

# EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA: LA VOLUNTARIEDAD<sup>1</sup>

Dr. Marcelo Domínguez<sup>2</sup>

## Sumario:

I. Introducción. II. El concepto de voluntariedad. III.- Evolución doctrinaria:

1. Teorías Psicológicas. 2. Teorías Normativas. IV. A modo de conclusión.

V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN.

El desistimiento de la tentativa es uno de los temas tradicionales de la dogmática jurídica penal. Sin embargo, el prolongado y extenso debate científico dado principalmente en la doctrina y jurisprudencia extranjera y muy poco en nuestro ámbito académico no ha arribado a un mínimo de consenso sobre aspectos esenciales de dicho instituto dogmático, como son los referidos a su fundamento teórico, su ubicación sistemática dentro del concepto estratificado del delito, como asimismo sobre el contenido de sus requisitos, salvo en cuanto se condiciona la impunidad del desistimiento a la voluntariedad del mismo en lo cual si hay consenso. No obstante, dicho consenso decae ante la exigencia de dicha voluntariedad, en este punto, las discrepancias asoman como irreconciliables en lo que respecta al contenido de dicho requisito, es decir, que ha de entenderse por voluntario, y sobre este último punto es que versara el presente trabajo, en el mismo se tratara de plantear el estado actual de la discusión y arribar a conclusiones que aporte un granito de arena al debate doctrinario.

Como se puede apreciar como bien se lea un trabajo sobre el desistimiento de la tentativa, la doctrina invoca constantemente la presencia de la voluntariedad como el elemento subjetivo de dicho instituto, el cual es imprescindible junto a la configuración del elemento objetivo del tipo de desistimiento para que se configure la ratio de la impunidad. El elemento subjetivo no se requiere por antojo de la doctrina sino que su importancia deviene de los textos legales, los cuales exigen la voluntariedad como requisito *sine qua non* para que la conducta se subsuma en el tipo de desistimiento.

Como en la mayoría de los Códigos penales del mundo, la redacción legal del desistimiento en Uruguay y Argentina con relación al elemento subjetivo requieren la voluntariedad para que opere la impunidad<sup>3</sup>. Por lo que es necesario precisar el concepto de voluntariedad, para luego adentrarnos al estudio de las teorías psicológicas y normativas para apreciar cuando una conducta es voluntaria o involuntaria.

## II. CONCEPTO DE VOLUNTARIEDAD.

---

<sup>1</sup> Ponencia presentada en el “II Congreso de Jóvenes Penalistas y I Congreso Binacional Argentina-Uruguay” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba entre el 4 y 6 de agosto de 2010.

<sup>2</sup> Ayudante (Grado 1) de Derecho Penal de la Universidad de la República (Uruguay).

<sup>3</sup> El Código Penal Uruguayo en su art 5° inc. 2° reza: “*El desistimiento voluntario exime de responsabilidad, salvo que los actos ejecutados constituyan, por sí mismos, un delito*”.

De igual manera lo exige el Código Penal Argentino en su art. 43 establece: “*el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito*”.

Cuando se hace referencia a causas independientes de la voluntad y voluntariedad, de hecho, uno parece determinar el otro, ya que se suele afirmar que si el resultado no se ha producido por circunstancias independientes de la voluntad, su desistimiento no podrá considerarse voluntario y viceversa, de hecho con cualquiera de las dos expresiones, se esta haciendo referencia al elemento subjetivo del desistimiento, sin perjuicio de precisar que tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan más frecuentemente el termino voluntariedad<sup>4</sup>.

