

## Tentativa y desistimiento

### Attempt and Withdrawal

**Ever Ariel Orrego Dubón**

Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal

Universidad de San Carlos de Guatemala

arielorrego7@hotmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-9149-3041>

**Recibido:** 04/02/2025

**Aceptado:** 15/05/2025

**Publicado:** 20/05/2025

### Referencia del artículo

Orrego Dubón, E. A. (2025). Tentativa y desistimiento. *Revista de Postgrado de Derecho*, 1(1), 39–55.  
DOI: <https://doi.org/10.36314/postgradosederecho.v1i1.4>

### Resumen

**PROBLEMA:** en materia penal, la tentativa y el desistimiento son figuras jurídicas que se pueden aplicar a un hecho, sin embargo, su interpretación y aplicación ha tenido diversos criterios, sin tomar los elementos normativos de cada una. **OBJETIVO:** en el presente caso se aborda el tema de la tentativa y desistimiento, para ampliar su concepción legal y doctrinaria, ejemplificando casos en concreto, las similitudes y diferencias entre ambas, así como la forma procesal de resolverlas. **MÉTODO:** la metodología utilizada se basa en el método inductivo y deductivo descriptivo, pues se analiza el fenómeno planeado como una hipótesis y generalizando la información del tema que se plantea, así como derivar de lo general a lo específico. **RESULTADOS:** se tienen diversas concepciones en cuanto a la tentativa y el desistimiento, la tentativa ha sido aplicada con mayor frecuencia no así el desistimiento, son temas con aportes doctrinarios que enmarcan cada figura. Ambas figuras pueden ser aplicadas a un caso concreto si se dan los presupuestos subjetivos y objetivos. **CONCLUSIÓN:** la tentativa y el desistimiento son figuras jurídicas penales vigentes, que tienen similitudes, partiendo de un elemento general como lo es el dolo, también tienen momentos distintos en la acción de una persona que realiza una conducta antijurídica, siendo distinta la punibilidad para cada una. La diferencia entre una y otra se limita a los elementos subjetivos y objetivos, en los que interviene la voluntad del sujeto y la lesión al bien jurídico tutelado.

**Palabras clave:** tentativa, desistimiento, arrepentimiento efectivo, fase interna de la acción, comportamiento voluntario, forma accidental del delito

## Abstract

**PROBLEM:** in criminal matters, attempt and desistance are legal concepts that can be applied to an act; however, their interpretation and application have been subject to various criteria, without considering the normative elements of each. **OBJECTIVE:** this case addresses the issue of attempt and withdrawal, in order to expand its legal and doctrinal conception, exemplifying specific cases, the similarities and differences between both, as well as the procedural form of resolving them. **METHOD:** the methodology used is based on the inductive and deductive descriptive method, since the planned phenomenon is analyzed as a hypothesis and generalizing the information of the topic at hand, as well as deriving from the general to the specific. **RESULTS:** there are different conceptions regarding attempt and desistance, the attempt has been applied more frequently but not the desistance, they are topics with doctrinal contributions that frame each figure. Both figures can be applied to a specific case if the subjective and objective assumptions are given. **CONCLUSION:** attempt and desistance are current criminal legal figures, which have similarities, starting from a general element such as intent, they also have different moments in the action of a person who performs an unlawful conduct, the punishability for each being different, the difference between one and the other is limited to the subjective and objective elements, in which the will of the subject and the injury to the protected legal asset intervene.

**Keywords:** attempt, desistance, effective repentance, internal phase of the action, voluntary behavior, accidental form of the crime

## **Introducción**

En materia penal, existen diversas figuras jurídicas que se aplican al procedimiento, estas de carácter general o universal para cualquier hecho que se considere delictivo, determinándose en una fase propia del comportamiento humano como lo es la acción y de ella el dolo como la voluntad del querer hacer algo previsto.

Se aborda el tema desde la perspectiva del grado de ejecución del delito, como lo pueden ser la tentativa y el desistimiento, las cuales están reguladas en el Código Penal, siendo de susceptible aplicación. Sin embargo, en la práctica procesal se ha visto frecuente y claramente la aplicación de la tentativa, habiendo amplia línea jurisprudencial que describe sus elementos y susceptibilidad de aplicación a casos específicos. Sin embargo, en la búsqueda de doctrina y jurisprudencia respecto a la tentativa, se advierte limitada información y determinación de casos resueltos bajo esa figura jurídica.

Por lo que, al ser ambas aplicadas en una fase primaria del delito, en el cuál no se da la consumación del delito, determinándose que en la tentativa es por causas ajenas a la voluntad del sujeto que realiza la acción y en el caso del desistimiento es por la propia voluntad y retractamiento voluntario del sujeto.

