perfectas no desistibles. Por tanto, el desistimiento solo debe diferenciarse del deber de aseguramiento: dado que tal deber es también, para este autor, una aplicación directa de la norma prohibitiva (norma de comportamiento principal), el argumento presentado en el texto sigue teniendo plena validez.

(81) Precisamente en esto último consiste el llamado «desistimiento ineficaz o malogrado», que permite eximir de pena por la realización de un esfuerzo serio dirigido a evitar la consumación.

tir» de una tentativa (en su caso, imperfecta), pues resulta evidente que quien cumple su deber de garante por injerencia sin desistir, no infringe una nueva norma de comportamiento (al margen de la ya quebrantada por el injusto de tentativa). (82) Por supuesto, no debe pasarse por alto que, en la gran mayoría de los supuestos, a dicho cumplimiento del deber de garante por injerencia también se atribuye el sentido comunicativo propio del desistimiento de la tentativa (imperfecta). Pero tal atribución no nos debe llevar a confusión: se trata de cuestiones diferentes. Esta distinción, por cierto, permite explicar fácilmente por qué los requisitos exigidos para cumplir el deber de garante por injerencia son distintos de aquellos exigidos para desistir. (83)

[d] *En cuarto lugar*, se resuelven fácilmente los problemas relativos a la participación delictiva. Por una parte, dado que el desistimiento del autor no tiene relevancia para la configuración del tipo de injusto culpable de tentativa, no habrá obstáculo para castigar a los demás intervinientes (en fase pre-ejecutiva o concomitante). (84) Por otra, la perspectiva sugerida armoniza, sin disonancias, con la exigencia legal que subordina la impunidad a la ejecución personal del desistimiento por parte de cada interviniente. Y es que, si se trata de un presupuesto negativo de la norma de sanción, las consecuencias del desistimiento (al igual que la imposición de la pena por el quebrantamiento imputable de la norma de comportamiento) no pueden ser sino estrictamente personales.

[e] *En quinto lugar*, los elementos objetivos y subjetivos del desistimiento (a saber: *eficacia y voluntariedad*) pierden su carácter de reflejo especular respecto de las categorías dogmáticas del injusto de tentativa. A partir de ahora, el foco que ilumina el instituto no es la

(82) En el mismo sentido se expresa GILI PASCUAL, A., 2009, p. 257: «el desistimiento [...] no es siquiera un deber en sentido estricto [...] sino una mera oportunidad excepcional que se ofrece al agente (autor o partícipe) para quedar exento de pena». En contra, JAKOBS, G., *PG*, 1997, § 26/2 sostiene que el desistimiento «no supone ningún merecimiento especial, sino nada más que el cumplimiento de un deber».

(83) Sobre el particular, ALCÁZER GUIRAO, R., 2002, pp. 77 y ss. Desde mi punto de vista, incluso puede suceder que el cumplimiento del primero excluya la posibilidad de cumplir con el segundo. Para explicarlo, debe recordarse que, según la idea aquí sugerida, el desistimiento es un equivalente funcional de la pena y, por ello, la comisión de un nuevo injusto culpable jamás podría confirmar el Derecho. En consecuencia, si la única forma de cumplir con el deber de garante por injerencia que se ha reservado el agente consiste en la comisión de un nuevo injusto culpable, tal comportamiento no podrá considerarse, desde mi punto de vista, un desistimiento de la tentativa.

(84) Sobre el particular, véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., 1994, pp. 141 y ss.

norma de comportamiento sino la norma de sanción y, por tanto, es su característica función retributivo-comunicativa la que, en definitiva, determina las exigencias del instituto. Para desarrollar los lineamientos básicos de esta idea se necesita de un marco teórico robusto en relación con el fundamento y la naturaleza jurídica del desistimiento que, aquí, no es posible afrontar.

«Cabe dejar delineada, sin embargo, la idea: el fundamento de la impunidad por desistimiento radica en el hecho de que este constituye un equivalente funcional de la pena retributiva. De modo preciso: el desistimiento materializa la misma prestación retributivo-comunicativa (85) que el deber (personal) de soportar la acción punitiva estatal que recae sobre el agente (que es la contracara de la facultad punitiva concedida al Estado) en virtud de la previa infracción de la norma de comportamiento de la tentativa (imperfecta), en la medida en que esa norma posee una legitimidad retributivamente precaria». (86)

IV. CONCLUSIONES

1.- Distinguir entre norma de comportamiento y norma de sanción es crucial para comprender la discusión actual sobre el desistimiento de la tentativa.