En cuanto al concepto de voluntariedad ZAFFARONI hace mención *en que hay dos sentidos fundamentales de la palabra voluntad y, por consiguiente, de lo voluntario, sentidos que aproximadamente podríamos llamar “realista o aristotélico” e “idealista o hegeliano”*. Para el primero, la voluntad puede o no ser libre; para el segundo, la voluntad implica libertad<sup>5</sup>. Concluyendo el citado profesor, que resulta claro que el código se pliega al segundo sentido, esto es, al sentido idealista de la expresión, por lo que cabe concluir que en el artículo 43 del Código Penal Argentino quiere decir “desistimiento libre”, o sea que requiere que el sujeto haya actuado con un ámbito de autodeterminación de considerable amplitud<sup>6</sup>. No obstante señalar que aparte del término voluntariedad también se ha utilizado el de “voluntad” en el desistimiento, equiparándose en algunas ocasiones al dolo de la tentativa<sup>7</sup>.

Compartimos en su totalidad lo expresado por el prestigioso profesor argentino, a nuestro juicio resulta claro que el termino voluntad implica libertad ya que si no hay libertad no podemos hablar de voluntariedad, es decir, entendemos al termino voluntariedad como autónoma determinación del yo.

En el punto siguiente abordaremos la evolución doctrinaria del concepto de voluntariedad desde dos enfoques distintos, pero ambos tienen el común denominador de buscar un parámetro o escala a partir del cual delimitar la frontera de cuando estamos frente a un desistimiento voluntario o involuntario. Sin perjuicio, que hay autores que consideran tal búsqueda infructuosa, no sólo porque consideran que tal escala media que diferencie si el sujeto actuó o no libremente no existe, sino porque entienden que tampoco puede establecerse una escala cuantitativa o cualitativa que determine la voluntariedad<sup>8</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DOCTRINARIA.

Las innumerables aportaciones elaboradas para la delimitación del contenido de la voluntad o voluntariedad del desistimiento suelen enmarcarse en dos grandes posturas enfrentadas, por un lado: las teorías psicológicas y por el otro las teorías valorativas, también denominadas teorías normativas<sup>9</sup>. Sin perjuicio, de algunos autores<sup>10</sup> que conciben la voluntariedad como un proceso mixto integrado por ingredientes psicológicos y valorativos

---

<sup>4</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 137.

<sup>5</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Ediar, Bs-As, 1982, pág. 488.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 138.

<sup>8</sup> POZUELO PEREZ, haciendo referencia a opiniones de Bockelmann y Schröder, en *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 137-138.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994, pág. 4.

<sup>10</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972, págs. 96-101.

Las teorías psicológicas cifran la voluntariedad en el influjo psíquico o psicológico donde determinadas circunstancias ya sean ellas externas o internas ejercen sobre el sujeto que desiste. De manera que si el influjo externo o interno físico o psíquico no son tales como para hacerle sentir coaccionado, sino que todavía puede decidir libremente su desistimiento será reputado voluntario. Y a la inversa, si dichos influjos son tales que el sujeto se ve obligado o coaccionado tanto psíquica o físicamente a desistir, resulta claro que dicha actitud no es voluntaria o sea involuntaria.

En cambio, las Teorías valorativas o normativas reciben este nombre por subrayar la necesidad de valorar los motivos que inspiraron la renuncia a la consumación. En ellas se sugieren ciertos parámetros para decidir cuando una conducta de desistimiento es voluntaria, y marcan como requisito la valoración de dicha conducta de conformidad al ordenamiento jurídico para saber si es voluntario o no. Para estas teorías el desistimiento voluntario deja de ser una reacción psicológica ante determinadas circunstancias. Y dichos parámetros valorativos son normativos porque se alejan del concepto etimológico de lo que se puede entender como conducta voluntaria, proponiendo en cambio criterios valorativos que delimiten el elemento subjetivo del desistimiento.

Siguiendo a MARTÍNEZ ESCAMILLA no se puede afirmar que sean tan sólo las teorías valorativas o normativas las que le dan importancia a los motivos, siendo estos irrelevantes para las teorías psicológicas. Tanto para unas o como para las otras los motivos tienen relevancia, la diferencia radica que mientras las valorativas lo decisivo es el aspecto cualitativo de los motivos, es decir, si son ética, social o jurídicamente valiosos, para las psicológicas se apartan de la vertiente valorativa, centrándose en lo cuantitativo, o sea, en la influencia o efectos psíquicos de las razones que llevaron a desistir, de tal manera que cuando anulan la libertad de decisión del sujeto, no se podrá afirmarse la voluntariedad<sup>11</sup>.

