
EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO DE CONSUMAR EL DELITO EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN

*Leandro Alberto DIAS**

Fecha de recepción: 9 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 15 de febrero de 2015

Resumen

El Anteproyecto de Código Penal de la Nación establece, entre otras modificaciones, una nueva regulación del desistimiento voluntario de la tentativa. En este trabajo se exploran estas reglas a partir de un análisis comparativo que tendrá en cuenta, principalmente, al actual Código Penal Alemán. Se intentará demostrar que las reglas sobre desistimiento que presenta el Anteproyecto resultan acertadas por su generalidad, sin perjuicio de que ciertas cuestiones deberían ser repensadas, o directamente suprimidas, durante el trámite legislativo.

Palabras clave

Desistimiento de la tentativa - Anteproyecto de Código Penal de la Nación - parte general del Derecho Penal - dogmática penal - Derecho Penal Comparado

THE VOLUNTARY ABANDONMENT OF THE ATTEMPT IN THE ARGENTINE PENAL CODE DRAFT BILL

Abstract

The Argentine Penal Code draft bill establishes, among other modifications, a brand new regulation of the voluntary abandonment of the attempt. In this article I will explore this new set of rules through a comparative analysis and mainly taking into account the German Penal Code. I will try to prove that these new rules about abandonment, as established in the draft bill, are on the right track because of its generality. Nonetheless, I

will argue that some specific aspects of the bill should be rethought, or even suppressed, during the legislative process.

Keywords

Abandonment of the Attempt - Argentine Penal Code Draft Bill - General Part of the Criminal Law - Criminal Law *Dogmatik* - Comparative Criminal Law

I. Reforma del Derecho Penal y parte general

El Derecho Penal continental, por oposición a los ordenamientos jurídicos influidos por la tradición anglosajona, históricamente se ha organizado alrededor de codificaciones que cuentan tanto con una parte general, como con una parte especial (AMBOS, 2013: 83). Mientras que esta última contiene la descripción de los diferentes delitos y define los marcos penales para cada uno de ellos (ROXIN, 1989: 438), la parte general, también conocida como parte filosófica, básicamente establece los principios generales sobre atribución de responsabilidad penal (DUBBER y HÖRNLE, 2014: 187). Es en este punto que se regulan las penas y las medidas de seguridad, así como normas comunes para todos los delitos sobre los presupuestos de la punibilidad. En consecuencia, aquí se reglamenta el error, legítima defensa, la capacidad de culpabilidad, la tentativa y la participación, entre otros institutos (ROXIN, 1989: 438).

En lo que se refiere al proceso de reforma que se está produciendo en la República Argentina, hoy en día ya no quedan dudas de que el Código Penal *en su conjunto* requiere de una reelaboración. Esto incluye no sólo la caótica parte especial, sino también a la parte general, en virtud de las múltiples leyes penales que en los últimos años han sido sancionadas y que tuvieron como consecuencia, por ejemplo, la incorporación de agravantes aisladas,¹ o el establecimiento de una desproporcionada pena máxima de 50

* Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Docente de la Facultad de Derecho (UBA) en la asignatura Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (cátedra prof. Dr. Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti). Correo electrónico de contacto: leandrodiasder@gmail.com.

Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el examen de ingreso a carrera docente en la Facultad de Derecho (UBA) el día 23 de junio de 2014 (jurado compuesto por los profs. Dres. Marcelo Sancinetti, Daniel Pastor y Fernando Córdoba) y obtuvo la máxima calificación (10 puntos). El autor desea agradecer a José Béguelin, Cindi Bertola, Aldana Coiazzet, Paola Dropulich, Ignacio Guerrero, Marcelo Lerman, Juan Nascimbene, Belén Rodríguez Manceñido y Carla Salvatori por los

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

años en caso de concurso material de delitos (SANCINETTI, 2005: 43, 57).² Sería necesario, entonces, una recomposición del sistema de reacciones punitivas a partir de principios homogéneos y de escalas penales proporcionadas entre sí, respetuosas de los principios de humanidad (SANCINETTI, 2005: 58).

Lo interesante del proceso de reforma actual tiene que ver con que los redactores del Anteproyecto de Código Penal de la Nación (en adelante, el "Anteproyecto") dieron un paso más en lo que se refiere a cambios a nivel sustantivo. En ese sentido, decidieron modificar ciertas reglas de imputación ya asentadas en nuestra tradición jurídica, como las relativas al elemento subjetivo requerido para que una acción pueda ser considerada típica, o los requisitos para la punición en el caso de delitos de peligro.³ Cuando se realiza esta clase de modificaciones a lo que se considera por excelencia como la parte general del Código Penal, entran en colisión dos objetivos. Siguiendo a Armin KAUFMANN (1968: 206-7), el primero de ellos sería el fortalecimiento de la seguridad jurídica a partir de una regulación minuciosa de los distintos presupuestos de la responsabilidad penal. Por otro lado, se encuentra la necesidad de ofrecer solamente una regulación mínima que permita un margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia, sin las limitaciones de un código reglamentado en exceso. En virtud de estas finalidades encontradas, toda propuesta de codificación sobre los presupuestos del hecho punible debe tender a un fino equilibrio: un "estándar mínimo", apto para cumplir con las exigencias del principio de legalidad,⁴ pero que al mismo tiempo no produzca una infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley (SANCINETTI, 2003: 136).

El objetivo de este trabajo es el de analizar si este equilibrio se ha alcanzado en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación en lo que respecta al desistimiento voluntario de la tentativa. Para ello, en primer lugar se ofrecerán unos lineamientos básicos del

valiosos aportes efectuados a un borrador del trabajo final. Los errores e imprecisiones del presente artículo son exclusiva responsabilidad del autor.

¹ A modo de ejemplo, véanse las agravantes genéricas establecidas en los artículos 41 *bis* y 41 *quater*, y que básicamente incrementan las escalas penales de un modo desproporcionado por conductas que previamente ya eran consideradas punibles por el legislador originario, como la utilización de armas y la intervención de menores (SANCINETTI, 2005: 57).

² Sobre las consecuencias negativas de las reformas que tuvieron lugar luego de las manifestaciones callejeras encabezadas por Juan Carlos Blumberg tras sufrir la pérdida de un hijo como resultado de un secuestro, véase: MAIER (2004).

³ Véanse, en este sentido, los artículos 1(a) y 1(c) del Anteproyecto de Código Penal de la Nación.

⁴ Sobre el tema, véase *infra* apartado III.B.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I
Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

instituto ([apartado II](#)), y luego se brindará un análisis global de la regulación general que ofrece el Anteproyecto ([apartado III](#)). Una vez finalizado este acercamiento provisorio, se realizarán algunas reflexiones sobre dos aspectos novedosos del proyecto: la posibilidad de desistimiento del partícipe ([apartado IV](#)) y el “momento” del desistimiento ([apartado V](#)). Por último, y tras ofrecer un excursus sobre el elemento de “voluntariedad” ([apartado VI](#)), se sistematizarán las conclusiones de la investigación ([apartado VII](#)).

II. Lineamientos generales del desistimiento voluntario de la tentativa

A) Definición y fundamento de la impunidad

Antes de pasar al análisis de la regulación concreta del instituto, lo primero que debe delimitarse es el objeto de la presente investigación. En ese sentido, el desistimiento de la tentativa es aquella acción por la cual el autor, voluntariamente, interrumpe la realización del tipo, sea absteniéndose de seguir actuando, en los delitos de comisión, sea cumpliendo la acción mandada, en los delitos de omisión (SANCINETTI, 2005: 262). Dado que el efecto del desistimiento voluntario es la impunidad y que, en consecuencia, esa generosidad que ofrece el legislador debe estar fundamentada (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578), surgieron diferentes posturas en lo que respecta a la *ratio* del desistimiento, algunas de las cuales serán presentadas a continuación.

