

HÉCTOR ALEJANDRO DAVID

EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

REPERCUSIONES PRÁCTICAS
DEL FUNDAMENTO DE SU IMPUNIDAD

Prólogo de
Rafael ALCÁCER GUIRAO

Presentación de
Guillermo J. YACOBUCCI

Marcial Pons

BUENOS AIRES | MADRID | BARCELONA

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	9
PRÓLOGO	11
PRESENTACIÓN	15
NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR.....	17
INTRODUCCIÓN	19

CAPÍTULO I

TEORÍAS «CLÁSICAS» SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN	25
2. LAS TEORÍAS JURÍDICAS	25
2.1. Las teorías jurídicas subjetivas	26
2.2. Las teorías jurídicas objetivas.....	28
2.3. Crítica a las teorías jurídicas	29
3. TEORÍA POLÍTICO-CRIMINAL O DEL «PUENTE DE ORO».....	32
3.1. Exposición.....	32
3.2. Crítica a la teoría del «puente de oro»	37
4. TEORÍA DEL «PREMIO» O DE LA «GRACIA»	43
4.1. Exposición.....	43
4.2. Crítica a la teoría del «premio» o «gracia».....	45
5. TEORÍAS DEL «FIN DE LA PENA».....	49
5.1. Las distintas formulaciones.....	50
5.2. La «comprensión totalizadora».....	52
5.3. La teoría del «fin de la pena modificada»	53
5.4. Crítica a las teorías del «fin de la pena»	55

CAPÍTULO II

LAS TEORÍAS «CONTEMPORÁNEAS» SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN	63
2. LA TEORÍA DE LA EQUIDAD	63

	Pág.
2.1. Exposición.....	63
2.2. Crítica a la teoría de la equidad	65
3. LA TEORÍA DEL INTERÉS DE LA VÍCTIMA.....	65
3.1. Exposición.....	65
3.2. Crítica a la teoría del interés de la víctima.....	66
4. LA TEORÍA DEL PAGO DE LA DEUDA.....	67
4.1. Exposición.....	67
4.2. Crítica a la teoría del pago de la deuda	67
5. LA TEORÍA DE LA REVERSIÓN DEL PELIGRO	69
5.1. Exposición.....	69
5.2. Crítica a la teoría de la reversión del peligro	71
6. EL DESISTIMIENTO COMO MODIFICACIÓN DEL HECHO	72
6.1. Exposición.....	72
6.2. Crítica a la tesis del desistimiento como modificación del hecho.....	77
7. LA TEORÍA DEL DESISTIMIENTO COMO REVERSO DEL ILÍCITO SUBJETIVO.....	78
7.1. Exposición.....	78
7.2. Crítica a la tesis del desistimiento como reverso del ilícito subjetivo	83
8. LA TESIS SOBRE EL CARÁCTER DISFUNCIONAL DE LA PLENA IMPUNIDAD	85
9. LA TEORÍA DE LA IRRELEVANCIA PENAL DEL INJUSTO TÍPICO DE LA TENTATIVA.....	88
10. LA FUNDAMENTACIÓN DIFERENCIADA ENTRE TENTATIVA ACABADA E INACABADA	90
11. LA TEORÍA DE LA MÁXIMA SEGURIDAD DE SALVACIÓN	93

CAPÍTULO III
NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA
DEL DESISTIMIENTO

1. INTRODUCCIÓN	97
2. EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD...	98
3. EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD	103
4. EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD	104
5. LA UBICACIÓN DEL DESISTIMIENTO DENTRO DEL NIVEL DEL INJUSTO PENAL.....	105
6. EL DESISTIMIENTO COMO INSTITUTO INTERNO DE LA TENTATIVA....	106

	<u>Pág.</u>
7. EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL	107
8. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO DENTRO DE LA PUNIBILIDAD.....	109
9. EL DESISTIMIENTO COMO UN ASPECTO DE LA MEDICIÓN DE LA PENA.....	111
10. EL DESISTIMIENTO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA PENALIDAD...	112
11. EL DESISTIMIENTO COMO TIPO AUTÓNOMO DE LIBERACIÓN DE LA PENA.....	112

CAPÍTULO IV

TOMA DE POSTURA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

1. INTRODUCCIÓN.....	115
2. MÉTODO DE APROXIMACIÓN DOGMÁTICO	115
3. LA VÍA ARGUMENTAL HACIA LA TOMA DE POSTURA.....	118
4. LOS FINES DEL DERECHO PENAL	119
4.1. El fin de prevención.....	121
4.2. El fin de garantía.....	123
5. LA TEORÍA DE LAS NORMAS Y LA CONCEPCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO	125
6. EL FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA.....	132
7. LA <i>RATIO</i> DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO Y SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA.....	136