De esa cuenta, se describen aspectos generales que se dan para ambas figuras, así también se describe cada una de ellas desde el punto de vista jurídico legal, doctrinario y práctico, con la finalidad de determinar ciertas similitudes, consecuencias y efectos legales para cada una, los factores a tomar en cuenta para diferenciarlas y poder tener una mejor y mayor perspectiva práctica para los casos que se presenten en la litigación jurídica penal.

## **Materiales y métodos**

Los métodos empleados son el inductivo, partiendo del tema principal, el cual, por ser compuesto, fue necesario hacer descripciones de cada elemento y poder arribar a conclusiones individuales y luego realizar una interrelación de los mismos para armonizar el tema y su finalidad.

Se utilizó el método deductivo, en el cual se procedió a desglosar las generalidades, descentralizando su enfoque aplicado a la realidad jurídica para tener la visión sobre los planteamientos doctrinarios, el origen, la motivación de los mismos y su finalidad, haciendo un mapeo conglomerado y comparado del derecho, que no puede ser universal su interpretación y conceptualización.

También se hizo aplicación de técnicas bibliográficas y de investigación documental, como libros, normas jurídicas y jurisprudencia.

## Resultados y discusión Tentativa y desistimiento

### Generalidades

Los términos jurídicos de desistimiento y tentativa tienen un reconocimiento en la norma penal sustantiva, por lo tanto, siendo derecho positivo vigente, es de observancia y aplicación cuando en un caso particular concurren los presupuestos señalados en las disposiciones legales.

Aunque parezcan claras las figuras penales de la tentativa y el desistimiento, en la práctica procesal, en el caso de la tentativa, ha tenido diversas interpretaciones en su aplicación y el desistimiento, no ha tenido mayor aplicación en casos de índole penal.

Resulta importante resaltar que, ante el reconocimiento de un derecho penal de acto, el cual es garantista, porque se tiene la esperanza del juzgamiento de actos y conductas humanas que materialicen un resultado, el cual debe provocar una lesión en el bien jurídico tutelado, siendo la consecuencia la modificación en el mundo exterior. Entonces, se espera que la protección del bien jurídico esté basada en un derecho penal de acto, reconocido en el artículo 17 Constitucional, en donde se juzgue a la persona por lo que hace y no por lo que es, siendo ésta última una clara manifestación y reconocimiento de un derecho penal de autor, el cual es claramente antigarantista, porque se castiga un peligro abstracto atendiendo aspectos y cualidades de la persona.

Partiendo de ello, es que se abordan las figuras jurídicas de la tentativa y desistimiento, atendiendo a una conducta humana que se exteriorice y pueda producir una ofensa al bien jurídico tutelado, por lo que, lo importante es, determinar el grado de ejecución de la conducta, la cual puede desencadenar los elementos secuenciales de la teoría del delito, sin embargo, para efectos prácticos, solo se analizarán las dos figuras penales indicadas.

Otro aspecto general a resaltar es, que se atienden las figuras jurídicas desde la perspectiva del dolo, toda vez que si bien se reconocen delitos culposos y omisivos, los mismos están claramente delimitados, conocidos doctrinariamente como números clausus.

Atendiendo a un comportamiento deseado y realizado por el sujeto, que debe ser la base para determinar el encausamiento de sus actos, tenemos claro que, la conducta no es más que la finalidad de su voluntad.

Refiere Zaffaroni (2006), toda voluntad tiene una finalidad, porque siempre que se tiene voluntad es de algo. Este es un dato de la realidad (óntico). Por otra parte, la exigencia constitucional del *nullum crimen sine conducta* indica que cuantos más requisitos exija el concepto de conducta de acción, menor será el ámbito de entes que se pueden prohibir. Esto es cuanto más limitado sea el campo abarcado por el concepto jurídico penal de acción, menos posibilidades tendrán los tipos de prohibir. (p. 315).

De esa cuenta, la norma penal, contempla un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, al configurarse el supuesto de hecho, efectivamente se está violentando el bien jurídico, aunque en la práctica erróneamente se describe que la conducta constituye una violación a las leyes, lo cual no es correcto, porque la norma penal no se violenta, más bien se cumple por la forma en que se describe la conducta, lo cual es, como ya se indicó un supuesto de hecho que se configura con realizar la conducta esperada, lo que se vulnera, violenta o lesiona es el bien jurídico protegido.

Ahora bien, atendiendo a la conducta como manifestación de la voluntad, lo que se entiende como un elemento doloso, es importante recordar que tiene fases en el sujeto, lo cual, debe analizarse desde la perspectiva exteriorizada al mundo, porque resulta imposible comprender su propósito y finalidad sin que se materialice y produzca un resultado lesivo.