En primer lugar, aparecen las antiguas teorías jurídicas, que buscaban los fundamentos de la impunidad del desistimiento en la lógica (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578):⁵ la retirada del delito anula el castigo obligatoriamente, en tanto revoca la tipicidad, o bien la antijuridicidad (GALLI, 2009: 22). La principal crítica a esta concepción, ya superada, se vincula con que no es posible anular un suceso hacia el pasado, ni en su aspecto objetivo, ni en el subjetivo (GALLI, 2009: 23),⁶ por lo que los motivos deberían buscarse en otro lado, como en la discrecionalidad legislativa (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578).

5 En ese sentido, si realizar el ilícito fuese *p*, el desistimiento del mismo equivaldría a $\neg p$.

6 En palabras de DUBBER y HÖRNLE (2014: 382), “una tentativa sigue siendo una tentativa”.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

Otra postura de larga data, y que se remonta a FEUERBACH (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578), es la llamada teoría del puente de oro,⁷ que establece que la promesa de liberación de pena impone un estímulo para que el autor, aun después de haber comenzado la tentativa, renuncie a consumir el hecho (FRISTER, 2009: 493). Ésta ha sido la fundamentación receptada por los redactores del Anteproyecto. Más precisamente, en el comentario al artículo 18 —fundamentos para la determinación de la pena— de la exposición de motivos, se establece que cualquiera sea la naturaleza del desistimiento, el "*puente de oro* debe valorarse al menos como circunstancia de menor reproche cuando el agente no obtenga el resultado buscado y el delito se consume, lo que puede depender de circunstancias totalmente accidentales" —la cursiva corresponde al original—. ⁸

Sin embargo, dos objeciones han llevado a un abandono progresivo de la teoría.⁹ Así, se considera que parte de una ficción, en tanto sólo un escaso porcentaje de la población conoce la normativa sobre desistimiento, y la praxis jurídica indica que entre los motivos para desistir nunca se encuentran las consideraciones sobre una posible liberación de pena (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578). Sin embargo, esta crítica ha sido sobrevalorada, debido a que su punto de partida llevaría a negar incluso el sentido motivacional de las normas que crean conminaciones penales, ya que estas últimas difícilmente orienten la vida de todos los ciudadanos (SANCINETTI, 1991: 348).¹⁰ Más atractiva, por el contrario, aparece la crítica que señala que la teoría no da cuenta de las llamadas tentativas calificadas punibles, ni de los supuestos de tentativas inidóneas (JAKOBS, 1991: 901), y aquella que resalta que tampoco podría explicarse el criterio de voluntariedad. Sobre este último tema, la promesa de impunidad podría ser un poderoso motivo para prescindir de la realización del tipo justamente si el autor se ve descubierto y todavía podría consumir el delito, mientras que la consideración de que de todos modos va a ser castigado podría impulsarlo a continuar con su acto (ROXIN, 2003: 597). Dado que

⁷ A su vez, pueden encontrarse referencias al puente de oro en los comentarios a los artículos 75, 107, 182 y 242.

⁸ La formulación de este argumento, a su vez, no es del todo precisa: lo que debe valorarse como circunstancia de menor reproche es la conducta, no el puente de oro tendido por el legislador. A lo sumo, lo determinante sería la evaluación de la intención del agente de utilizar ese puente de oro.

⁹ Señala ROXIN (2003: 595-6), que esta teoría fue receptada por la jurisprudencia del Tribunal del Reich, e incluso por las primeras decisiones del Tribunal Supremo Federal Alemán.

¹⁰ Incluso si existiese evidencia empírica de la posibilidad de motivar al autor para desistir de su hecho, este argumento todavía no ayuda a comprender por qué se permite el desistimiento de la tentativa, y no la reparación posterior al delito en ciertos casos, como en los delitos contra la propiedad a través de la devolución de la cosa hurtada, por ejemplo (FLETCHER, 1978: 186).

hoy se rechaza la voluntariedad del desistimiento en este caso, debería directamente plantearse la posibilidad de un desistimiento involuntario (ROXIN, 2003: 597).

La doctrina dominante, apoyada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán —BGH—, hoy en día defiende la teoría del premio, la que establece que a través de las disposiciones del Código Penal los legisladores decidieron recompensar el desistimiento voluntario de la tentativa (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 578). De ese modo, se anula aunque sea parcialmente la impresión conmovedora del derecho y, por lo tanto, el agente merecería indulgencia. No obstante, se ha criticado que esa compensación parcial no explica por qué se otorga un premio tan generoso a quien ya ha vulnerado la norma con su comportamiento (GALLI, 2009: 23).

En los últimos años ha adquirido un número importante de defensores la llamada teoría de los fines de la pena, entre los que se encuentra Claus ROXIN, que pone de manifiesto que el desistimiento voluntario haría que la punición parezca superflua desde puntos de vista retributivos y preventivos, porque en definitiva el agente no ha demostrado una suficiente voluntad hostil al derecho (ROXIN, 2001). Pero, en contra de esta posición, debe decirse que quien ha superado una etapa meramente preparatoria en el *iter criminis* ya ha manifestado una voluntad lo suficientemente intensa en contra del derecho, y que el merecimiento de pena no es anulado sin más por el desistimiento (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 580). A su vez, las razones de prevención especial no varían demasiado por el desistimiento (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 580), y termina señalándose lo obvio: en estos casos la imposición de pena deja de ser una necesidad forzosa porque así la ley lo impone (STRATENWERTH, 2000: 354).

Por último, debe hacerse mención a la posición de JAKOBS, quien encuentra una fundamentación no ya en razones de política criminal, o generales dentro del Derecho Penal, sino en la estructura misma de la tentativa. De ese modo, considera que el quebrantamiento de una norma se manifiesta a través de la conducta del agente y, cuando éste se separa de su comportamiento, la contradicción normativa se convierte en algo del pasado, sobre lo que él ya no puede influir (JAKOBS, 1992: 328). Pero en los casos en los que el autor no se ha separado de su conducta, cuando no ha perdido el dominio, puede aún corregir la presente imagen de su actuación (p. 330). Por lo tanto, la expresión de sentido contrario a la norma todavía no es definitiva ni representa una comunicación cerrada: puede corregirse y de ese modo dar lugar a un desistimiento excluyente de la pena (JAKOBS, 1992: 330). Esta posición explica de la mejor forma la *ratio* de la impunidad y da lugar a soluciones más racionales, vinculadas con la imposibilidad de desistir cuando se ha

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

perdido el control sobre las consecuencias del accionar propio, como se verá en algunas soluciones sostenidas en este trabajo.

B) Naturaleza jurídica y efectos del desistimiento

Respecto de la naturaleza jurídica del instituto, la opinión dominante entiende al desistimiento como una excusa absolutoria, en virtud de que si bien se excluye la punibilidad del agente, tanto el ilícito como la culpabilidad subsisten (FRISTER, 2009: 496; DUBBER y HÖRNLE: 2014: 381). En principio deberá aceptarse esta conclusión, debido a que, como establece JAKOBS, si bien el desistimiento es un comportamiento posterior especial, que permite modificar el hecho todavía dominado y, por lo tanto, justificar la impunidad, no puede hacer desvanecer lo ya realizado, sino simplemente quitarle su univocidad a futuro (JAKOBS, 1991: 899).