2.- Comprender al desistimiento como un presupuesto negativo del quebrantamiento culpable de la norma de comportamiento (de la tentativa) genera numerosos inconvenientes dogmáticos. Pero, además, nos obliga a determinar el contenido de los requisitos objetivos y subjetivos del instituto a partir de la función prospectiva de la norma de comportamiento. Aparece aquí la idea de reflejo especular y se genera un estado caótico de diversos criterios de contra-imputación de difícil aplicación.

3.- El desistimiento debe concebirse como un presupuesto negativo de aplicación de la norma de sanción; de modo que su concurren-

(85) Tal prestación consiste en la confirmación dinámica o realización del Derecho, en cuanto ordenamiento efectivamente practicado. En sentido similar, MURMANN, U., 1999, pp. 27-28; AMELUNG, K., *ZStW* (120-2), p. 219; WEGE, H., 2011, p. 85; ALCÁ CER GUIRAO, R., *RPJ* (63), pp. 99-100; ALCÁ CER GUIRAO, R., 2002, p. 54; SILVA SÁNCHEZ, J. M., 2018, Cap. III. Similar, MAÑALICH, J. P., *InDret*, (3), p. 13; ASUA BATARRITA, A., 2008, Cap. IV.

(86) No es posible ocuparse de esto aquí. Valga lo siguiente como punto de referencia: según creo, la legitimidad de esa norma es retributivamente precaria porque prohíbe la realización de conductas *previas* a la pérdida del control del riesgo que, en sí mismas, no implican una arrogación definitiva de la esfera jurídica ajena.

cia inhibe el ejercicio de la facultad punitiva estatal. De esta manera, no solo se solucionan los problemas dogmáticos señalados, sino que se aporta una perspectiva distinta para la teoría del desistimiento. En efecto, sus requisitos objetivos y subjetivos deben concebirse, ahora, como exigencias necesarias para garantizar que el comportamiento del agente que desiste pueda desempeñar la función retributivo-comunicativa de la norma de sanción.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, R., *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002.
- «La reparación en Derecho penal y la atenuante del artículo 23.5 CP. Reparación y desistimiento como actos de revocación», *Revista del Poder Judicial* (63), 2001, pp. 71 y ss.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M. A., «El desistimiento idóneo fracasado», *ADPCP* (49-3), 1996, pp. 875 y ss.
- AMELUNG, K., “Zur Theorie der Freiwilligkeit eines Strafbefreienden Rücktritt vom Versuch”, en *ZStW* (120), 2008, pp. 205 y ss.
- ASUA BATARRITA, A., «Atenuantes postdelictivas: necesidad de una reformulación», en GARRO CARRERA, E./ASUA BATARRITA, A., *Atenuantes de reparación y confesión. Equívocos de la orientación utilitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BEADE, G., «La (relativa) importancia del merecimiento», *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* (II-1), 2015, pp. 103 y ss.
- BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, 1.^a ed., Engelmann, Leipzig, 1872.
- BLOY, R., “Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung”, *JuS*, 1987, pp. 528 y ss.
- BURKHARDT, B., *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1975.
- COCA VILA, I., «La legítima defensa frente a omisiones», *ADPCP* (LXIX), 2016, pp. 75 y ss.
- DAVID, A., *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
- DOLD, D., *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2017.
- DOPICO GÓMEZ ALLER, J., *Omisión e injerencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- FARRÉ TREPAT, E., «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (comentario a la STS de 21 de octubre de 1987)», *ADPCP*, 1992, pp. 711 y ss.