Para comprender el alcance y delimitación del desistimiento y la tentativa, se debe tener presente que la acción, como un hecho o comportamiento humano, tiene dos aspectos, el querer y la voluntad, de los cuales surgen dos fases, la primera es la interna, que comprende el querer y desear realizar una conducta que aún está en el pensamiento, a la que le pertenece la proposición de un fin, así como la selección del medio para su realización. Luego de propuesto el objetivo, pasa a la fase externa, en donde el autor procede a su realización y materialización en el mundo exterior, por lo que pone en marcha conforme al plan, procurando alcanzar el objetivo propuesto.

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, es decir, que el dolo tiene un aspecto de conocimiento (intelectual) y otro de voluntad (volitivo o conativo), toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer ciertos conocimientos. Los actos de conocimiento y de resolución son anteriores a los actos de acción, pues éstos presuponen un conocimiento que permita tomar una resolución determinada. (Zaffaroni, et al, 2006. p. 404).

Teniendo claro que existe una fase interna y una fase externa, lo que se traduce a elementos subjetivos y objetivos, finalmente hay una acción y un resultado previsto en la norma como parte de la causalidad. De forma general, la acción es una expresión de la voluntad humana en materializaciones externas que pueden ser previstas por la persona y pueden ser un supuesto de hecho contemplado en la norma jurídica penal, por lo consiguiente, también admiten poder ser evitadas, lo que conllevaría en la no configuración del tipo penal, conocida como atipicidad.

## Tentativa

La definición legal se encuentra en el artículo 14 del Código Penal, se establece que: “Hay tentativa, cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente”. Para ello, atendiendo la definición legal, se pueden resaltar tres aspectos fundamentales de esta figura jurídica.

En primer lugar, el autor ha de haber realizado actos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo penal directamente. Esto excluye que la responsabilidad por tentativa se sustente solo sobre la voluntad o sea la fase interna o subjetiva en donde aún está en resolución, siempre que esta aún no se haya materializado en hechos exteriores. De esta forma se reduce el ámbito de aplicación de la tentativa, se evita su ampliación y con ello la punibilidad de la conducta, pues la fase interna que pudiese representarse como la preparación, por lo general resultaría impune.

En segundo lugar, los hechos externos que constituyan el comienzo de la realización del hecho típico deben ser objetivamente adecuado para la producción del resultado. Al tomar en cuenta este elemento del supuesto de la definición legal, se hace referencia claramente a la causalidad. Por lo que debe tenerse claro que la tentativa solo existe si se ha puesto en marcha un nexo causal idóneo para la producción del resultado, lo cual también es exigible por la ley para aquellos delitos conocidos como de resultado. Al respecto el artículo 10 del Código Penal prescribe: “Relación de causalidad: Los hechos previstos en las figuras delictivas serán atribuidos al imputado, cuando fueren consecuencia de una acción u omisión normalmente idónea para producirlos, conforme a la naturaleza del respectivo delito y a las circunstancias concretas del caso o cuando la ley expresamente los establece como consecuencia de determinada conducta.”

Atendiendo a este elemento, se excluye del alcance de la tentativa los supuestos de una tentativa irreal, supersticiosa que se pueda caracterizar porque el sujeto ha representado un nexo causal solo en su mente, pero no conforme al saber lógico que sea susceptible de causar el resultado.

En tercer lugar, debe observarse que el nexo causal idóneo puesto en marcha por el autor no haya desembocado en la producción del resultado, lo que la norma supone como esa causa ajena a la voluntad del sujeto, porque, de otra manera, no estaríamos ante una tentativa sino ante un delito consumado. Por lo que, si el sujeto a puesto en marcha un proceso causal adecuado y no obstante, el resultado no se produce, esto se conoce como un error en la tipicidad y sobre la causalidad, porque al faltar la materialización causal por la cual se representa la voluntad del sujeto sobre la finalidad de sus actos que pueden modificar la realidad en la forma deseada por él y prohibida por el ordenamiento jurídico.

La tentativa doctrinariamente ha sido debatida desde dos corrientes, la tentativa idónea e inidónea, también conocidas como teoría subjetiva y teoría objetiva, representando la consecuencia jurídica para la primera con castigo y para la segunda como impune. Concebidas también en la doctrina como tentativa acabada y tentativa inacabada, en la que de una forma más práctica se distingue la acabada porque el autor realiza todos los elementos necesarios para su propósito, o sea, ya perdió el control del riesgo, y la inacabada supone el control sobre el riesgo y no ha comenzado materialización alguna.