Sin perjuicio de ello, la cuestión sigue estando debatida. Algunos autores encuentran en el desistimiento una causa de exculpación. Puede señalarse, por ejemplo, la posición de HERZBERG, quien intenta trasladar el principio de compensación del derecho civil al ámbito de la culpabilidad penal. En ese sentido, considera que quien desiste voluntariamente se libera de la conminación estatal coactiva porque cumple con su culpabilidad a partir de una prestación a él imputable (HERZBERG, 1987, cit. en ROXIN, 2001). Sobre esta concepción debe decirse que el traslado de los principios de la reparación de daños, basado en gran medida en la atribución de resultados, no resulta automático en Derecho Penal.¹¹ A modo de ejemplo, la compensación no requiere de voluntariedad, por lo que no se explicaría la necesidad de ese requisito para el otorgamiento de la impunidad (ROXIN, 2001). También ROXIN (2003: 602) concibe al desistimiento como una causa de exclusión de culpabilidad, debido a que con la acción del agente se disminuye el injusto —por ausencia del resultado— y la culpabilidad. Y si bien no podría ser eliminado del mundo el "saldo" de esa disminución, ya no existiría necesidad de imponer una pena desde puntos de vista preventivos. La objeción certera que puede hacerse es que esta perspectiva se concentra demasiado en el disvalor de resultado y deja totalmente de lado el problema del disvalor de la acción. Por lo demás, y como se

¹¹ Sobre esta problemática, en el marco de la teoría de la pena, véase: PAWLIK (2010: 79-84). Sobre el tema, ROXIN (2003: 600) plantea que en Derecho Penal no existe un principio jurídico como el de liquidación o saldo, al que recurre HERZBERG: la posterior reparación de daño no anula una punibilidad ya fundamentada, y solamente resulta relevante en casos excepcionales para prescindir de la pena en ciertos delitos, por decisión del legislador.

mencionó previamente, no queda claro hasta qué punto las necesidades de prevención se ven afectadas por el desistimiento, cuando ya se ha traspasado la etapa preparatoria del delito, ni por qué estas necesidades deberían triunfar frente a consideraciones categóricas sobre los fines de la pena.

Por su parte, las teorías jurídicas del desistimiento intentan encontrar una razón para negar la tipicidad o la antijuridicidad, y sobre el tema resulta ilustrativa la posición de FRISTER. Este autor asume una postura que reconoce para los casos de desistimiento de una tentativa inacabada una causa de anulación de la tipicidad, debido a que el abandono de la ejecución del hecho eliminaría el disvalor de acción (FRISTER, 2009: 497). Sobre esta clase de posiciones debe decirse que el disvalor de la acción del agente ya se hace manifiesto con el principio de ejecución de la tentativa, y que el desistimiento posterior no puede eliminar ese comportamiento incorrecto, contrario a la norma, que ha tenido lugar en el mundo. Por lo tanto, las razones que fundamenten la impunidad de ese comportamiento típico deben buscarse en otro lado.

Con respecto a los efectos, ya se ha mencionado que el desistimiento voluntario elimina la punibilidad de la tentativa. Sin embargo, esa punibilidad se mantiene para otros delitos ya consumados, a pesar de la existencia del desistimiento voluntario: es el caso de la llamada tentativa calificada (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 590). Un ejemplo podría presentarse de la siguiente manera: A golpea a B, generándole lesiones leves, e inmediatamente después decide, de acuerdo con su plan, sacar un arma cargada y apuntarle a B en la cabeza, con la intención de matarlo. Según la doctrina mayoritaria, aunque A desista del homicidio, subsiste el delito consumado de lesiones. Suele decirse que esta solución genera la consecuencia negativa de disminuir considerablemente los motivos para desistir, pero a esto debe responderse que de no ser así se neutralizaría en demasía la meta de mantener el reconocimiento de la norma, que ya habría quedado vulnerada en lo que respecta al primer hecho punible (FRISTER, 2009: 498).

De todos modos, se encuentra discutida la cuestión de si los delitos de peligro contenidos en una tentativa vuelven a resurgir por el desistimiento. Piénsese en el siguiente caso: A decide matar a B colocando materiales explosivos en un edificio, pero tras detonar la bomba y generar el incendio, se arrepiente y decide revocar su accionar a partir de la utilización de un moderno equipamiento anti incendios, que le permitía controlar la situación con seguridad hasta el último instante anterior a la muerte de B. En este caso se presenta la tentativa desistida de un delito de lesión —artículo 80, inciso 5º del Código Penal, homicidio por un medio idóneo para crear un peligro común desistida—,

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

junto con un delito de peligro concreto —artículo 186, inciso 4º, del Código Penal, incendio con peligro de muerte— y al menos uno de peligro abstracto —artículo 189 bis del Código Penal, tenencia de materiales peligrosos, en alguna de sus variantes—. ¹² La doctrina mayoritaria considera que los efectos del desistimiento abarcan también a la consumación de un delito de peligro concreto, en la medida que se refieran al mismo bien jurídico, ya que se trataría solamente de la criminalización de un estadio previo a la lesión (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 591). Esta postura no fue seguida por el BGH, que ha considerado que con la tentativa no se pena la puesta en peligro objetiva, sino el dolo de lesionar un interés protegido y, por lo tanto, el dolo del tipo de peligro sigue siéndole imputable al agente (FRISTER, 2009: 499). Con independencia de esta discusión, parecería haber acuerdo en que en todos los casos subsiste la punibilidad por un delito de peligro abstracto ya consumado, a causa de su peligrosidad general (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 591).

III. El desistimiento voluntario en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación

A) Análisis comparativo y primera valoración

Habiendo quedado delineadas las bases teóricas fundamentales del desistimiento de la tentativa, llega el momento de evaluar la regulación que ofrece el Anteproyecto de Código Penal de la Nación. Se dijo en el primer apartado de esta investigación que toda definición legislativa de las reglas de la parte general del Derecho Penal debe contar con un equilibrio entre las exigencias de legalidad y la necesidad de que sólo quede establecido un estándar mínimo que permita el desarrollo de soluciones dogmáticas justas, sin imponer legislativamente soluciones valorativas que corten “con el sable de la ley el hilo de vida de la opinión contraria” (KAUFMANN, 1968: 225). En ese sentido, la historia de la regulación del desistimiento en Alemania puede servir de punto de partida para el análisis, en virtud de la influencia que ese ordenamiento jurídico ha tenido en el desarrollo del sistema penal argentino.

¹² En este caso también estaría presente el problema señalado en el párrafo anterior, en virtud de que también estaría consumado un delito de lesión: daños, en los términos del artículo 193 del Código Penal. De todos modos, a los fines del análisis solamente interesa la relación entre la tentativa de un delito de lesión y la consumación de ciertos delitos de peligro concreto y/o abstracto.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I
Reforma al Código Procesal Penal de la Nación y Anteproyecto de Código Penal de la Nación

Es así que en el Código Prusiano de 1851, una de las fuentes del actual Código Penal Alemán, la impunidad por desistimiento aparecía solamente de modo implícito en el § 31, debido a que la tentativa era punible en la medida en que no hubiera llegado a la consumación por circunstancias independientes a la voluntad del autor y, por ende, la tentativa voluntariamente desistida no era punible (SANCINETTI, 2003: 148). Puede observarse aquí un tratamiento legislativo escueto, que ofrece un amplio margen para el trabajo doctrinario y jurisprudencial, aunque a costa de sacrificar algo de seguridad jurídica.¹³

Sin embargo, desde la década del setenta rige en Alemania una regulación del instituto muy detallada, que pretendió ofrecer legislativamente una solución a todos los problemas:

§ 24. Desistimiento¹⁴

(1) No es punible por tentativa el que voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Si el hecho no se consuma sin que el que desiste haya intervenido en ello, éste quedará impune si se esforzó voluntaria y seriamente en impedir la consumación.

(2) En caso de pluralidad de intervinientes en el hecho, no será penado por tentativa el que impida voluntariamente la consumación. Sin embargo, para que quede impune bastará con que se haya esforzado voluntaria y seriamente por impedir la consumación del hecho, cuando éste no se consume sin su intervención o cuando sea cometido independientemente de su aporte originario.

¹³ Resulta esclarecedora, en ese sentido la postura que puede encontrarse en un clásico manual de estudios alemán: el legislador dejó conscientemente numerosas cuestiones particulares sin regulación de cara a la complejidad de la materia (como por ejemplo el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación o la distinción entre dolo e imprudencia), dejando la clarificación a cargo de la doctrina y la jurisprudencia (WESSELS, BEULKE y SATZGER, 2013: 20).