CAPÍTULO V

LA EFICACIA COMO REQUISITO OBJETIVO DEL DESISTIMIENTO. RELEVANCIA PRÁCTICA DE LA *RATIO* DE LA IMPUNIDAD

1. INTRODUCCIÓN.....	139
2. RELEVANCIA PRÁCTICA DE LA <i>RATIO</i> DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO: EL REQUISITO OBJETIVO DE EFICACIA.....	139
3. LA JURISPRUDENCIA DEL BGH	142
4. EL DEBATE DE LA DOCTRINA ALEMANA.....	148
5. LA EXIGENCIA CAUSAL	149
6. LA TEORÍA DEL INCREMENTO DE LA PROBABILIDAD DE SALVACIÓN...	150
7. LA TEORÍA DE LA PRESTACIÓN ÓPTIMA.....	152
8. LA ACCIÓN ÓPTIMA COMO EXIGENCIA DE LA <i>RATIO</i> DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO	155

9. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL «DOMINIO DE LA SALVACIÓN».....	159
10. LA «PRESTACIÓN ÓPTIMA» COMO CRITERIO NORMATIVO DE DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVA INACABADA Y ACABADA	163
11. CONCLUSIONES FINALES	169
BIBLIOGRAFÍA	171
ÍNDICE	177

PRÓLOGO

Hasta hace pocos años, en la ciencia penal hispano-argentina la institución del desistimiento no había sido objeto de la atención que sin lugar a dudas merece, pudiendo contarse con los dedos de una mano las obras monográficas que se han ocupado de ella. Así, en España, la única aportación con la que durante muchos años hemos contado es la monografía de MUÑOZ CONDE escrita en 1972, y en los años posteriores y hasta la actualidad tan solo dos obras —tres, si se quisiera tener en cuenta un pequeño libro de quien esto escribe— pueden ser mencionadas: El desistimiento en Derecho penal, de Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, del año 1994, y, más recientemente, la obra que recoge la tesis doctoral de Laura POZUELO PÉREZ, publicada en 2003. Y, en lo que alcanzo, no otra cosa cabría decir de la situación en Argentina, siendo obligada tan sólo la mención del trabajo de SANCINETTI. Un panorama ciertamente desolador si se compara con el interés mostrado hacia dicha figura por la doctrina alemana, siempre tan prolífica, habiéndose convertido allí el desistimiento en un «tema de moda», tal como ponía de relieve Enrique GIMBERNAT en el prólogo a la segunda obra citada.

Ello sería por sí solo motivo suficiente para dar una efusiva bienvenida a la obra que el lector tiene en sus manos, en la medida en que con ella se lleva a cabo un atinado análisis del estado de la cuestión en aspectos tan importantes de la materia como el fundamento de la impunidad del desistimiento o su ubicación sistemática; siendo de destacar, además, que dicho análisis no se limita a la literatura de habla hispana, sino que aborda también los últimos planteamientos elaborados por la doctrina alemana. En este sentido, con este libro podrá el lector hacerse una idea cabal de la discusión contemporánea sobre la materia.

Pero su utilidad informativa es sólo una de las virtudes del libro, de igual modo que el desistimiento es sólo uno de sus temas. Salvo algunos nostálgicos representantes del finalismo, pocos dudarían hoy en día que la metodología más acorde a la dogmática jurídico-penal es la teleológica, en tanto en cuanto las estructuras de imputación de responsabilidad penal no han de construirse a partir de eventuales presupuestos ontológicos, sino de la propia finalidad del ius puniendi, como instrumento social que es. En palabras del autor, «la referencia a los fines es ineludible en cualquier intento de aproximación dogmático». Tal punto de partida metodológico es plenamente asumido en esta obra, lo que obliga a DAVID a situar en la cúspide de su argumentación los propios fines del

Derecho penal, para después ir descendiendo a etapas intermedias —desde la teoría de las normas al fundamento de punición de la tentativa— hasta desembocar en una fundada delimitación de los perfiles de aplicación del desistimiento. Pero tal iter argumental —y ésta es otra de las grandes virtudes del libro—, aun cuando sirve a la finalidad de arribar a una toma de postura sobre el desistimiento, supone una importante incursión en las grandes cuestiones del Derecho penal, frente a las que el autor no se arredra pese a la complejidad y abstracción de las mismas, sino que, acogiendo planteamientos de diversos autores —como no puede ser de otro modo, siendo como es la dogmática una obra necesariamente colectiva—, viene a asumir un modelo propio de Derecho penal sólido y coherente.