No obstante lo expresado, también encontramos autores que describen el elemento subjetivo del desistimiento realizando una mixtura entre lo sostenido por las teorías psicológicas y las valorativas o normativa. En esta línea encontramos a MUÑOZ CONDE, para quien la solución consiste en encontrar un criterio que permita, de un modo objetivo, una valoración cualitativa del proceso psicológico del desistimiento<sup>12</sup>. En la misma línea argumental encontramos a SEEGER quien entiende que el desistimiento requiere una libertad psicológica de la voluntad, a partir de la cual la motivación de esa voluntad será la que determine la voluntariedad del desistimiento, con lo que debe valorarse los motivos que lo impulsan<sup>13</sup>.

## 1.- TEORÍAS PSICOLÓGICAS

Todas las teorías psicológicas parten de un mismo concepto, el de la libre voluntad en sentido psicológico, aunque como se verá a continuación, el mismo se encuentra formulado de diversas maneras. El planteamiento básico de dichas teorías, es que si el sujeto que desiste lo hace bajo el influjo físico o psíquico que haya anulado la libre voluntad o la capacidad de decisión del sujeto, ello conlleva que el sujeto haya desistido involuntariamente. En cambio, si no ha existido tal influjo psíquico o físico y el sujeto haya podido decidir libremente el desistimiento se reputara voluntario.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994, págs. 5-6.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El Desistimiento voluntario de cometer el delito*, Bosch. Barcelona, 1972, págs. 95-96.

<sup>13</sup> SEEGER, Julius citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 197.

La Formula creada por FRANK es dentro de las teorías psicológicas la más conocida, el citado autor a la hora de analizar el elemento subjetivo del desistimiento intenta distinguir entre motivación autónoma (libre) y heterónoma (no libre), considera que la exigencia legal de que la tentativa quede impune cuando el autor haya abandonado la realización de la acción prevista sin que esta hubiera sido impedida por circunstancias independientes de su voluntad. De manera que propone una formula que consiste en que habrá voluntariedad en el supuesto en que el sujeto se diga a si mismo “no quiero seguir actuando aun cuando pudiera” (motivación autónoma), en cambio habrá involuntariedad cuando e sujeto se diga “no puedo seguir actuando, aunque quisiera” (motivación heterónoma)<sup>14</sup>. El planteamiento sostenido por FRANK –que es radical, ya que niega la voluntariedad sólo en supuestos de absoluta imposibilidad psíquica o física de consumación- es el punto de partida que seguirán otros autores que sostienen un criterio psicológico de la voluntariedad, basándose en ese criterio de la posibilidad de seguir o no actuando bajo la perspectiva del autor y sobre todo, de la influencia que psicológicamente ejercen determinadas circunstancias a la hora de desistir. Siguiendo esta misma línea argumentativa pero con algunas variantes encontramos autores de relieve que sostienen una postura psicológica para precisar la voluntariedad. En la doctrina italiana CARRARA se afiliaba a la postura psicológica, para el citado maestro italiano, la voluntariedad tiene su origen en un cambio totalmente espontaneo de voluntad en el agente, por ende, habrá voluntariedad cuando el culpable cambio de parecer, aunque permanecía en él la consciencia de poder llevar a termino el delito, sin peligro actual de si mismo<sup>15</sup>. De la misma manera se ha sustentado por parte de la doctrina germana, en la misma podemos destacar a VON LISZT para quien habrá voluntariedad cuando el desistimiento resulta de una resolución espontanea tomada por el agente, poco importa que tal resolución sea tomada por miedo, por arrepentimiento<sup>16</sup>, de igual forma lo aprecia MERKEL para el ex profesor de la Universidad de Straburgo habrá voluntariedad, cuando el agente haya dejado de llevar a ejecución completa su designio criminal por su propio impulso, no siendo necesario que este desistimiento tenga lugar por virtud de motivos morales, pero debe tener por base una resolución relativamente libre<sup>17</sup>. También encontramos afiliados a la teoría psicológica a M.E MAYER<sup>18</sup> y MEZGER<sup>19</sup>. Para el padre del finalismo WELZEL, habrá voluntariedad cuando el autor dice: no quiero a pesar de que puedo e involuntariedad cuando no puedo aunque quisiera y agrega que *si abandona su propósito por arrepentimiento, cobardía, miedo de la pena, entonces el desistimiento es voluntario... Si es, sin embargo, descubierto o se asusta ante el descubrimiento inminente, ... no es voluntario*<sup>20</sup>. Asimismo ZU DOHNA, para quien debe ser tenido por voluntario el desistimiento cuando para el autor aún era posible obtener el resultado que se había propuesto<sup>21</sup>, o sea que para decidir sobre la voluntariedad lo decisivo es lo que el autor tuviera en mente, sus objetivos y la posibilidad real de realización del plan. En cambio, va a considerar involuntario el desistimiento cuando a pesar de ser todavía posible la producción del resultado típico, circunstancias sobrevenidas imposibilitan o dificultan