¹⁴ Se toma como referencia la traducción realizada por Marcelo SANCINETTI, (revisada por María de las Mercedes GALLI), que puede encontrarse en FRISTER (2009: 493)

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

Este exceso en los detalles ha dado lugar a una serie de posiciones teóricas asistemáticas y contrarias a ciertas intuiciones básicas de justicia. Sólo a modo de ejemplo, la redacción actual del § 24, primer párrafo, segunda oración del StGB recepta el requisito de “esfuerzo serio” para evitar la consumación, en casos de tentativas no peligrosas (SANCINETTI, 2003: 149). Sin embargo, este agregado termina generando una inconsistencia, en tanto la doctrina mayoritaria considera suficiente para la impunidad de una tentativa idónea a un desistimiento exitoso —por más que no haya sido producto de un esfuerzo serio—, mientras que exige mucho más para los casos de inidoneidad (SANCINETTI, 2003: 149-50).¹⁵

Estos intentos por abarcar todos los casos en la ley, ofreciendo soluciones fijas, en principio deben ser rechazados. Y es que los elementos que se establecen en una parte general, entre los que se incluyen temas tan variados como el significado de acción, intencionalidad, causalidad, justificación y exculpación, va mucho más allá de lo que pueda determinarse legislativamente (FERRANTE, en prensa).¹⁶ Las preguntas que se intentan responder cuando se analizan estas cuestiones no son preguntas jurídicas, es decir, que pueden ser respondidas interpretando un determinado derecho, sino de naturaleza filosófica: la indagación de las condiciones de las que depende la responsabilidad penal (FERRANTE, en prensa). El Derecho Penal, como práctica esencialmente retributiva, presupone un conjunto de deberes cuyo incumplimiento puede acarrear responsabilidad penal —ejemplo, no matar a otros—, y los juicios de responsabilidad penal tienden a reflejar los correspondientes juicios de reprochabilidad o culpabilidad moral por la violación de tales deberes (FERRANTE, 2008: 37).¹⁷ Las reglas jurídicas de distribución de

¹⁵ Sobre los supuestos de desistimiento mezquino, véase: SANCINETTI (2003: 150).

¹⁶ En ese sentido, la concepción contemporánea de dogmática penal asume que las decisiones del legislador no agotan el contenido del Derecho Penal y que la dogmática cumple una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar para justificar decisiones, independientemente de que ellas hayan sido recogidas por el legislador (MANRIQUE, NAVARRO y PERALTA, 2010: 2)

¹⁷ Por teorías retribucionistas deben entenderse aquellas posturas que para fundamentar el castigo plantean que este último se presenta como algo intrínsecamente valioso: tiene un valor que no se deriva de ninguna otra cosa para la cual el castigo pueda ser un medio. Las posturas opuestas, obviando los matices, son las llamadas consecuencialistas, que afirman que la única consideración relevante para responder la pregunta sobre la fundamentación del castigo es la de cuáles son las consecuencias que produciría imponer castigo en comparación con hacer otra cosa en su lugar (FERRANTE, en prensa). En este trabajo no se pueden hacer mayores contribuciones respecto de esta discusión filosófica, sino simplemente resaltar —y asumir— el carácter retributivo del Derecho Penal. En ese sentido, resulta ilustrativa la postura de Michael PAWLIK (2010: 97), basada en una concepción

responsabilidad penal pretenden así capturar las condiciones de la reprochabilidad moral o merecimiento del castigo, independientes del derecho (FERRANTE, 2008: 38),¹⁸ por lo que una toma de posición de la ley respecto de estas cuestiones da lugar a la ya mencionada limitación a la filosofía práctica, que en principio debería ser evitada.¹⁹

Podría decirse, entonces, que el equilibrio debería buscarse en un punto intermedio entre estas dos alternativas que brinda la historia legislativa alemana. La pregunta relevante, entonces, es la de si el Anteproyecto de Código Penal de la Nación, en materia de desistimiento, se ubica en este estadio intermedio o si, por el contrario, está más cerca de alguno de los extremos. Para esbozar una respuesta, resulta relevante transcribir la disposición propuesta por los redactores, y compararla con lo que actualmente rige en el Código Penal Argentino:

Anteproyecto de Código Penal	Código Penal Argentino
Artículo 7.2. El autor o partícipe de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito o impidiere su consumación.	Artículo 43. El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

de dignidad humana, propia de los derechos humanos fundamentales, y que consiste en que cada persona es acreedora de ser tratada en un plano de igualdad, como un sujeto que construye su propia vida en libertad. En este marco, cometer un delito supone violar la obligación ciudadana de contribuir al mantenimiento de la libertad existente. Como la comisión de un hecho punible no afecta el carácter del delincuente como ciudadano, este último puede, y debe, seguir contribuyendo a la materialización del proyecto común de la “libertad por el Derecho”. Debido a la violación de su obligación primaria de aportar lealtad activamente, el contenido de la obligación se transforma en una obligación secundaria: debe permitir que, a su costa, se confirme la indisolubilidad de la relación entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de colaboración, a través de la pena (PAWLIK, 2010: 103). De ese modo, la pena restituye al Derecho como Derecho al confirmar la reciprocidad entre cumplimiento del deber y disfrute de la libertad, y a través de su imposición mantiene la corresponsabilidad jurídica frente a la generalidad que posee el autor de un hecho punible, en su rol de ciudadano (PAWLIK, 2010: 108).

¹⁸ Como bien señala MIELNIK (2013: 17), haciendo referencia a las enseñanzas de FERRANTE, un rasgo esencial de la visión de autores clásicos de la dogmática penal, como Hans WELZEL, es el “no formalismo”: la idea de que las condiciones del merecimiento de castigo no son creadas por el derecho, sino conceptualmente anteriores.

¹⁹ Afirma PAWLIK (2003: 314) que la interrelación entre dogmática penal y filosofía del derecho beneficia a ambas partes: a la dogmática porque de ese modo gana en consistencia interna y a la filosofía del derecho porque se concretiza y puede poner a prueba la capacidad de rendimiento de sus fundamentos teóricos.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

Se observa en esta confrontación que el Anteproyecto mantiene, en líneas generales, la redacción del actual artículo 43 del Código Penal Argentino. En ese sentido, el desistimiento voluntario de la tentativa vuelve a encontrar una regulación expresa, a diferencia de lo que sucedía en el Código Prusiano de 1851, por lo que quedan legalmente sentadas las bases para el trabajo interpretativo directamente a partir de lo que expresaría una eventual ley. Esto resulta particularmente significativo, en virtud de que si uno de los fundamentos del principio de legalidad es el otorgarle al agente una aviso justo respecto de las consecuencias de su accionar (GRABENWARTER, 2014: 172), podría decirse que al menos cierta referencia al desistimiento y sus consecuencias debe quedar determinada legislativamente.

Por otro lado, los redactores del Anteproyecto decidieron evitar una toma de posición tan marcada como la del actual Código Penal Alemán, por lo que en principio no puede hablarse de un notorio exceso en la regulación. Esta decisión, como se viene anticipando, resulta bienvenida, en tanto permitirá un eventual desarrollo en la discusión científica sobre el tema: las diferentes posturas sobre el desistimiento de la tentativa, formuladas por la doctrina, adquieren relevancia porque no se encuentra una definición del concepto en el vocabulario empleado por el legislador y porque ese concepto es notoriamente vago en su uso del lenguaje ordinario (MANRIQUE, NAVARRO y PERALTA, 2010: 25). En síntesis, la regulación que ofrece el Anteproyecto parecería ubicarse, a simple vista, en una posición cercana al equilibrio al que debe aspirar una disposición sobre la parte general del Derecho Penal sustantivo.