Y llegamos a una tercera virtud: la elección del tema. Ya no me refiero al desistimiento como tal —que también—, sino en particular al concreto aspecto de dicha figura sobre la que con mayor detenimiento se ocupa el libro: el relativo a la imputación de la evitación del resultado. Dicho requisito, tradicionalmente denominado como el de la «eficacia» del desistimiento, ha pasado desapercibido hasta hace muy pocos años, hasta el punto de que ni prácticamente en la doctrina española ni en la argentina ha sido objeto de atención; y por lo que respecta a Alemania, siempre más adelantada a estos efectos, el análisis del mismo sólo surge a raíz de una Sentencia del Tribunal Supremo Federal de 1982 (BGH 31, 46 ss.). Ello no quiere decir, obviamente, que la eficacia —es decir, que el agente evite el resultado— no fuera un requisito para la exención de pena, sino que nunca se había entrado a discutir qué debe entenderse por evitación del resultado, conformándose la doctrina con una mera relación causal entre acción de salvamento y evitación y relegando los aspectos de imputación al ámbito subjetivo, a partir de una mayor o menor normativización (en ocasiones praeter legem) del requisito de la voluntariedad —éste sí instituto clásico de la dogmática penal—. No obstante, con la citada Sentencia se planteó un supuesto límite —el «caso del hospital», debidamente reseñado en las páginas que siguen— en el que a pesar de satisfacerse ambos requisitos —voluntariedad y eficacia causal—, resultaba contrario a la misma finalidad del desistimiento otorgar la exención, por cuanto, a pesar de ser salvada in extremis la víctima, el agente tenía en su mano haber optado por un proyecto de salvamento más seguro que el finalmente llevado a cabo.

No quisiera yo, mero presentador, desvelar las tesis sostenidas por el autor antes de tiempo. Me limitaré a manifestar —también con el ánimo de incentivar la curiosidad del lector— que a más de uno habrán de resultarle polémicas, en la medida en que —y me temo que ya desvelo más de lo prudente— no sólo rompen con la tradición sino que suponen una restricción del ámbito de aplicación del desistimiento. Pero bienvenidas sean: quizá sea hora de repensar, siquiera de lege ferenda, si merece la exención plena quien termina por impedir un resultado lesivo cuando ya ha puesto en un grave peligro al bien jurídico; o, expresado desde el otro gran presupuesto metodológico, si tal exención plena es realmente necesaria desde los fines que de la institución se predicen. Con la tesis defendida en el libro —y con esto casi traiciono mi inicial compromiso de silencio— se aspira al

menos a restar todo protagonismo al azar como factor de la evitación del resultado, y a desmentir la sabiduría del refrán: no siempre está bien lo que bien acaba. En todo caso, el planteamiento del autor está tan sólidamente argumentado, y está expuesto además con tal grado de claridad expositiva que su eventual carácter polémico en absoluto habrá de aminorar su poder de convicción. Es ésta, por cierto, otra gran virtud del libro que presento: la claridad en su redacción, el atinado manejo del lenguaje.

Y si los anteriores motivos no fueran suficientes para felicitarnos por esta publicación, tiene además el valor añadido de que encierra una promesa: DAVID se compromete —con nosotros, sus lectores— a continuar su investigación sobre el desistimiento en futuros trabajos. Los espero impaciente.

Rafael ALCÁCER GUIRAO

PRESENTACIÓN

Las presentaciones, a diferencia de los prólogos, siempre tienen algo de protocolar o formal. No seré yo quien se aparte de esta regla, aunque adelanto que me tomaré algunas licencias. El profesor DAVID, autor de este trabajo, forma parte desde hace algunos años del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral; desde entonces, sus aportes han sido de valor inestimable, convirtiéndose en docente de nuestra Especialización.

La obra, que tiene entre sus manos el lector, corresponde a una investigación desarrollada en ese contexto y refleja una ardua tarea de relevamiento crítico de fuentes contemporáneas de la dogmática penal. Sin embargo, eso no ha sido óbice para que DAVID asuma el debate que el desistimiento de la tentativa ha provocado tradicionalmente. A pesar de la importancia del tema, cabe reconocer que esas cuestiones no han provocado en la literatura americana de lengua hispana y portuguesa, una producción semejante, al menos, a la desenvuelta en Europa.

Justamente, quien prologa este libro, el profesor ALCÁZER GIRADO, es uno de los animadores más significativos de la discusión, sobre todo en España. En lo relativo al Derecho penal argentino, ciertamente ha sido Marcelo Sancinetti quien ha expresado de manera más intensa posturas que motivan y justifican la atención científica a nivel general.

Por eso, cuando el profesor DAVID propuso el tema de investigación, asumió un desafío que, visto desde el margen nacional, parecía difícil de concretar. El adecuado manejo de las fuentes y bibliografía alemana, si bien podían abrir una expectativa de corrección científica, lo cierto es que no aseguraban *per se* la obtención de un resultado que, además de cumplir con estándares dogmáticos, gozara de aptitud práctica. Lo que en ocasiones se entiende como una dogmática afortunada, en tanto representa no sólo un estudio con validez para el ámbito académico, sino un aporte a la discusión que los conflictos suscitan en la instancia jurisdiccional.