---

<sup>14</sup>FRANK, Reinhard, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 139.

<sup>15</sup> CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, vol. I, reimp., Temis, Bogotá, 1988, págs. 262-264.

<sup>16</sup> LISZT, Franz von, *Tratado de Direito Penal Allemao*, t. I, trad. Duarte Pereira, F.Brignet&C.- Editores, Rio de Janeiro, 1899, pág. 344.

<sup>17</sup> MERKEL, Adolf, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Pedro Dorado Montero, B de F, Bs-As, 2004, pág. 135.

<sup>18</sup> MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, trad. S. Politoff, B de F, Bs-As, 2007, pág. 459.

<sup>19</sup> MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, trad. de la 6ª edición alemana (1955) por C. Finzi, DIN editora, Bs-As, 1989, pág. 292.

<sup>20</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trads. Bustos Ramirez y Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 233.

<sup>21</sup> ZU DOHNA, Alexander Graf, *La Illicitud. La Estructura de la Teoría del Delito*, trads. Ballvé-Fontán Balestra, Librería el Foro, Bs-As, s/f, pág. 207.

relativamente la realización del plan del autor, la obtención de la finalidad perseguida, pudiendo de prescindir en estos casos de intentar determinar qué grado de presión psicológica es necesaria para excluir la libertad de decisión<sup>22</sup>. Más cercano en el tiempo encontramos autores de la talla de JESCHECK, para quien voluntariedad significa que el desistimiento no ha sido motivado por obstáculos forzosos, sino que ha surgido de motivos autónomos (independientes) que, sin embargo, no tiene por que ser éticamente valiosos<sup>23</sup>. En la doctrina española la teoría psicológica cuenta en sus filas con autores de peso, entre ellos encontramos a MARTÍNEZ ESCAMILLA, para quien el concepto de voluntariedad lo inferimos a contrario sensu de los casos de no voluntariedad, para la citada autora española habrá involuntariedad por razones psicológicas cuando algunas circunstancias aparecida antes de la consumación y que no le impiden materialmente, ejerce tal influencia psíquica en el sujeto que no le permite otra decisión que la de desistir y ello con total independencia de la valoración normativa que merezcan los motivos, otra hipótesis de involuntariedad residiría en razones materiales cuando estemos frente a la imposibilidad objetiva de realización del plan a pesar de la posibilidad de producción del resultado típico<sup>24</sup>. Por ende, se infiere que será voluntario el desistimiento para la mencionada autora cuando la decisión fue libremente adoptada sin verse afectada por el resultado de una presión psicológica o coacción o por impedimentos materiales.