Para comprender las mismas, se cita un ejemplo hipotético: El sujeto activo, piensa que reposa en la cama la víctima, sin embargo en realidad la cama fue abandonada por el ocupante instantes antes, pero al no saber esto, el sujeto ve un bulto que forma la almohada y dispara, en la creencia de que se trata de la víctima.

La corriente de la tentativa idónea (subjetiva), contempla un momento *ex ante*, porque supone que el acto pudo ser apto para lesionar el bien jurídico, para lo cual hubiera bastado la creencia de que el autor creyó que la cama estaba ocupada. Bajo este criterio habría punibilidad.

Por su parte, la corriente de la tentativa inidónea (objetiva), la cual se basa en un evento *ex post*, sostiene que toda tentativa resulta ineficaz para representar una lesión del bien jurídico, esto porque el resultado lesivo no se ha producido, considera que la tentativa genuina es aquella en la que, al momento de actuar, el actor produce un resultado, excluyéndose la peligrosidad, constituiría una tentativa el peligro objetivo para el bien jurídico y no el subjetivo. Por lo que la tentativa inidónea sería impune.

La llamada teoría objetiva considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación. Sin embargo, la teoría objetiva pudo ser extendida a la tentativa inidónea reconociendo que no solo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor. (Bacigalupo, 1999, p. 464)

Ahora bien, analizando ambas corrientes, se concluye sobre la correcta y adecuada aplicación apegada a la disposición legal de tentativa. La primera no tiene juicios de adecuación y que la conducta constituya el desvalor e injusto, falta nexo causal real y un objeto de ataque adecuado a la finalidad. En la primera teoría se considera la tentativa con el desvalor de la acción (interno) lo cual es propio de un derecho penal de autor; en cambio, la inidónea, requiere un desvalor del resultado. La tentativa se fundamenta en la aplicación de leyes causales idóneas que, debido a la imposibilidad de prever todos los acontecimientos, a veces no causan el resultado.

Para aplicar la tentativa, deben verificarse los elementos externos y objetivos, no solo lo subjetivo. Lo cual resulta importante para determinar si en efecto, la conducta desplegada sin causas independientes a la voluntad del sujeto que impidan el resultado, pueden ser punibles o no.

El sistema penal guatemalteco, admite una tentativa que represente factores objetivos y materiales, que efectivamente contemplen un peligro objetivo para el bien jurídico tutelado, esto se confirma con la disposición legal del artículo 15 del Código Penal, el cual regula: “Tentativa imposible. Si la tentativa se efectuara con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulte absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.”. Lo que descarta un peligro incierto y subjetivo.

La doctrina contempla distintos conceptos respecto a la tentativa, por supuesto dependiendo de la regulación legal que se le dé a la misma en cada sistema, pero se cita un concepto básico y general:

Se designa tentativa a la manifestación de la decisión de cometer un hecho punible mediante acciones que se disponen directamente a la realización del tipo legal, pero que (aún) no han llevado a la consumación. Lo característico de la tentativa viene dado por la falta del tipo objetivo del injusto, a pesar de que se han satisfecho plenamente los presupuestos subjetivos del tipo. Una tentativa solo es punible si existen los siguientes elementos: la punibilidad del hecho que se ha intentado, la ausencia de la consumación del hecho, una decisión determinada al hecho, y la inmediata disposición a la realización del tipo. (Wessels, et al, 2018, p. 415).

Respecto al momento en que se debe tomar en cuenta el surgimiento de la tentativa, refiere Mir Puig, (2006) “Los actos preparatorios, y entre ellos la conspiración, la proposición y la provocación, presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado. En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa” (p. 346).

La tentativa es la forma accidental o también conocida como imperfecta del delito; es la interrupción del iter críminis, siendo el tipo penal lo que no se consuma, o sea, si la norma prevé un comportamiento determinado, matar, lesionar, tomar cosa ajena, entre otros, debe primeramente analizarse la acción idónea para producir ese resultado y luego, determinar cuál fue esa causa ajena a la voluntad del sujeto que le impidió completar los elementos del tipo penal para tenerlo por consumado.

El problema en la práctica, es que se hacen proposiciones y atribuciones subjetivas, más bien imaginativas, por ejemplo, el sujeto, por llevar un arma se presume y supone que su intención es matar por ser un medio idóneo para ello; una persona desconocida entra a una casa de habitación y se presume que su intención es robar o matar, pero no se han exteriorizado y materializado acciones concretas, en primer lugar que den elementos para conocer la finalidad y en segundo lugar, la determinación de las causas que no permitieron alcanzar el propósito resuelto. Claro que deben analizarse varios elementos previos, durante y posterior al hecho, pero en concreto, muchas veces la carencia de presupuestos subjetivos y objetivos, se complementan con la imaginación del “creer” “saber” cuál era la finalidad, aplicando así erradamente la figura de la tentativa.