Esto último, en el medio argentino, parece casi una exigencia inexcusable, en virtud de ciertos signos de anemia científica en nuestras casas de estudios y el perfil meramente profesional de la función jurídica, que es la matriz común de aquellos que incluso pretenden desarrollar una vocación académica.

Sin embargo, no es posible desconocer que el tema en sí mismo envuelve cuestiones de orden filosófico, ético y político que de manera particular condicionan las respuestas «propiamente» penales, si es que las hay, en una materia donde entran en juego las instituciones más importantes de nuestro saber.

En la década de los noventa, JAKOBS señalaba de todos modos, que la cuestión no debía ser atendida con el catálogo de aquellos aspectos que tan bien glosaba JESCHECK, sino que poseía una particularidad definitoria: el desistimiento expresa una tentativa no fracasada, es decir, un hecho todavía actual que por eso permite su modificación. El problema remite, pues, a que en ese desenvolvimiento, algo ya ha acontecido en términos normativos de contrariedad al derecho; por eso las respuestas que pueda ofrecer el desistimiento en punto a la exclusión o morigeración de la pena debe encontrar una justificación que no siempre es sencilla.

El profesor DAVID ha emprendido una recorrida por el debate sobre el problema, que no ha quedado como una simple referencia al estado de la cuestión, pues se ha acercado a las distintas posiciones con espíritu crítico y orientación propia. Esto le ha permitido arribar a algunas conclusiones, ofrecer respuestas que, si bien están sujetas a desarrollos y reflexiones ulteriores, como no podría ser de otro modo en una obra de estas características, permiten al lector profesional y al académico una base para el análisis.

En fin, ya me he apartado de la propuesta inicial. A decir verdad, al respeto intelectual que me merece el trabajo de DAVID, se ha sumado el aprecio personal que integra el reconocimiento por su seriedad científica, su apego metodológico y su capacidad docente. Bienvenido pues este libro que espero movilice en nuestros medios profesionales—incluido el legislativo—, académicos y jurisdiccionales la reflexión sobre el tema.

No se trata de conclusiones definitivas o cristalizadas, pues provienen de un joven investigador que anuncia desde ahora nuevas incursiones en la temática. Sin embargo, este libro concreta un aporte estimulante y provocador que no puede ser desatendido en ninguno de los niveles de incumbencia del Derecho penal.

Guillermo J. YACOBUCCI

NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR

El presente trabajo coincide, en lo esencial, con el de mi tesina presentada en el marco de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Austral, correspondiente a la Promoción 2005-2006 y que obtuvo el premio «Medalla Especialización en Derecho Penal».

La elección del tema obedeció, en un primer momento, a su escaso tratamiento científico, a pesar de su trascendental consecuencia: la impunidad de un sujeto que, con su conducta, ya ha manifestado su contrariedad con la norma y su desprecio por el bien jurídico. El avance de la investigación reveló, sin embargo, que el desistimiento de la tentativa va mucho más allá de aquel efecto, ya que, por un lado, involucra a todos los niveles analíticos de la teoría del delito y, por el otro, obliga a la confrontación permanente con perspectivas de política criminal. Por esta razón, no he querido obviar estas cuestiones fundamentales, aunque soy consciente de que no han podido ser tratadas con la profundidad que merecen. No obstante, su esbozo era imprescindible para definir el marco de análisis y poder ofrecer una toma de posición racional, que contribuya al debate. Es por ello que el lector no encontrará respuestas definitivas, sino sólo el planteo de algunos aspectos relevantes y, seguramente, polémicos.

Expuestas estas limitaciones, quisiera anticipar las convicciones que guiaron esta investigación.

En primer término, que el desistimiento debe ser apreciado desde una perspectiva normativa-teleológica, y no como un hecho puramente natural y mecánico; por tanto, no debería haber espacio para el azar en el Derecho penal.

En segundo lugar, que existe una estrecha y necesaria relación entre la dogmática y la política criminal. Entiendo que la mayor capacidad de rendimiento se obtiene desde la perspectiva de un sistema integral de Derecho penal —*gesamtes Strafrechtssystem*—, que comprenda, más allá del injusto culpable o «momento *ex ante*», la dinámica de la virtualidad delictiva del hecho como fenómeno histórico. Es que, siguiendo aquí el pensamiento del profesor SILVA SÁNCHEZ, la teoría del delito es una teoría de la atribución teleológica de sentido al hecho de un sujeto que, inmutable por definición, posee una dimensión comunicativa —el carácter delictivo— que sí puede cambiar con el paso del tiempo. De allí que, junto con el injusto culpable, haya que incorporar todo aquello que pertenezca al «momento *ex post*», bajo un concepto amplio de punibilidad y como segunda gran categoría analítica. Por ello, cabe apreciar un

doble desplazamiento del centro de gravedad: por un lado, del criterio de merecimiento al de necesidad de pena, y, por otro, del suceso histórico al significado delictivo del mismo.