En nuestros países las teorías psicológicas tienen una gran vigencia, en Uruguay CAIROLI, se afilia a las mismas, para el citado catedrático no hay dudas de que no existe desistimiento válido cuando causas físicas y externas impiden la continuación de la conducta criminal, así sean de las que obran sobre el cuerpo del agente o las que derivan de que los medios puestos en practica se han vuelto inidóneos asimismo como las causas psicológicas que no permiten una determinación libre. En consecuencia para dicho autor el desistimiento revestirá la característica de voluntario cuando el autor se diga “no quiero aun cuando puedo”<sup>25</sup>. De igual manera lo aprecia BAYARDO BENGUA<sup>26</sup>. Sin perjuicio de los mencionados autores, el que de manera mas acabada estudio el instituto del desistimiento en el Uruguay fue ARAUJO, quien manifiesta que *acto voluntario no es aquel determinado por error, dolo o violencia, sino el que es fruto de una determinación libre, es decir, no forzada. En suma, las causas psicológicas que no permiten una libre determinación, originan un desistimiento involuntario que no obsta al castigo de los actos de tentativa cumplidos, al tiempo que las que no coartan la libertad del atentante generan un abandono voluntario*<sup>27</sup>.

En Argentina, encontramos varios autores que afilian a la poción psicológica de la voluntariedad, ZAFFARONI entiende que estaremos frente a un acto voluntario cuando no está fundado en la representación de una acción especial del sistema penal y no está coaccionado por un tercero, sin que sea menester, en modo alguno, que el autor se funde en normas éticas o morales. Para el prestigioso autor, el desistimiento voluntario puede estar fundado en el puro temor a la pena o en un cálculo especulativo<sup>28</sup>. BACIGALUPO es otro de los autores que ha

<sup>22</sup> ZU DOHNA, Alexander Garf citado por Martínez Escamilla en “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho Penal” en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 335.

<sup>23</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, trads. Mir Puig-Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pág. 742.

<sup>24</sup> MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994, págs. 22-25.

<sup>25</sup> CAIROLI, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, t. II, FCU, Montevideo, 1995, págs.63-64.

<sup>26</sup> BAYARDO BENGUA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, 2ª ed. t. II, JVS, Montevideo, 1970, págs. 27-28.

<sup>27</sup> ARAUJO, Oreste, *La Tentativa*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Montevideo, 1958, pág. 383.

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Ediar, Bs-As, 1982, pág. 490. De idéntica forma lo aprecia en su *Derecho Penal. Parte General* en coautoría con ALAGIA y SLOKAR, Ediar, Bs-As, 2000, pág. 806.

sostenido la voluntariedad desde el punto de vista psicológico, el citado autor expresa que en general se acepta que la voluntariedad puede ser analizada en base a la fórmula de Frank: *no quiero aunque no puedo (voluntario); no puedo aunque querría (no voluntario)*. Asimismo, él autor distingue la voluntariedad para las hipótesis de tentativas acabadas o inacabadas. En los casos de tentativa inacabada, en principio el desistimiento es voluntario en la medida en que provenga de la propia decisión del autor y no de circunstancias exteriores. Precizando el connotado profesor que no se requiere un determinado valor ético altruista del motivo del autor. En los supuestos de tentativa acabada, rigen las mismas normas generales que para la tentativa inacabada, pero sólo surge la limitación que el desistimiento puede ser voluntario hasta que el hecho sea descubierto, a partir de ese momento no puede haber voluntariedad, huelga precisar que la voluntariedad sólo quedara excluida por el conocimiento que el autor tenga del descubrimiento del hecho, o sea, el que no se sabe descubierto puede aún desistir voluntariamente<sup>29</sup>. También se adhiere al criterio psicológico DESPONTÍN<sup>30</sup> y FRIELE<sup>31</sup>.