La doctrina legal y jurisprudencia han tenido un campo amplio al respecto, pero se ha mantenido el espíritu de lo que en efecto es la tentativa, al respecto en un caso específico, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó al resolver:

“...En el presente caso quedo acreditado que el procesado realizó actos externos idóneos para el delito de violación pero no los consumó por causas independientes a su voluntad, pues consta que con violencia intentó abusar sexualmente de la menor agraviada, quien reaccionó y lo empujó y el procesado cayó al suelo, lo que aprovechó la víctima para salir huyendo y pedir auxilio; ese extremo por construir un hecho acreditado corresponde darle la calificación legal del delito de violación en grado de tentativa de conformidad con el artículo 14, relacionado con los artículos 173 y 195 todos del Código Penal, pues se acreditó que la intención era la de tener acceso carnal vía vaginal contra la voluntad de la víctima y no lo consumó porque esta se dio a la fuga, lo cual fue una causa independiente a la voluntad del agresor. (Sentencia de Casación, Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente No. 1107-2016 y 1108-2016 de fecha 30/03/2017).

En la resolución, se aprecia que fueron citados elementos propios de la tentativa y su razonamiento es acorde a la disposición legal del artículo 14 del Código Penal, siendo un caso en donde se determina que concurría el grado de ejecución del delito en tentativa. Ahora véase un caso en el cuál no concurren los elementos de la tentativa. Analizándose con los presupuestos del dolo directo y el dolo eventual.

En tal sentido, esta Cámara establece en cuanto a las relacionadas víctimas que lo solicitado por el ente fiscal no es procedente, toda vez que las consideraciones del Tribunal de Sentencia obedecen a que, debido a que las acciones del procesado se enmarcaron dentro de la existencia de un dolo eventual, se entiende que su actuar no buscaba de propósito causar específicamente la muerte de todas las víctimas (dolo directo); por ende, se entiende que al haberse enmarcado su conducta dentro del dolo eventual, únicamente configuró una probabilidad, por lo que no podría considerarse que las lesiones causadas en las otras víctimas sean consideradas dentro del tipo penal de homicidio, en grado de tentativa, puesto que su actuar no conllevaba un dolo directo a producir la muerte de todas las demás víctimas. En ese sentido, no tendría aplicación el contenido del artículo 14 del Código Penal, (...) toda vez que para la configuración de la tentativa, es presupuesto esencial que debe existir la voluntad del sujeto activo que conlleva la finalidad de cometer el delito; sin embargo, en el presente caso, se acreditó la existencia de un dolo eventual, entendido este como una probabilidad de producir un daño. Cuestión distinta al dolo directo, que conlleva el ánimo o voluntad, en este caso de matar; (...) no obstante, esta intención no fue acreditada en el actuar del procesado (...) Esta Cámara determina que el procesado incurrió en los delitos de lesiones graves y lesiones leves. (Sentencia de Corte de Constitucionalidad, expedientes 5304-2023 y 5316-2023 de fecha 26/09/2024).

Como puede apreciarse, la tentativa no es solo una figura jurídica que debe analizarse de forma aislada e independiente, sino que, atendiendo a las circunstancias del caso, en donde debe verificarse la conducta desde la fase interna y externa, en una función subjetiva y objetiva, para que pueda determinarse que en efecto deben concurrir elementos propios del tipo penal, la conducta idónea para producirlo y que el dolo sea directo, el cual se debe corroborar o descartar con los elementos objetivos, o sea lo que se exterioriza o materializada en el bien jurídico tutelado, para luego verificar también, que no se da la consumación de tal propósito por causas ajenas e independientes a la voluntad del sujeto. Solo así estaríamos ante un delito tentado, de lo contrario a falta de presupuestos objetivos, la conducta sería distinta o atípica.

La tentativa siempre será punible, es algo que se debe dejar claro, porque de alguna manera se puso en marcha una resolución delictiva que atentó contra el bien jurídico, que no se consumara por causas independientes a su voluntad, no le eximen de responsabilidad, sin embargo, penalmente se atenúa la consecuencia jurídica traducida en la pena para el delito principal y de conformidad con el ordenamiento jurídico, es de manera generalizada con la misma fórmula de reducción a la pena en sus parámetros mínimos y máximos, esto también dependiendo se actúa como autor o cómplice.

El artículo 63 del Código Penal, estipula: Al autor de tentativa y al cómplice de delito consumado, se les impondrá la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en una tercera parte. También se establece en artículo 64 del mismo cuerpo legal. A los

cómplices de tentativa, se les impondrá la pena que la ley señala para los autores del delito consumado, rebajada en dos terceras partes.