En tercer lugar, que el Derecho penal es una ciencia práctica, razón por la cual, a pesar del fuerte contenido dogmático de los núcleos temáticos de este libro, he tratado de mantener siempre una visión orientada a la aplicación del desistimiento a los casos concretos.

Hasta aquí, pues, lo que he querido transmitir como nota preliminar. Sin embargo, dado que se trata de mi primer libro, necesito extenderme un poco más para dejar constancia de mis deudas de gratitud. Por modesto que sea este trabajo, han sido muchas las personas que, de una u otra forma, han contribuido a que llegara a buen puerto. A ellas quiero manifestar mi más profundo agradecimiento, aunque siempre sea incompleto.

En primer lugar, en el ámbito académico, vaya mi reconocimiento al maestro, profesor Guillermo Jorge YACOBUCCI, en su carácter de Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, por su magisterio y calidad humana, lo que hago extensivo a todos los colegas del Departamento, en especial al profesor Santiago OTTAVIANO. Asimismo, mis mejores recuerdos a la querida Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde tuve la oportunidad y el privilegio de formarme gracias a la enseñanza pública.

Un párrafo aparte para expresar mi gratitud al profesor Mario Hernán LAPORTA, quien fuera tutor de mi tesina y que se ha convertido en un tenaz promotor y amigo. Sus valiosas sugerencias, su continua predisposición y apoyo personal fueron muy importantes para mi trabajo.

Agradezco particularmente al profesor Rafael ALCÁZER GUIRAO por haber aceptado escribir el prólogo de este libro, ya que su autoridad intelectual ha sido siempre una referencia invaluable. Asimismo, mis gracias al profesor Alejandro ALTAMIRANO y a Marcial Pons, por hacer posible esta publicación. Quisiera evocar también a mis compañeros de la VI Promoción de la Especialización por su afecto y los imborrables momentos compartidos.

Ya en lo estrictamente personal, un reconocimiento especial a dos amigos de siempre: al Dr. Jorge Alberto MONTINI, cuya generosidad ha facilitado enormemente mi desarrollo profesional, al igual que a los miembros del Estudio Montini & Asociados; y al Dr. Enrique Antonio TERRAROSSA, de cuya capacidad práctica he aprendido mucho.

Por último, el agradecimiento más importante para mi familia. La memoria siempre presente de mis queridos abuelos, fundamentales en mi vida; mis padres, quienes, cada uno a su modo, me transmitieron el amor por el estudio y el valor de la educación; a mis hermanos, por incondicionales. Pero todo este esfuerzo realizado no hubiera sido posible sin la infinita paciencia, comprensión y compañía de Julieta. Ella y Santi dan sentido a mi vida.

Héctor Alejandro DAVID
Capilla del Señor, noviembre de 2008

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de la teoría del delito ha deparado una atención diferencial a sus distintos institutos. Mientras el desarrollo de algunos es profuso y profundo, el de otros exhibe un tratamiento mucho más modesto. Éste es el caso del desistimiento de la tentativa, aun cuando, en los últimos años, haya despertado un mayor interés en la doctrina.

Este trabajo tiene por objeto el tratamiento de tres aspectos relevantes del desistimiento: el fundamento de su impunidad, su ubicación sistemática y el requisito objetivo de eficacia.

Por tradición, influencia y afinidad, el marco de referencia de Derecho positivo para esta investigación está constituido por las legislaciones argentina, alemana y española. Como primer paso, entonces, conviene transcribir las disposiciones específicas de dichos ordenamientos, las cuales serán continuo objeto de remisión.

Así, el art. 43 del Código Penal argentino¹ dispone:

«El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito».

El art. 16 del Código Penal español² establece:

«... 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin

¹ El Código Penal argentino se refiere a la tentativa, en forma separada, en el art. 42: «El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44».

² El Código Penal español regula, conjuntamente, tentativa y desistimiento en el mismo artículo. Con referencia a la primera, dispone el art. 16, primer párrafo: «1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de tal voluntad del autor...».

perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

Por su parte, el Código Penal alemán³ —en adelante, StGB— determina en el § 24 que:

«1. No será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Cuando, sin contribución del que desiste, el hecho no llega a consumarse, éste quedará impune si, de manera seria y voluntaria, se hubiere esforzado en impedir su consumación.