- FREUND, W./ROSTALSKI, F., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3. ed., Springer, Berlín, 2019.
- GILI PASCUAL, A., *Desistimiento y concurso de personas en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- HAAS, V., «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW* (123-2), 2011, pp. 226 y ss.
— *Kausalität und Rechtsverletzung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001.
- HERRMANN, M., *Der Rücktritt im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013.
- HERZBERG, R. D., “Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch und Überlegungen de lege ferenda”, *NJW*, 1991, pp. 1633 y ss.
— “Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom versuch von der Strafzwecklehre zur Schuldverfüllungstheorie”, en KÜPER (et al.), *FS-Lackner, De Gruyter*, Berlín, 1987, pp. 342 y ss.
- JÄGER, C., *Der Rücktritt als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, Beck, Múnich, 1996.
— «§ 24», en DEITERS (et. al.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9. ed., 2017.
- JAKOBS, G., «Teoría y praxis de la injerencia», *ADPCP* (LII), 1999.
— «El desistimiento como modificación del hecho», en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997 (a).
— *Derecho Penal. Parte General*, 2. ed., Marcial Pons, Madrid, 1997 (b).
- JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Comares, Granada, 2003.
- KINDHÄUSER, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6. ed., Springer, Berlín, 2013.
- KOLSTER, H., *Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch*, Peter Lang, Berna, 1992.
- LAMPE, E. J., “Rücktritt vom Versuch Amangels Interesses”, *JuS*, 1989.
- LANG-HINRICHSSEN, D., “Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)”, en ENGISCH, K./BOCKELMANN, P./KAUFMANN, A./KLUG, U., *FS-Engisch*, Klostermann, Frankfurt, 1969, pp. 352 y ss.
- LERMAN, M., *La omisión por comisión*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
- MAÑALICH, J. P., «El desistimiento de la tentativa como revisión del quebrantamiento de la norma», *InDret* (3), 2020.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *El desistimiento en Derecho penal*, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
- MAURACH, R./GÖSSEL, K./ZIPF, H., *Derecho penal. Parte General*, 7. ed., Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, S., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Tentativa irreversible y desistimiento impropio», en CANCIO MELIÁ, M./ET. AL. (Eds.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, vol. 1, UAM ediciones, Madrid, 2019, pp. 655 y ss.

- MUÑOZ CONDE, F., *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972.
- MURMANN, U., *Versuchsunrecht und Rücktritt*, Müller, Heidelberg, 1999.
- OTTO, H., *Grundkurs. Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 7. ed., De Gruyter, Berlín, 2004.
- POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta posterior al hecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- REAÑO PESCHIERA, J., «El efecto exoneratorio por desistimiento voluntario de la tentativa: ¿lo que mal empieza mal acaba?», *RDPUC* (58), 2005, pp. 453 y ss.
- ROBLES PLANAS, R., *Garantes y Cómplices*, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROSAS, A./ARCINIEGAS, M. A., «El efecto knobe: asimetrías en la atribución de intencionalidad y sus causas», *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía* (36-2), 2013, pp. 311 y ss.
- ROSTALSKI, F., *Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.
- ROXIN, C., *Tratado de Derecho penal. Parte General. T. II*, Civitas, Madrid, 2014.
- «Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch», en WEIGEND, T./KÜPPER, G., *FS-Hirsch*, De Gruyter, Berlín, 1999, pp. 327 y ss.
- RUDOLPHI, J., «§ 24», en RUDOLPHI, J./HORN, E./SAMSON, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. B. I*, Luchterhand, Neuwied, 2016.
- SANCINETTI, M., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- SCHEINFELD, J., “Dold, Dennis, Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch, 2017”, *GA* (8), 2019, pp. 524 y ss.
- SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.
- SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H., «§ 24», *StGB Kommentar*, Beck, Múnich, 2010.
- SCHUMANN, A., *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechenaufbau*, Duncker & Humblot, Berlín, 2006.
- «Der Rücktritt gem. § 24 StGB auf der ‘Tatbestandsebene’ des Versuch»; *ZStW* (130-1), 2018, p. 1-22.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», en BARREIRO, J. (coord.), *LH-Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 y ss.; también *Revista Discusiones* (7), 2007, p. 25 y ss.
- *El delito de omisión: concepto y sistema*, BdeF, Buenos Aires, 2003.
- «La regulación del íter críminis», en EL MISMO, *El nuevo Código Penal. Cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 121 y ss.

- STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General I: el hecho punible*, Civitas, Madrid, 2005.
- ULSENHEIMER, K., *Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis*, De Gruyter, Berlín, 1976.
- V. DER HAYDT, R., *Perspektivität von Freiheit und Determinismus*, Duncker & Humblot, Berlín, 2017.
- V. HIPPEL, E., *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuchs*, De Gruyter, Berlín, 1966.
- V. SCHEURL, G., *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.
- VACCHELLI, E., *Significado y función del principio de accesoriedad*, Atelier, Barcelona, 2020.
- VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.
- WEGE, H., *Rücktritt und Normgeltung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2011.
- WEINHOLD, I. E., *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- WESSELS, J./BEULKE, W., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48. ed., Müller, Heidelberg, 2018.