En conclusión y salvando las diferencias entre las diversas posturas encontradas entre los autores que se adhieren al elemento psicológico para establecer el carácter voluntario del desistimiento, podemos decir que si el influjo externo o interno físico o psíquico no son tales como para hacerle sentir coaccionado, sino que todavía puede decidir libremente su desistimiento será reputado voluntario. Y a la inversa, si dichos influjos son tales que el sujeto se ve obligado o coaccionado tanto psíquica o físicamente a desistir, resulta claro que dicha actitud es involuntaria.

## 2. TEORÍAS VALORATIVAS O NORMATIVAS.

Las posturas doctrinarias aglutinadas bajo el nombre de teorías valorativas o normativas que han experimentado un gran auge en los últimos tiempos, a la hora de definir la voluntariedad -ha diferencias de la psicológicas- abordan la cuestión a través de un juicio valorativo del cual resultara si se da el requisito de voluntariedad exigido como elemento subjetivo del desistimiento de la tentativa.

Las formulaciones concretas dentro de las teorías valorativas son muy numerosas como sus defensores. BOCKELMANN parte de la idea de que la impunidad del desistimiento consiste en un acto de gracia a favor del individuo que con la evitación de la consumación genera la expectativa de que no va a volver a delinquir en el futuro y pone al manifiesto una voluntad delictiva de reducida intensidad, compensando ambos aspectos los actos ejecutivos realizados hasta el punto de merecer el perdón, pero ello no alcanza, ha de tratarse además de un desistimiento meritorio, lo cual sólo ocurrirá cuando sus motivos merezcan el reconocimiento del ordenamiento jurídico. La cualidad ética de los motivos es decisiva, es así que los cánones valorativos se tienen que extraer de la moral esotérica del derecho<sup>32</sup>.

Otro criterio que ha cobrado mucha fuerza es el propuesto por ROXIN, quien a su vez rechaza lo propuesto por Bockelmann<sup>33</sup>. Para el ex catedrático, para saber si el desistimiento es voluntario el criterio de valoración es la “racionalidad del delincuente”, para explicar esa

<sup>29</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Bs-As, 1987, págs. 304-305.

<sup>30</sup> DESPONTÍN, María Inés, “Etapas de realización del delito” en *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, Carlos Lascano (h) Director, AA.VV, 1ª ed, 1ª reimp., ADVOCATUS, Córdoba, 2005, pág. 509.

<sup>31</sup> FRIELE, Guillermo E, *El Desistimiento de la Tentativa. Estudio del art. 43 del CP*, Adhoc, Bs-As, 2004, págs. 88-89.

<sup>32</sup> BOCKELMANN, citado por Martínez Escamilla, en *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994, págs. 12-13.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.M. Luzon Peña, Reus, Madrid, 1976, págs. 254-255.

valoración expresa: *si el autor actúa involuntariamente cuando “razonablemente” no podía aceptar el peligro de un pronto descubrimiento y castigo, ésta es la lógica (la razón) de un empedernido delincuente que pondera friamente el riesgo y las posibilidades de éxito del plan concreto del hecho. Quien se ve descubierto y entonces desiste, actúa “razonablemente” en ese sentido; a cuyos efectos se debe partir del plan individual del hecho, pero sobre esa base se debe determinar de modo general el criterio a aplicar al desistimiento. Naturalmente, tal obediencia a las reglas de la profesión criminal no merece la recompensa del orden jurídico, por lo que hay que valorar ese desistimiento como involuntario. En cambio, aquel a quien de repente le entra un intenso miedo sin un motivo concreto en medio de una actuación como ladrón y sale huyendo, procede “irrazonablemente” según los criterios de su oficio (pues un delincuente “ordenado” no se atemoriza sin causa alguna). El desistimiento es voluntario porque el orden jurídico recompensa la desviación de las normas de la lógica (la razón) del desistimiento sea expresión de una voluntad –sea cual fuere su origen- de retorno a la legalidad o en que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal<sup>34</sup>. Huelga precisar, que para dicho autor la voluntariedad, de la que depende el efecto eximente del desistimiento, es un concepto normativo, que debe ser interpretado desde la teoría de los fines de la pena.*