2. Cuando varios intervienen en el hecho, no será castigado por tentativa el que impida voluntariamente su consumación. Sin embargo, para su impunidad, será suficiente su esfuerzo voluntario y serio para impedir la consumación del hecho, cuando éste no se consuma sin su intervención o cuando se cometa con independencia de su aporte anterior al hecho»⁴.

Sin perjuicio de este marco positivo de referencia, también cabe constatar, como punto de partida, que la gran mayoría de las legislaciones consagran la impunidad del desistimiento voluntario en la tentativa⁵.

Esta primera comprobación permite apreciar que el desistimiento es un instituto absolutamente singular dentro de la teoría del delito. En primer lugar, conduce a la impunidad de una conducta que, mediante la realización de actos ejecutivos, ya había ingresado al ámbito de lo punible. En segundo lugar, y a diferencia de otros institutos que afectan a la punibilidad, se aplica a todos los delitos de la parte especial que, por su formulación típica, admiten la posibilidad de tentativa.

La trascendencia de la consecuencia jurídica del desistimiento voluntario requiere una definición precisa de sus contornos y una delimitación de su alcance. Es que el intento de desentrañar la *ratio* o fundamento jurídico de su impunidad adquiere singular relevancia, no sólo desde el punto de vista teórico, sino, principalmente, como pauta hermenéutica frente a la amplia diversidad casuística. Este aspecto, a su vez, influye sobre su requisito objetivo, la eficacia, cuya configuración está estrechamente vinculada con la posición que se asuma con relación a aquel fundamento. Estas razones determinan que el presente trabajo se ciña, principalmente, a la *ratio* de la impunidad del desisti-

³ En el § 22, el StGB, al igual que la legislación argentina, regula la tentativa en forma separada: «Comete tentativa de un hecho punible, quien, según su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo» («Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt»).

⁴ § 24 StGB («1. Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. 2. Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird»).

⁵ Para un detalle de la legislación comparada, cfr. G. FRIELE, *El desistimiento en la tentativa*, *Estudio del art. 43 del C.P., Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2004, pp. 147-165.

miento voluntario, su ubicación sistemática y los efectos prácticos sobre el contenido su requisito objetivo.

Por cierto, este encuadre no desconoce la importancia dogmática del requisito subjetivo del desistimiento, la voluntariedad, pero su tratamiento excedería con mucho los lindes de esta investigación. Además, se trata del elemento que más ha concitado la atención de doctrina y jurisprudencia, hasta el punto de haberse escrito mucho más sobre la voluntariedad que sobre el fundamento mismo del desistimiento.

A diferencia de la uniformidad legislativa antes mencionada, la dogmática penal mantiene abierto el debate sobre el fundamento de la impunidad del instituto⁶. Desde perspectivas heterogéneas, numerosas teorías se han disputado, históricamente, el predominio, aunque sus aportes no hayan contribuido demasiado a aclarar el panorama⁷. Esta circunstancia revela la necesidad dogmática de su estudio, en beneficio de la seguridad jurídica y para evitar problemas de legalidad. Es que, por un lado, muchas teorías introducen requisitos no contemplados por el derecho positivo y, por tanto, restringen el ámbito de aplicación del desistimiento⁸, mientras que otras concepciones rebajan sustancialmente las exigencias y, de este modo, amplían las posibilidades de exención de pena, aun cuando la indemnidad de los bienes jurídicos haya quedado a merced del puro azar.

No se trata, pues, de hallar una fórmula única, que permita resolver los numerosísimos supuestos de desistimiento imaginables. Sin embargo, resulta ineludible legitimar científicamente el tratamiento desigual, que introduce la decisión legislativa de no castigar, frente a aquellos casos en que se prevé la imposición de una sanción penal. Esta conformidad dogmática debe sustentarse, materialmente, en una «diferencia valorativa esencial entre las situaciones de hecho en cuestión»⁹. Del mismo modo, también se debe justificar la

⁶ Cfr. G. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito. El tipo objetivo del desistimiento*, tesis doctoral inédita dirigida por Jesús-María Silva Sánchez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998, p. 7, para quien la única coincidencia metodológica en la doctrina científica sea, quizá, el iniciar los estudios sistemáticos sobre el desistimiento buscando su fundamentación teórica.

⁷ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 477, quien, en relación con los múltiples problemas interpretativos de la regla del § 24 I StGB, señala que los conceptos básicos «abandonar», «evitar/impedir», «voluntariedad», dentro de la dogmática penal de la parte general, son tan controvertidos como pocos. Aun así, previene no caer en el error de pensar que una concepción abstracta, aunque necesaria, del desistimiento voluntario pueda dar respuesta, sin más, a la gran cantidad de detalles que se presentan en la interpretación legal. También, cfr. *idem*, «Über die Ratio des Rücktrittsprivilegs im Strafrecht», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, núm. 2, año 2000, art. 02-06, publicado en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02.html (disponible el 23/9/06).