No obstante, pueden encontrarse dos novedades respecto del Código Penal argentino vigente en la actualidad. La primera tiene que ver con la inclusión del partícipe dentro de los sujetos que pueden desistir de la tentativa, mientras que la segunda, probablemente más compleja, se relaciona con el impedimento de la consumación como causal de desistimiento. Por lo tanto, deberán analizarse estas adiciones con algo más de profundidad, para así determinar si efectivamente se está en presencia de una regulación equilibrada o si, por el contrario, deberían realizarse ciertas modificaciones.

B) ¿Existe un problema de legalidad?

Antes de dar cuenta de los dos aspectos, en principio, innovadores, debe atenderse a que considerar aceptable la escueta regulación del Anteproyecto de Código Penal de la Nación en materia de desistimiento, en virtud de que permite un mayor margen para la

argumentación en el ámbito filosófico-científico, de todos modos no alcanza para resolver una pregunta latente desde el comienzo de este artículo. Y es que más allá de que pueda resultar valorable este objetivo, una definición detallada de las distintas formas de atribución de responsabilidad podría ser necesaria por una cuestión de legalidad. En otras palabras, si el principio de legalidad, de jerarquía constitucional, rige para la parte general del Código Penal, y no sólo para la parte especial, entonces el legislador debería intentar ofrecer la regulación más clara posible en virtud del mandato de determinación —*lex certa*—. Esta cuestión se encuentra, a su vez, vinculada con la prohibición de analogía como otra derivación del principio de legalidad —*lex stricta*—, debido a que la necesidad de recurrir a razonamientos que superen el tenor literal de la norma debería ser mayor a medida que decrece la rigurosidad de las disposiciones legales. En el caso del desistimiento, si bien se trata de una causal de exclusión de la punibilidad —es decir, que se aplica a favor del reo—, los límites del desistimiento terminan demarcando el alcance de la tentativa punible y, entonces, habría buenas razones para que el legislador intente ser lo más preciso posible.

Esta cuestión viene debatiéndose en Alemania desde hace décadas y es un tema por demás complejo, cuya discusión no está agotada en la doctrina (LERMAN, 2004). Al menos hasta mediados del siglo pasado la doctrina mayoritaria consideraba que la analogía en contra del imputado se encontraba prohibida en lo que se refiere a la parte especial, pero no así en cuanto a la parte general (MAURACH, 1958: 117).²⁰ En ese sentido, se consideraba que la analogía de derecho, de base extralegal, no tiene razón de ser en el

²⁰ Se elige, como representante de la postura que niega la aplicación del principio de legalidad a la parte general del código penal, la opinión expresada por Reinhart MAURACH en la segunda edición de su “Tratado”, por el hecho de que esa obra fue traducida al castellano durante la década del ‘60. Sin embargo, estas consideraciones fueron mantenida hasta la cuarta edición de la obra y hoy en día puede encontrarse una consideración completamente opuesta en la actualización del “Tratado” realizada por Heinz ZIPF. En ese sentido, en la séptima edición, también traducida al español se afirma que la posición sentada originalmente es errónea por dos motivos: “[p]or un lado, la delimitación entre las partes general y especial no es, en modo alguno, forzosa y no siempre es desarrollada consecuentemente [...]. Por otra parte, tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, mediante la expansión de las instituciones jurídicas de la parte general, puede lograrse una expansión considerablemente mayor de la zona de pena, en virtud de la aplicación por analogía de un tipo penal singular. Así, la restricción de las causales de justificación [...] amplía el ámbito de los tipos penales” (MAURACH y ZIPF, 1987: 163).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

Derecho Penal, pero sí la analogía de ley, lo que fue avalado por la jurisprudencia del Tribunal del Reich —RG— (MAURACH, 1958: 117).²¹

Sin embargo, se le ha criticado a esta posición, con razón, que no es compatible con la idea básica detrás del principio de legalidad (FRISTER, 2009: 106). Si bien varios fundamentos subyacen a esta garantía individual, dos de ellos resultan particularmente ilustrativos en este punto. En primer lugar, se presenta el argumento de la división de poderes, en tanto la pena, como máxima injerencia sobre la libertad del ciudadano, sólo puede estar legitimada a partir de lo determinado por la instancia que más representa al pueblo como titular del poder del Estado: el parlamento (ROXIN, 1994: 145). Por lo tanto, sería contrario a este fundamento tanto el negarle al pueblo la posibilidad de delinear los presupuestos del castigo estatal, como ignorar lo decidido legislativamente a partir de interpretaciones. En segundo lugar, está presente el argumento basado en la autonomía de los ciudadanos (ASHWORTH y HORDER, 2013: 56): si la pena presupone culpabilidad, debe requerirse que el autor del hecho conozca, o al menos hubiese tenido la oportunidad de averiguar, que su conducta estaba prohibida, y el medio para esto es la determinación legal de la punibilidad antes del hecho (ROXIN, 1994: 146). Por ese motivo, resulta adecuado que el principio de legalidad se aplique al menos a los preceptos que amplían la punibilidad más allá de los tipos de la parte especial —tentativa, autoría, participación, etcétera—, y de ese modo se permita la motivación del agente a partir de esas disposiciones (ROXIN, 1994: 157).

Con respecto a esta problemática, debe decirse, como bien señala STRATENWERTH (2000: 89), que lo esencial se vincula con establecer si determinadas imprecisiones de la ley deben ser asumidas como inevitables y, en su caso, en qué medida.²² Desde luego que la ley puede imponer condiciones mínimas de imputación, o regular exhaustivamente un ámbito (JAKOBS, 1991: 919), y esas disposiciones deberán ser respetadas. Sin embargo, también apoyan esta clase de prescripciones abiertas razones técnicas (MURMANN: 2013,

²¹ Para mayores referencias, véase OTTO (2004, 22).

²² Esta conclusión respecto de la parte general del Derecho Penal puede ser trasladada a otros aspectos del derecho en general. Sobre el tema, señala BULYGIN (1981) que "[n]o es en modo alguno obvio que la solución anticipada de problemas por medio de normas generales sea preferible o sea siempre preferible a la decisión particular, aun cuando ésta no esté basada en una norma general pre-existente, sino en consideraciones de equidad y justicia. Lo que hay en el fondo de este dilema es una confrontación entre los valores de seguridad jurídica por un lado y de justicia por el otro. Lo que importa es darse cuenta de que se trata de un importante problema valorativo y no proceder ciegamente como si no existiera ningún problema".

41). Sería poco realista para un legislador tener que describir, de modo detallado, cada una de las formas en las que se puede intervenir en un hecho punible —autoría, autoría mediata, coautoría, complicidad primaria y secundaria, instigación, etcétera—, incluso en casos de Derecho Penal nuclear. Este argumento, que podría denominarse pragmático, permite inferir que en lo que se refiere a las disposiciones generales sobre hechos punibles, el mandato de certeza deja un amplio margen de libertad interpretativa (MURMANN: 2013, 41).

Pero también hay fundamentos sustantivos que avalan una conclusión de esta clase y hasta podría decirse que el problema de la discusión en general es que pasa por alto el verdadero problema material (OTTO: 2004, 22). Ya se mencionó que le asiste razón a quienes consideran que no pueden eliminarse las reglas de la parte general que favorecen al agente, ni se puede dar lugar a reglas *ad hoc* que lo perjudiquen, y así lo reconoce hoy en día la doctrina mayoritaria (OTTO: 2004, 22). Sin perjuicio de lo expuesto, las soluciones sobre imputación penal varían de acuerdo con la conformación de la sociedad al momento de la comisión de un hecho, por lo que el “legislador” desconoce cuál puede ser una solución preferible a la larga (JAKOBS, 1991: 919). En ese sentido, las reglas según las cuáles una persona puede ser considerada responsable penalmente —por un comportamiento típico, antijurídico y culpable—, en una sociedad dada, están expresadas sólo de modo parcial en la ley (OTTO: 2004, 22). Es tarea de la doctrina y la jurisprudencia el reconocimiento de esas normas que subyacen a lo que se encuentra escrito en un código, con el fin de desarrollar principios de imputación y demostrar su compatibilidad con las reglas expresadas legislativamente (OTTO: 2004, 22).