Además de las posturas expuesta precedentemente, encontramos otras vertientes que se basan ya sea que el desistimiento responda a unos motivos que permitan interpretarlo como un retorno del sujeto a la legalidad, que pueda ser contemplado como una reconciliación con el ordenamiento jurídico tal como lo ha sostenido ULSSENHEIMER y WALTER<sup>35</sup>, o también como ha señalado RODRIGUEZ MOURULLO, que manifieste una disminuida intensidad criminal o la insignificancia de la culpabilidad del agente<sup>36</sup>.

En la doctrina española podemos ubicar dentro de las teorías valorativas -además del autor antes citado- a MUÑOZ CONDE, este prestigioso catedrático entiende que el concepto de voluntariedad es complejo, hallándose integrado por un aspecto psicológico y otro valorativo. La capacidad de acción y de motivación constituyen los presupuestos ontológicos de la voluntariedad, dicha voluntariedad depende también de la valoración de los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, culpa, etc), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, etc). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo siempre presente la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración política o moral extraña al derecho penal<sup>37</sup>. En cuanto al segundo aspecto, el criterio valorativo para enjuiciar la voluntariedad reside en los mismos principios políticos criminales que justifican la potestad punitiva del Estado, es decir, las ideas de prevención general y especial. Por ende, el desistimiento debe aparecer, para merecer la impunidad, como un buen ejemplo que anule la mala impresión causada en la comunidad con la anterior conducta -prevención general- y el mismo tiempo mostrar el propósito decidido del sujeto de retornar a la legalidad –prevención especial-<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.M. Luzon Peña, Reus, Madrid, 1976, págs. 253-254.

<sup>35</sup> ULSSENHEIMER y WALTER citados por Martínez Escamilla en “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho Penal” en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 332.

<sup>36</sup> *Ídem*.

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 487.

<sup>38</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El Desistimiento voluntario de cometer el delito*, Bosch. Barcelona, 1972, págs. 99-100.

En último lugar voy hacer referencia a JAKOBS, para dicho autor una conducta de desistimiento exonera de la pena por tentativa cuando se lleva a cabo voluntariamente, es decir, la realización del tipo de desistimiento debe serle imputable al que desiste como realización suya, lo cual falta cuando la conducta de desistimiento cabe explicarla por condiciones de las que el que desiste no es responsable. El citado dogmático, precisa: *Como contrapartida de la culpabilidad, la voluntariedad sólo puede determinarse, al igual que aquella, funcionalmente: Lo que es voluntario no cabe verificarlo psicológicamente, pero tampoco mediante una referencia a la norma general o jurídica-general (orientación por principios positivos o jurídicos positivos), sino sólo por referencia a lo que se ha de sopesar a través del desistimiento, es decir, al hecho concreto.* Y afirma: *Voluntaria es, por tanto, la motivación a desistir que es incompatible con la motivación de realizar el hecho concreto*<sup>39</sup>.

Y prosigue: *Al igual que en la determinación de la culpabilidad sólo importa la responsabilidad por un hecho concreto, también en la voluntariedad del desistimiento importa la responsabilidad por haber hecho fracasar la tentativa del hecho concreto, pero no el enjuiciamiento de lo que el autor planea en lugar de la tentativa. Así pues, lo injusto del nuevo planteamiento no tiene que perjudicarlo*<sup>40</sup>.