⁸ Tal como pone de relieve L. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta post-delictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 35-36, al señalar la frecuente confusión doctrinaria entre el fundamento mismo del desistimiento y su requisito subjetivo «voluntariedad». La autora llama la atención sobre el hecho de que se haya escrito mucho más sobre la voluntariedad que sobre el fundamento del desistimiento.

⁹ Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento...*, p. 8, donde señala que, así como resulta indudable la necesidad de fundamentar toda limitación de derechos por parte del Estado, siendo la imposición de

equiparación, en términos de impunidad, entre quienes, mediante la realización de actos ejecutivos, pasaron el umbral de lo penalmente intolerable, pero desistieron, y los que nunca iniciaron siquiera una tentativa.

Las consideraciones precedentes ya permiten intuir la trascendencia teórica del tema y las derivaciones de orden práctico, en tanto se renuncia al castigo de un sujeto que, tras haber realizado todos o parte de los actos ejecutivos, en sí mismos punibles, impide voluntariamente la consumación, ya sea omitiendo proseguir su plan delictivo, ya sea realizando acciones positivas de evitación¹⁰.

Así, una vez esbozada, a grandes rasgos, la importancia del desistimiento voluntario de la tentativa, conviene presentar directamente la tesis, que se intenta fundamentar en este trabajo y que se integra con los siguientes postulados:

a) La *ratio* de la impunidad del desistimiento radica en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, sanción que deviene innecesaria porque el desistimiento cumple con su misma función, a saber, el restablecimiento de la vigencia de la norma.

b) Por su parte, la actuación del desistimiento, como subrogado o equivalente funcional de la pena, determina su naturaleza jurídica como causa de supresión de la pena o «excusa absolutoria».

c) Sobre la base de una concepción bipartita de la teoría del delito, integrada por el «injusto culpable» y la «punibilidad», corresponde ubicar sistemáticamente al desistimiento dentro de esta última categoría.

d) Asimismo, en el marco del requisito objetivo «eficacia», el fundamento de la impunidad del desistimiento exige, como derivación necesaria, la aportación de la prestación más segura para la salvación del bien jurídico. Y, además, requiere la constatación de una relación de atribución normativa entre el resultado «evitación de la consumación» y la acción salvadora del sujeto, quien debe ostentar el «dominio de la salvación» a título de autor.

De este modo, la metodología de aproximación hacia esta toma de postura define la estructura del presente trabajo. En los dos primeros capítulos, a fin de presentar el estado de la cuestión, se realiza una exposición de las distintas

una pena el caso paradigmático, también la decisión de eximir de castigo debe tener su justificación. En este sentido, afirma que «en el fondo, prever en un precepto el castigo de determinadas conductas para, en otro precepto, excepcionar algunos supuestos o bien incluir ya en el precepto sancionador las excepciones o grupos de supuestos excepcionados del castigo, son dos vías que poseen un sentido normativo equivalente. El inclinarse por uno u otro modelo, será principalmente un problema de técnica legislativa». De este modo, cuando la causa de excepción tenga carácter general y haya de afectar a una pluralidad o al conjunto de los tipos, convendría incluirlos en forma de cláusula general. Cuando tenga carácter especial y haya de afectar a un único delito, cabría, entonces, incluirlo dentro del tipo.

¹⁰ Cfr., entre otros, H-H. JESCHECK y T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Dunckner & Humblot, Berlin, 1996, p. 538; *idem*, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Cardonete, 5ª ed. corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, p. 578; FRIELE, *El desistimiento...*, p. 19.

teorías sobre el fundamento de la impunidad, junto con las críticas formuladas desde la doctrina científica. A continuación, el capítulo tercero desarrolla las diferentes concepciones sobre la ubicación sistemática del desistimiento. En el capítulo cuarto, se intenta la fundamentación y defensa de la toma de postura. Finalmente, el quinto y último capítulo se dedica a las repercusiones prácticas sobre el requisito objetivo de eficacia.