## Desistimiento

El artículo 16 del Código Penal, conceptualiza: Desistimiento. “Cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se le aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos.”

El desistimiento debe atenderse desde una perspectiva personal del sujeto activo, porque el resultado en todo caso prevista está subordinado a su voluntad y no de un tercero o causa independiente a su voluntad como en el caso de la tentativa; el desistimiento, es un acto de carácter personalísimo en el que única y exclusivamente interviene la voluntad del sujeto. Sin embargo, lo que debe determinarse es la línea que marca el límite entre desistimiento y comienzo de la tentativa.

Quando el autor voluntariamente impide la consumación del hecho o, en caso de que el hecho no pueda consumarse sin su ulterior intervención, se esfuerce de forma voluntaria y seria en impedir la consumación, habrá exención de pena. De acuerdo con la opinión dominante, para impedir la consumación, basta con que el autor que ha decidido desistirse ponga en marcha de modo consciente y querido un nuevo curso causal que, por lo menos, sea cocausal para la exclusión de la consumación. Por eso, no es necesario que el autor lleve a cabo la posibilidad más óptima o más segura para impedir el resultado. Más bien, solo es determinante que el autor renuncie definitivamente a su dolo del hecho y que elija una acción de salvamento que considere idónea para impedir la consumación del hecho. (Wessels, et al, 2018, p. 446).

Los hechos sociales considerados como conductas prohibidas por las normas penales, de alguna manera producen temor e incertidumbre y en efecto, esto provoca una serie de prejuicios y estigmas que a veces se transmiten en suposiciones, abriendo la puerta a consideraciones subjetivas, lo que se ha indicado ya, es propio de un derecho penal de autor. Pero el sistema penal no puede admitir tales estereotipos, sino atender a un sistema garantista de derecho penal de acto.

Quando se despliega una conducta y no se consuma una lesión, se puede considerar como un fracaso a la consumación, sin embargo, atendiendo a la fase en que sea objetivamente posible verificar esa conducta, sin exteriorización de una lesión y causa ajena al sujeto que la impidan, debe considerarse como un desistimiento voluntario.

Pozuelo Pérez, (2003) refiere que:

“El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad ex ante ni, por tanto, la prohibición de la conducta. [...] Mas si se concibe 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.” (p. 243).

El desistimiento será siempre un evento ex ante a la tentativa, pues el desistimiento impide la configuración del injusto de la tentativa, sin embargo, debe haber un acto como tal que represente un injusto, porque de no haber injusto, no habría sobre qué desistir, sería un hecho o acto social atípico. Por ello, resulta importante delimitar que, hasta cierto punto habrá una puesta en peligro del bien jurídico, pero no una lesión al punto de consumarse y tampoco su impedimento sea por causas exteriores o ajenas a la voluntad del sujeto. La característica del desistimiento es su voluntariedad. Para lo cual por supuesto debió ya iniciar un camino atendiendo a la idea y resolución, pero que no ha llegado a exteriorizar un resultado ofensivo como el deseado.

Evitar la producción del resultado lesivo es la condición necesaria para la impunidad por desistimiento. Esta es una actividad psíquica del sujeto que desiste. El desistimiento debe ser posible y definitivo, además debe haber una evitación de la consumación del delito, en la cual el sujeto abandona voluntariamente su propósito originario de cometer la acción típica. Por ejemplo, una mujer que está embarazada y ha decidido abortar, se cerciora de tener los elementos necesario para ese fin, sin embargo, en el momento considera que por estar avanzado el embarazo, pudiera producirse su muerte o graves problemas de salud, decide desistir.

El desistimiento es de carácter personal, si en un hecho intervienen varios sujetos y uno o algunos de ellos deciden voluntaria y efectivamente desistir o intenten impedir seria, firme y decididamente la consumación, solo en cuanto a ellos se extiende el desistimiento, aunque se consume el hecho. No habría responsabilidad por el hecho consumado y tampoco por tentativa, si hasta cierto punto su actuar no fue impedida por otra causa ajena a su voluntad.

No será sancionado por tentativa quien renuncia voluntariamente a seguir ejecutando el hecho o impide su consumación. Si el hecho no se consuma sin la intervención de quien se desiste, él quedará exento de pena si se esfuerza voluntaria y seriamente en impedir la consumación. El desistimiento voluntario neutraliza la punibilidad de la tentativa resultante, sin embargo, sin poder suprimir completamente el reproche de culpabilidad. Ese desistimiento no despliega ningún efecto disculpante, como supone una opinión minoritaria, sino que más bien constituye una causa personal de exención de la pena. (Wessels, et al, 2018, p. 434).