Por estas razones, puede afirmarse que una regulación sucinta de la normativa que eventualmente podría conformar la parte general de un código penal no necesariamente afecta al mandato de determinación y, por ende, tampoco resulta *per se* violatoria del principio de legalidad. En el caso del Anteproyecto, como se mencionó previamente, se observa un tratamiento del desistimiento voluntario de la tentativa que en líneas generales puede ser considerado aceptable, al establecer la consecuencia —impunidad— y la principal característica del instituto —voluntariedad—. En ese sentido, los pormenores dogmáticos quedarán reservados a los científicos y a los operadores judiciales, quienes ante los casos concretos deberán dar cuenta de las reglas sociales de imputación jurídico penal, sin contrariar, en perjuicio del imputado, lo establecido legislativamente.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

IV. Primera novedad del Anteproyecto: el desistimiento del partícipe

El primer apartamiento del Anteproyecto, respecto del Código Penal actual, se produce a través de la introducción de la figura del partícipe entre los sujetos habilitados para desistir voluntariamente de la tentativa. Esto quiere decir, en líneas generales, que la ley considera expresamente aplicables las reglas generales sobre desistimiento voluntario a quienes no ejecutan la acción típica —es decir, a quienes no cometen el delito según las distintas formas de autoría—, como los instigadores y cómplices (STRATENWERTH, 2000: 412). Sobre este tema, y antes de realizar una valoración respecto de esta decisión de los redactores, deben hacerse una serie de comentarios.

Uno de ellos se vincula con el alcance de la disposición. Al utilizarse la fórmula “[e]l autor o partícipe de tentativa...”, se incluye a este nuevo grupo de eventuales agentes en la disposición, siendo aplicables las reglas generales, en lo que se conoce como “participación en la tentativa” (STRATENWERTH, 2000: 412). Este último detalle resulta trascendental, ya que supone la intervención del partícipe en el hecho punible de un autor principal que ha alcanzado el grado de tentativa, pero que se encuentra en un estadio previo a la consumación. Si bien parecería obvia esta conclusión, así como la posibilidad de permitir un desistimiento, no lo es tanto si se tiene en cuenta que también resultaría posible, en términos sistemáticos, una tentativa de participación, con independencia de la ejecución de un delito principal. En ese sentido, el Código Penal Alemán establece, en los § 30 y § 31, una serie de disposiciones de este tipo, amplían la punibilidad de ciertas conductas hasta el estadio de los actos preparatorios de un hecho punible, eliminando el requisito del comienzo de ejecución del hecho principal. Pero si bien hay argumentos fuertes que deberían llevar a la eliminación de este requisito —y de la accesoriedad de la participación en general—,²³ esta clase de conductas se encuentran demasiado lejanas respecto de una eventual lesión de un bien jurídico. Y es que los meros intentos de que otro cometa el hecho, así como cualquier otra tentativa de esta clase, dan lugar a contactos entre privados, sin estereotipo criminal definido, encontrándose más cerca de meros pensamientos que de un quebrantamiento de una norma (SANCINETTI, 2003: 159).²⁴ Afortunadamente el Anteproyecto no cuenta con una disposición como las que pueden

²³ Sobre el tema, fundamental: SANCINETTI (1991: 657 y ss.).

²⁴ Señala SANCINETTI (2003: 159), con razón, que la posibilidad de consumación en estos casos debería erigirse como el momento final del ilícito del partícipe y no los meros intentos incipientes por que otro cometa el hecho. Por lo tanto, el hecho relevante sería determinar si el partícipe perdió el control de la posibilidad del comienzo de ejecución.

encontrarse en el Código Penal Alemán, por lo que la tentativa de participación, al menos en principio,²⁵ se sigue manteniendo en el universo de los actos preparatorios impunes.

Por otro lado, se encuentra la cuestión vinculada a si era necesario mencionar al partícipe de modo expreso en la ley. La experiencia alemana resulta ilustrativa también en este punto. Cuando todavía no regían las nuevas disposiciones sobre desistimiento, las reglas sobre el tema estaban referidas exclusivamente al autor y aun así el RG consideró que resultaban aplicables a los partícipes, a partir de una analogía a favor del imputado (MAURACH, 1958: 117). Esta clase de interpretaciones, en tanto habilitan una excusa absolutoria y mejoran la situación de quien está sometido a proceso, se presentan como compatibles con el principio de legalidad, y por lo tanto podría decirse que no era necesaria esta primera novedad del Anteproyecto. A pesar de ello, esta introducción resuelve el problema de antemano, al ofrecer mayor seguridad jurídica: el partícipe podría conocer, desde la entrada en vigencia del nuevo código, que está habilitada la posibilidad de desistimiento, sin la necesidad de confiar en la postura que eventualmente asuman los tribunales. Es por ello que la decisión de los redactores en este punto se encuentra, al menos, justificada.

Finalmente, debe señalarse que uno de los problemas de la regulación del desistimiento del partícipe en Alemania fue la inclusión de fórmulas demasiado específicas, que establecieron soluciones estáticas que no necesariamente resultan más justas que otras en la práctica. El ejemplo más claro viene dado por la recepción de la teoría, elaborada en principio jurisprudencialmente para la tentativa inidónea, del “esfuerzo serio” (SANCINETTI, 2003: 149): basta para el desistimiento del partícipe un esfuerzo voluntario y serio para evitar la consumación del hecho, cuando no se consume sin su intervención o se haya cometido independientemente de su aporte anterior al hecho. Sin embargo, uno podría preguntarse, como se verá inmediatamente, por qué razón debería quedar impune quien realizó un aporte a un hecho punible, perdió el control sobre su consumación y luego por casualidad no se llegó a la consumación (SANCINETTI, 2003: 150). Más racional aparece, por el contrario, la punibilidad del partícipe siempre que no se haya reservado una posibilidad segura de revocar su aporte o de neutralizar el

²⁵ “En principio” porque todo dependerá, en definitiva, de la interpretación que se haga de las reglas de accesoriidad y de la posibilidad de sustentar la autonomía del ilícito del partícipe respecto del injusto del autor sin contradecir lo establecido legislativamente. En este trabajo no pueden hacerse mayores observaciones al respecto, por lo que basta remitir a la obra de Marcelo SANCINETTI mencionada en la nota al pie de página número 23.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

riesgo (SANCINETTI, 2003: 150).²⁶ El Anteproyecto, al no tomar partido por una solución en específico, otorga el ya mencionado amplio margen de maniobra para la discusión científica y ofrece la posibilidad de que en los casos concretos se generen soluciones intuitivamente satisfactorias.

V. Segunda novedad del Anteproyecto: el impedimento de la consumación

La inclusión de la frase “impidiere su consumación”, acompañada por un conector disyuntivo, parecería implicar una toma de posición legislativa respecto de la clase de comportamientos que pueden dar lugar a un desistimiento liberador de pena. En este aspecto, la doctrina suele distinguir entre tentativa inacabada y acabada, y la clase de conductas que debería realizar el agente varían según se trate de un caso o de otro.

El caso de la tentativa inacabada —es decir, cuando el autor, habiendo comenzado a realizar el delito, no completa los actos que, desde su punto de vista, son necesarios para cometerlo— no resulta problemático (FERRANTE, 2011: 58). Para que proceda la impunidad en este supuesto, basta que el agente abandone la ulterior ejecución del hecho, y que no haya llevado a cabo todas las acciones u omisiones que, según su representación, son necesarias para consumir el delito (FRISTER, 2009: 500). Los problemas se producen en una segunda constelación de supuestos, considerados como de tentativa acabada, en los cuales el agente, habiendo hecho todo lo que juzgaba necesario para realizar el delito, impide de alguna manera que ocurra el resultado típico (FERRANTE, 2011: 58).