La estructura de los capítulos primero y segundo se consagra, como ya se dijo, al tratamiento de la *ratio* de la impunidad del desistimiento. Como criterio de delimitación se ha optado, en un caso, por grado general de aceptación de cada teoría en la doctrina y jurisprudencia, y, en el otro, por el nivel de utilización de los nuevos institutos de la dogmática penal. El capítulo primero comprende un grupo de teorías, que podrían denominarse «clásicas», porque ya fueron o todavía son objeto de amplia acogida general. El denominador común es, por tanto, el predicado de «teoría dominante», del que ellas gozan o han gozado en un determinado ámbito jurídico. Por su parte, el capítulo segundo hospeda a un conjunto de concepciones que, si bien abordan la problemática desde ópticas muy heterogéneas, tienen en común el recurso a las modernas herramientas desarrolladas por la dogmática penal contemporánea, tales como la teoría de la imputación objetiva, el principio de protección de la víctima, la posición de garante por injerencia, entre otras. Este grupo exhibe las más variadas perspectivas, que oscilan entre fundamentos ajenos al Derecho penal hasta motivos internos a la propia tentativa, pasando por posturas que resaltan el carácter disfuncional del instituto, que adoptan una visión funcionalista-sistémica o que contemplan el ilícito desde lo puramente subjetivo. Por último, y con referencia a ambos capítulos, cabe adelantar que, si bien se intenta exponer los principales núcleos de discusión, limitaciones de orden material impiden una enumeración exhaustiva de todas las teorías y de sus diferentes variantes¹¹.

Las distintas posiciones sobre la ubicación sistemática del desistimiento se exponen en el capítulo tercero. La aspiración de lograr una mayor claridad expositiva justifica, de algún modo, su tratamiento separado del fundamento de la impunidad¹², lo cual, ciertamente, no obsta a la legitimidad de su abordaje conjunto. Pero, sea cual fuere la elección metodológica, es importante tener presente que los diferentes fundamentos sobre la impunidad no se mueven en el mismo plano dogmático, sino que presuponen un determinado emplazamiento sistemático. De allí, el contenido del capítulo comprende el esbozo de los principales lineamientos sobre la ubicación del desistimiento dentro del sistema del delito, así como, en su caso, los principales reproches que se les formulan. Las diferentes teorías oscilan entre aquellas que le conce-

¹¹ Para una exposición detallada, especialmente de las teorías más antiguas, cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. El Delito y su Exteriorización*, t. VII, Losada, Buenos Aires, 1970, pp. 791-811.

¹² En este sentido, se opta por seguir la metodología de F. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, p. 43; también los trata separadamente POZUELO PÉREZ, *El desistimiento...*, p. 217.

den al desistimiento virtualidad para excluir el injusto culpable, a través de la supresión de alguno de sus elementos, y aquellas que se mueven dentro del ámbito de la punibilidad, sobre la base de la incolumidad del injusto tentado. Esta última cuestión está estrechamente vinculada con el reconocimiento o el rechazo de la punibilidad como categoría autónoma dentro de la teoría de delito; de allí, que se haya llegado a afirmar que «es mucho más en la resolución de esta última cuestión donde se decide la cuestión del fundamento que en el entrecruzamiento de argumentos, que en realidad se mueven en planos sistemáticos distintos»¹³.

En el capítulo cuarto, se presenta y justifica la toma de postura, para lo cual se adopta un método de carácter teleológico-valorativo para poder transitar por todo el *iter* argumental. Partiendo desde los fines mismos del Derecho penal, este desarrollo se detiene en la teoría de las normas, la estructura del sistema del delito y el fundamento de la punición de la tentativa, para finalizar el recorrido con el fundamento de la impunidad del desistimiento, su ubicación sistemática y naturaleza jurídica.

Finalmente, el requisito objetivo de eficacia es el tema del capítulo quinto. Aquí, partiendo sobre la base de la reciente evolución de la jurisprudencia y literatura alemanas, se analiza las repercusiones prácticas que, sobre aquel elemento objetivo, derivan de la tesis defendida acerca de la *ratio* de la impunidad del desistimiento.

Como consecuencia del marco de referencia de Derecho positivo, elegido para este trabajo, es evidente que la bibliografía utilizada exhibe una amplia preponderancia de los autores alemanes y españoles, por ser éstos quienes más se han ocupado de la problemática. Esta circunstancia no es obstáculo para acudir también a la doctrina argentina, en la medida en que haya tratado el tema. Por otro lado y, en especial, con referencia a algunos autores y obras de principios del siglo XX, limitaciones de orden material han vedado el acceso directo a dichas fuentes. Por tanto, en tales supuestos, si vale la mención, se ha optado por señalar, al menos a mero título informativo, la fuente directa del autor contemporáneo que los cita¹⁴. Finalmente, cabe aclarar que las notas al pie en idioma alemán corresponden a las traducciones propias incorporadas al texto principal del trabajo.

La valoración y confrontación crítica de las distintas posturas, junto con las consideraciones de la toma de posición, albergan la esperanza de poder contribuir, a modo de aporte sistemático, a una mayor aproximación al problema, señalando un cauce posible por donde pueda transitar. Una futura investigación podrá, sin duda, completar el resto de los aspectos relevantes que presenta el estudio del desistimiento voluntario de la tentativa.

¹³ BENLLOCH PETIT, *El desistimiento...*, p. 11.

¹⁴ Las citas indirectas no se incluyen en la bibliografía general.