En concreto, el desistimiento voluntario sin lesión a bien jurídico en la fase de comisión del delito, no es punible, aunque el código penal no lo expresa taxativamente, debe atenderse a que la norma contempla que solo se aplicará sanción para los actos ejecutados, si estos constituyen delito por sí mismos. Al respecto, se puede ejemplificar, en un caso hipotético. El sujeto ingresa a una residencia con arma de fuego en mano cargada, se dirige al lugar donde la víctima duerme y le apunta, sin embargo, sin intervención de actos de la víctima u otra causa, el sujeto decide abandonar su propósito voluntariamente y se retira. Habría desistimiento de la voluntad y finalidad de dar muerte, mas no así de allanar la residencia. Por lo tanto, solo habría responsabilidad penal por el allanamiento.

### **Análisis práctico jurídico**

Atendiendo las dos figuras jurídicas analizadas, se puede concluir que, si bien ambas se manifiestan con la conducta humana antes de la consumación del ilícito penal. Por lo tanto, la lesión al bien jurídico no es bajo el supuesto de hecho constitutivo del tipo penal.

La tentativa es la forma imperfecta del delito, si bien, interviene la voluntad y deseo del sujeto en cuanto a un acto ilícito, la misma debe ser materialmente posible y además, la no consumación no depende de la voluntad del sujeto, sino de una causa independiente a su voluntad, que por alguna razón no fue prevista o esperada, lo que altera el resultado previsto en el mundo exterior. Distinto es en cuanto al desistimiento, que inicia con una voluntad subjetiva y la consumación e inclusive la tentativa de la consumación, se ve limitada, pero por voluntad del sujeto, quien decide no continuar.

Así, por ejemplo, para diferenciar ambas, en casos hipotéticos; si el agresor sexual eyacula prematuramente antes de la penetración, o la pistola se encasquilla, o la ganzúa se rompe, las tentativas de violación, homicidio o robo siguen siendo punibles, ya que el resultado consumativo no se produce por causas independientes de la voluntad del agente y no por su propio y voluntario desistimiento.

Dentro de los aspectos fundamentales para determinar un desistimiento, se debe tomar en cuenta los elementos subjetivos y objetivos desplegados por el sujeto activo, quién es el único en poder limitar e impedir la consumación del ilícito propuesto. Habiendo control y dominio funcional de inicio y también de fin a su acción, en ambos casos acompañados de la voluntad.

Para sustentar un efectivo desistimiento, también se debe tomar en cuenta principios, como el de duda razonable, in dubio pro reo y el principio que indica “quien puede lo más, puede lo menos”, que refiere, que si el actuar de un sujeto es considerado en su fase interna con un fin

delictivo y se atribuyen elementos para creer que es capaz de realizar el ilícito, también debe operar en su favor la misma voluntad y capacidad para creer que ha desistido efectivamente, que ha mantenido el control de la situación y hasta el punto de su actuar, aún no lesivo o materializado, está bajo su dominio funcional del hecho, al asumir pleno control de la situación.

Es claro que en la aplicación práctica de la tentativa a un hecho en particular, deben verificarse los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal y en especial que sea clara, manifiesta y probada la causa que, siendo ajena a la voluntad del sujeto, impidió su consumación.

Se debe tener presente que la tentativa es punible, atribuyéndosele una rebaja de la pena principal, por su parte, el desistimiento, al no expresar, materializar o lesionar un bien jurídico y sea el retractamiento voluntario del sujeto, al no haber consumación ni causa independiente que impida el resultado previsto, resulta ser una conducta atípica y consecuentemente impune.

Dentro de la jurisprudencia y la doctrina, poco se ha abordado el tema del desistimiento y su diferencia con la tentativa; se ha visto que en muchas ocasiones, no se han consumado delitos y se han calificado dentro del grado de ejecución de tentativa, pero, en realidad se ha aplicado la tentativa a un supuesto incierto y atendiendo al peligro provocado por el sujeto, sin embargo, no se han expresado las causas ajenas a voluntad del agente que impidieron la realización del resultado previsto, lo cual es necesario y determinante, de lo contrario el hecho puede ser constitutivo de otro delito e inclusive una conducta atípica.

El hecho que en la práctica jurídica no se hayan resuelto casos atendiendo al desistimiento, no significa que no se den los presupuestos para su aplicación y con ello buscar la impunidad de las personas señaladas de un hecho posiblemente delictivo, pero que no se materializó y no intervino una causa independiente a la voluntad del sujeto.