En el último caso, la posición mayoritaria considera que resulta posible el desistimiento, siempre y cuando el autor activamente evite la producción del resultado, por una actividad propia o con la ayuda de un tercero (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 586). En otras palabras, a pesar de que el autor con su accionar asumió la posibilidad de no poder evitar la consumación, por haber realizado todo lo necesario según su representación para que esto ocurra, procede la impunidad si aun así logra evitar el resultado. Los redactores del Anteproyecto, teniendo en mente esta posición mayoritaria, decidieron agregar la

²⁶ Debe señalarse, además, que el desistimiento, como causa personal de supresión de la pena sólo proporciona la impunidad al codelincuente que desiste por sí mismo, pero no al resto de los intervinientes. Estos últimos deben también desistir de su conducta si pretenden merecer la impunidad (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 591).

fórmula del impedimento de consumación. El comentario realizado al inciso 2º del artículo 7 en la exposición de motivos exhibe esta decisión con claridad:

se añade la alternativa de impedimento de consumación, conforme al criterio de una única fórmula para la tentativa, que necesariamente impone que en los supuestos de tentativa acabada o de instigación, ésta sea la forma del desistimiento. Se trata de soluciones que se hallan consolidadas en la mayoría de la doctrina nacional y comparada y que perfeccionan la fórmula vigente en el sentido en que por regla general se la interpreta. Por ende, no se trata más que de retoques técnicos para mejorar la fórmula del texto actual conforme a su interpretación consagrada.

Sin embargo, dejando de lado el comentario sobre el desistimiento de la instigación,²⁷ una solución de este estilo no resulta racional, y responde a la máxima del “final bueno, todo bueno” (SANCINETTI, 1995: 143). La irrazonabilidad de la impunidad por la mera evitación casual de un resultado, que ya era perfectamente posible según la representación del autor, se explica con dos ejemplos básicos. Si un médico coloca una vacuna experimental contra el HIV, y luego le inyecta al paciente sangre con el virus, nadie dudaría que se trata de una tentativa de homicidio punible, siempre y cuando la vacuna no descarte todo riesgo de muerte. Pero si coloca la vacuna después de la inyección con sangre infectada, como antídoto, debería reconocerse un desistimiento impune si se logra salvar al paciente (SANCINETTI, 1997a: 50). Esta solución diferenciada, según se realice la conducta con antelación o con posterioridad, carece de toda justificación. En segundo lugar, se encuentra el caso del desistimiento mezquino. Así, si el marido envenena a su

²⁷ Técnicamente, el instigador es un partícipe en sentido amplio, por lo que, como se mencionó en el apartado anterior, la posibilidad de desistimiento ya quedaba clara con la inclusión de la palabra “partícipe”. Sin perjuicio de lo expuesto, esta cuestión resulta en extremo compleja y puede abarcar muchísimos aspectos, no necesariamente vinculados con una evitación del resultado, como sin embargo afirman los redactores del Anteproyecto. Imagínese el siguiente caso: el agente A logra determinar a B para que mate a C, bajo condición de que, en el último instante antes del homicidio, B lo llame por teléfono para confirmar la ejecución del hecho. Si B con su accionar supera la etapa meramente preparatoria —ejemplo, apunta a C con un arma y está a punto de presionar el gatillo— y llama por teléfono a A, quien se queda callado, se estaría produciendo un desistimiento de instigación sin una acción activa de impedimento de la consumación. Este ejemplo muestra que en la instigación lo relevante no es “impedir la consumación”, en el sentido naturalístico de un accionar activo, sino definir qué significa desistir de un hecho en términos normativos.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

mujer, pero luego se arrepiente y la lleva al hospital, aunque dejándola a 100 metros de la entrada con el fin de evitar la persecución penal, y los médicos terminan salvándola, debería decirse que se impidió la consumación —resultaría aplicable la impunidad por desistimiento de acuerdo a la redacción del Anteproyecto—. Esto es inconsistente con la dogmática del delito de omisión, que requiere de la realización de la mejor acción de salvamento por parte del garante, y se opone a toda generosidad a favor del desistimiento mezquino (SANCINETTI, 1997a: 51).²⁸

Esto obliga a afirmar que toda conducta ulterior, respecto del momento en el que el autor admite al menos una posibilidad de perder el control sobre la evitabilidad de la consumación, es un acto posterior al ilícito, que ya no puede desistirse. En ese sentido, no puede anularse lo que ya está perfecto en el mundo y se produce una imposibilidad de variar la expresión de sentido individual de la conducta (JAKOBS, 1992: 330). Por lo tanto, no es desistible la tentativa acabada, ni la tentativa fracasada,²⁹ y como derivación puede decirse que el éxito del desistimiento deja de ser suficiente y necesario.³⁰ Suficiente, porque quien perdió el control del hecho ya no puede desistir, con independencia de que por factores casuales pueda evitar el resultado. Necesario, porque el autor, al modificar o revocar el hecho interrumpiendo la ejecución, ya desiste y toda producción del resultado ocurrida a pesar de esto sería un caso de consumación anticipada, imputable sólo a título de imprudencia (SANCINETTI, 1997b: 184). En definitiva, el ponerse a evitar el resultado cuando el autor tiene el hecho aún bajo su control —pero solamente cuando todavía está

²⁸ Justamente, un envenenamiento es un caso paradigmático en el que un agente se encuentra en posición de garante en virtud de un comportamiento anterior ilícito. Si a partir de la responsabilidad por omisión el autor debe realizar la mejor acción de salvamento, la inconsistencia con una impunidad por desistimiento se hace patente. De todos modos, debe decirse que la dogmática penal alemana, incluso a partir de una posición distinta a la aquí sostenida, con el tiempo ha ido establecido criterios más finos respecto de la posibilidad de desistir en esta clase de supuestos. Sobre el tema, véase: jurisprudencia (WESSELS, BEULKE y SATZGER, 2013: 260 y ss.).

²⁹ La tentativa fracasada, en ese sentido, hace las veces del primer límite a la posibilidad de desistir. Si el autor llega a la convicción, según su representación, de que ya no puede alcanzar el resultado con los medios que se encuentran a su alcance en el curso inmediato del acontecimiento, entonces ya no es posible desistir. La razón es simple: no puede renunciarse a un dolo que ha dejado de ser realizable (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 583). Para una discusión de la tentativa fracasada como supuestos de incapacidad para desistir, véase: ROXIN (2003: 617 y ss.).

³⁰ Véase SANCINETTI (1995: 140 y ss.).

bajo su control, es decir, cuando el *iter criminis* se encuentra en una etapa de tentativa inacabada—, ya implica desistimiento e impunidad por el delito doloso.³¹

¿Qué sucede entonces con lo establecido en el Anteproyecto? En principio, podría plantearse una interpretación racional de las disposiciones, siguiendo lo propuesto por SANCINETTI (1995: 128) y JAKOBS (1992: 334, 341) con respecto al § 24 del Código Penal Alemán. Estos autores proponen interpretar que la impunidad por renuncia a la ejecución ulterior del hecho se da exclusivamente en los delitos comisivos y la impunidad por impedir la consumación, en los delitos omisivos, pero siempre en casos de tentativa inacabada. En palabras de SANCINETTI (2003: 149), en ambos supuestos el desistimiento debería darse “antes de que el autor haya llegado a admitir la posibilidad de una consumación dolosa; mientras que una evitación del resultado que se dé con posterioridad a ello sólo podría valorarse como atenuante, como comportamiento posterior al hecho”.³²

De todos modos, se le podría criticar a esta hermenéutica que no responde a los antecedentes del Código Penal o, en este caso, del Anteproyecto (FRISTER, 2009: 495). Sin embargo, este argumento parte de considerar relevante lo que pensaron ciertas personas al redactar el código o, eventualmente, de participar de su aprobación en el Congreso, y de valorar a este método interpretativo por encima de otros, lo que resulta en extremo problemático. Sobre este complejo tema no pueden realizarse mayores contribuciones en este artículo. Simplemente debe decirse que esta segunda novedad del Anteproyecto no aporta demasiado en términos de seguridad jurídica y en materia interpretativa podría generar más problemas que beneficios. Es por ello que para evitar esta clase de confusiones sería conveniente su eliminación durante el trámite legislativo.