Como se puede apreciar todas estas vertientes valorativas o normativas son arto divergentes en cuanto a su planteamiento, teniendo sólo en común, el abandono manifiesto del elemento psicológico como elemento determinante para configurar la voluntariedad, dando preeminencia al aspecto valorativo de los motivos, salvo para Jakobs que a nuestro juicio, prescinde en todo momento de la valoración de los motivos que llevaron al sujeto a desistir, pero su teoría no cabe la menor duda que es normativa.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

A nuestro juicio las teorías psicológicas son de pleno recibo, no así las teorías valorativas, que si bien se encuentran en franco ascenso frente a las teorías psicológicas, dichas teorías valorativas no son de recibo en merito a que el carácter determinante del aspecto valorativo de los motivos en la definición de voluntariedad es difícilmente sostenible y ello, en primer lugar por afectar el principio de legalidad, en cuanto amplían injustificadamente las posibilidades de castigo, al exigir, unos motivos ya sean éticos, sociales o normativos para configurar la voluntariedad del desistimiento que la ley para nada alude. Entiendo que la configuración del termino voluntario como la hacen las mencionadas teorías desborda las fronteras de la interpretación, ya que esta ha de tener como límite el tenor literal del precepto, es decir, que dicha interpretación extensiva tiene como limite infranqueable la totalidad de los significados que el lenguaje general atribuye a una expresión o termino y cuando se rebasa dicho limite ya no se esta interpretando sino que se trataría al decir de LARENZ<sup>41</sup> de una *formulación modificativa del derecho* y como expresa MARTÍNEZ ESCAMILLA *que al ser en este caso claramente contrario al reo, debe proscribirse sin timidez*<sup>42</sup>.

#### V. BIBLIOGRAFÍA.

<sup>39</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trads. J. Cuello Contreras y J.L Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 917-918.

<sup>40</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trads. J. Cuello Contreras y J.L Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 920.

<sup>41</sup> LARENZ, Karl, citado por Martínez Escamilla en "Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho Penal" en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 333.

<sup>42</sup> *Ídem*.

- ARAUJO, Oreste, *La Tentativa*, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la Republica, Montevideo, 1958.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Hammurabi, Bs-As, 1987.
- BAYARDO BENGOA, Fernando, *Derecho Penal Uruguayo*, 2ª ed. t. II, JVS, Montevideo, 1970.
- CAIROLI, Milton, *Curso de Derecho Penal Uruguayo*, t. II, FCU, Montevideo, 1995.
- CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, vol. I, reimp., Temis, Bogotá, 1988.
- DESPONTÍN, María Inés, “Etapas de realización del delito” en *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, AA.VV., Carlos Lascano (h) Director, 1ª ed, 1ª reimp., ADVOCATUS, Córdoba, 2005.
- FRIELE, Guillermo E, *El Desistimiento de la Tentativa. Estudio del art. 43 del CP*, Adhoc, Bs-As, 2004.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trads. J. Cuello Contreras y J.L Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, trads. Mir Puig-Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Direito Penal Allemao*, t. I, trad. Duarte Pereira, F.Briguiet&C.-Editores, Rio de Janeiro, 1899.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Servicio de Publicaciones facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid y Centros de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. Madrid, 1994.
- “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho Penal” en *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin), José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, trad. S. Politoff, B de F, Bs-As, 2007.
- MERKEL, Adolf, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Pedro Dorado Montero, B de F, Bs-As, 2004.
- MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Parte General. Libro de Estudio*, trad. de la 6ª edición alemana (1955) por C. Finzi, DIN editora, Bs-As, 1989.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Bosch, Barcelona, 1972.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ROXIN, Claus, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada” en *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad. D.M. Luzon Peña, Reus, Madrid, 1977.
- WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª ed., 4ª ed. castellana, trads. Bustos Ramirez y Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Ediar, Bs-As, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro *Derecho Penal. Parte General* Ediar, Bs-As, 2000.
- ZU DOHNA, Alexander Graf, *La Ilícitud. La Estructura de la Teoría del Delito*, trads. Ballvé-Fontán Balestra, Librería el Foro, Bs-As, s/f.