## Conclusión

Las figuras jurídicas penales de tentativa y desistimiento, tienen un reconocimiento legal en el sistema penal guatemalteco. Las cuales se pueden verificar desde un elemento inicial en la acción del sujeto que realiza una conducta prohibida, habiendo una manifestación a través del dolo y voluntad del sujeto.

Si bien existen similitudes en cuanto a que no se consuma el resultado previsto, la diferencia más importante es que, en cuanto a la tentativa, no se consumó por una causa independiente de la voluntad del sujeto y el desistimiento es una conducta que conlleva la voluntad y

arrepentimiento efectivo por el sujeto, en el cual, si bien exterioriza una conducta delictiva, aún posee el dominio del hecho para retractarse y dar marcha atrás a la voluntad inicial.

La determinación de los elementos subjetivos y objetivos en la conducta de la persona son los factores importantes para determinar el alcance de la voluntad y el dolo respecto al resultado previsto, de allí que puede distinguirse si el hecho no se consuma por voluntad propia del sujeto o por alguna causa independiente a su voluntad. Lo que conllevaría a determinar un efectivo desistimiento o bien un acto tentado.

La tentativa al ser una forma imperfecta del delito que representó la voluntad de lesionar el bien jurídico tutelado y por causas ajenas a la voluntad e independientes al sujeto no se consuma, dicha conducta será punible, conteniendo una rebaja fraccionada de la pena. Por aparte, el desistimiento al ser efectivo no conllevaría punibilidad alguna, salvo que se cometiera delito derivado de los hechos exteriorizados.

La doctrina y jurisprudencia poco han abordado el desistimiento, ello no supone que sea imposible de verificar sus presupuestos para aplicarse en casos concretos y darle la resolución justa al proceso. Para lo cual, se debe analizar desde la perspectiva del peligro jurídico causal y no bajo un peligro incierto o abstracto de prejuicios sociales.

## **Referencias**

Cámara Penal, Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Sentencia de Casación dentro de los expedientes No. 1107-2016 y 1108-2016 de fecha 30 de marzo de 2017.

Constitución Política de la República de Guatemala [Const]. 14 de enero de 1986. Asamblea Nacional Constituyente (Guatemala)

Código Penal Guatemalteco [CP]. Decreto 17-73. 1974. Congreso de la República de Guatemala (Guatemala).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, sentencia de amparo, dentro de los expedientes 5304-2023 y 5316-2023 de fecha 26 de septiembre de 2024.

Bacigalupo, E. (1999). Derecho Penal, Parte General. 2da. Ed. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi SRL. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Bacigalupo-1999-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

Mir Puig, S. (2006) Derecho Penal, Parte General. 8ª. Ed. Barcelona, España: REPERTOR. <https://proyectozero24.com/wp-content/uploads/2021/09/Mir-Puig-2006-Derecho-Penal.-Parte-General.pdf>

Pozuelo, P. (2003) El desistimiento en la tentativa y la conducta posterior al hecho. Valencia: Tirant lo Blanch. <https://editorial.tirant.com/es/libro/el-desistimiento-en-la-tentativa-y-la-conducta-postdelictiva-laura-pozuelo-perez-9788484428640>

Wessels, J., Beulke, W. y Satzger H. (2018). Derecho Penal, Parte General, El delito y su estructura. 46a. Ed. Perú: Instituto Pacífico S.A.C. Derecho\_Penal\_Parte\_General\_El\_delito\_y.pdf

Zaffaroni, E., Alagia, A., y Sloka, A. (2006). Manual de derecho penal. Parte General. 2da Ed. Buenos Aires, Argentina: EDIAR. MANUAL\_DE\_DERECHO\_PENAL\_PARTE\_GENERAL (1).pdf

## **Sobre el autor** **Ever Ariel Orrego Dubón**

Actualmente tiene pensum de estudios culminado en el Doctorado en Derecho Penal y Procesal Penal, cuenta con Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal, es Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario.

## **Financiamiento de la investigación**

Con recursos propios.

## **Declaración de intereses**

Declara no tener ningún conflicto de intereses, que puedan haber influido en los resultados obtenidos o las interpretaciones propuestas.

## Declaración de consentimiento informado

El estudio se realizó respetando el Código de ética y buenas prácticas editoriales de publicación.

### Derechos de uso

Copyright© 2025. Ever Ariel Orrego Dubón. Este texto está protegido por la [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional](#).



Es libre para compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y adaptar el documento, remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier propósito, incluso para fines comerciales, siempre que cumpla la condición de: Atribución: Debe dar crédito a la obra original de manera adecuada, proporcionar un enlace a la licencia, e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que tiene el apoyo del licenciante o lo recibe por el uso que hace de la obra.

[Resumen de licencia - Texto completo de la licencia](#)