A esta conclusión se le podría hacer una objeción: ¿no sería razonable, desde la perspectiva de la víctima,³³ permitir el desistimiento de quien perdió el control de la ejecución del hecho por haber acabado su tentativa, si a pesar de ello, el autor todavía

³¹ La responsabilidad por imprudencia que subsiste en estos casos no puede ser abordada aquí en profundidad.

³² Se debe señalar, sin perjuicio de lo expuesto, que la doctrina absolutamente dominante considera que la evitación voluntaria del resultado excluye la pena de la tentativa (ROXIN, 2003: 667).

³³ En ese sentido, una de las razones para considerar al desistimiento como una excusa absolutoria es que el derecho le ofrece impunidad al autor como un incentivo para que se abstenga de generar daños (o mayores daños), teniendo en cuenta los intereses de las víctimas (DUBBER y HÖRNLE, 2014: 382).

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

puede hacer algo para impedir la consumación? Piénsese en el siguiente caso: el agente A, para matar a B, coloca una bomba que debería explotar en 5 minutos y se reserva una chance de revocación consistente en la posibilidad de desactivar la bomba a través de un procedimiento que requiere de 3 minutos. Si A decide desistir al cuarto minuto de colocado el dispositivo y logra desactivarlo en menos tiempo que el usual, debería ser penado según la concepción aquí defendida. Es cierto que en esta constelación de casos, así como en todo supuesto en el que se produce una tentativa acabada y el autor tiene la posibilidad de volver a intentar el hecho punible —A dispara contra B, solamente lo hiere, tiene otra bala en su arma y decide llevarlo al hospital en lugar de repetir el disparo—, la imposibilidad de desistir pondría en una mala situación a la víctima, ya que el autor no tendría motivos para intentar salvarla, o para no continuar con su accionar delictivo, respectivamente.³⁴ Más allá del atractivo que puede presentar esta posición en lo discursivo, esta clase de consideraciones no pueden convencer, ya que si en lugar de proceder categóricamente se trata con intereses, es precisamente el mercado, y no la justicia quien fija el criterio a seguir (JAKOBS, 1992: 328). Y es que de acuerdo con la lógica de la maximización de intereses —en este caso, de la víctima— es posible prometer la exención incluso a quien ha cometido varios asesinatos, con tal de que omita cometer más en el futuro (JAKOBS, 1992: 328).

Sin embargo, el Anteproyecto está en condiciones de ofrecer una elegante solución para quienes consideren que aquí se está en presencia de un problema, introducir el esfuerzo por desistir o evitar la consumación del delito como circunstancia atenuante al momento de determinar la pena en el artículo 18.2.f).³⁵ Si bien la disposición parecería estar pensada sólo para casos en los que el autor intenta desistir pero no lo logra, podría realizarse una interpretación diferente: todo esfuerzo posterior a la etapa de tentativa acabada —ausencia de chances seguras de revocación— no puede dar lugar a un desistimiento voluntario, pero sí ser considerado como circunstancia atenuante, con independencia de que se logre impedir la consumación, o no. Lo que debería ser tenido en cuenta como comportamiento posterior al hecho pasible para reducir la pena es el

³⁴ Es cierto que la norma imperativa sigue operando después de la tentativa acabada por comisión, y que lo mismo sucede con la prohibitiva, en tanto ésta sigue proscribiendo las repeticiones del intento frustrado (SANCINETTI, 1995: 163). Sin embargo, quienes —erróneamente, como se verá inmediatamente— defiendan una perspectiva de política criminal podrían objetar que la víctima se sentiría más segura si se le otorgase una motivación mayor al autor que ya superó la etapa de tentativa acabada.

³⁵ Artículo 18. Fundamentos para la determinación de la pena. [...] 2. Por regla general, serán circunstancias atenuantes: [...] f) Haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.

desarrollo de una decisión sería de hacer todo lo posible por impedir la consumación, y no el salvamento exitoso (SANCINETTI, 1995: 163). En otras palabras, en estos casos el agente todavía podría beneficiarse de una disminución en la pena, lo que brindaría un punto intermedio entre la necesidad de que se imponga una pena para contrarrestar la manifestación contraria al derecho —tentativa acabada— y la de ofrecerle incentivos al autor para no vulnerar los intereses de la víctima, o al menos para intentar remediar la situación ya desplegada y sobre la que ha perdido el control.

VI. Breve excursus sobre la voluntariedad del desistimiento

Por último, el Anteproyecto resalta, al igual que el Código Penal actualmente vigente, que el desistimiento debe ser *voluntario*, lo que da lugar a una compleja noción, que en la literatura ofrece soluciones desde dos perspectivas. Ellas son, por un lado, las llamadas teorías psicológicas y, por otro, las teorías normativas o valorativas. Sobre este tema, debe decirse que una toma de posición puede hacer variar las soluciones respecto de ciertos casos problemáticos, pero en los supuestos más usuales coinciden en el resultado. Estos últimos se producen, en lo esencial, cuando el riesgo de seguir adelante en la ejecución del hecho pasa a ser demasiado alto, porque el autor se siente observado y considera probable su detención (GALLI, 2009: 25), o habría comportado graves desventajas (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 585). Ambas posiciones conducen a la involuntariedad del desistimiento, estando fuera de discusión que ni desde el punto de vista del merecimiento de pena ni desde el cálculo político-criminal tendría sentido honrar con exención de pena a la interrupción forzada de esfuerzos delictivos (STRATENWERTH, 2000: 361).

Las teorías psicológicas determinan la voluntariedad o involuntariedad del desistimiento de acuerdo a si el agente se encontraba, o no, en una situación de coacción. Desde este punto de vista, se afirma que un desistimiento voluntario implica una motivación autónoma, apta para expresar una libre autodeterminación (GALLI, 2009: 26). Según la jurisprudencia constante del BGH, sería determinante la cuestión de si el autor ha seguido siendo “señor de sus decisiones” y consideraba todavía posible la ejecución del delito, es decir, si no estaba impedido de consumir el hecho ni por una situación de coacción externa, ni por presión anímica (FRISTER, 2009: 508). No resultaría relevante, en este sentido, que el autor haya abandonado el hecho por un motivo digno de reconocido valor ético (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 584). Se le ha criticado a estas posiciones que las circunstancias externas podrían no ser siempre lo determinante, sino que más bien debería tenerse en cuenta si hubo un verdadero cambio en la motivación de la conducta y

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

una nueva valoración del hecho por parte del autor (GALLI, 2009: 28). En ese sentido, resulta muy difícil, e incluso imposible, determinar el grado de presión externa ejercida hacia el autor sin incurrir en arbitrariedades (ROXIN, 2003: 718 y ss.; STRATENWERTH, 2000: 361),³⁶ y además se pueden presentar casos en los que la impunidad se presenta como una consecuencia injusta. Piénsese, por ejemplo que si el autor no sigue adelante con una tentativa de homicidio porque teme que si lo hace "se le escapará" la siguiente víctima, parecería absurdo asegurarle la impunidad por el hecho de que "el dejar de actuar" se presente "como el resultado de una sensata reflexión" (STRATENWERTH, 2000: 361).³⁷

Por estas razones en los últimos años viene imponiéndose una perspectiva normativa, que centra el análisis en la valoración del cambio de motivación del autor (JAKOBS, 1991: 919). De lo que se trata es de invertir el juicio de culpabilidad: si al autor le es imputable el no haberse comportado de manera fiel al derecho, también debería serlo una conducta incompatible con esa motivación (GALLI, 2009: 29). Los casos de desistimiento voluntario, en ese sentido, no reflejan una motivación autónoma, sino que implican un reajuste de la conducta del autor a la prohibición o mandato de la norma, evidenciando una relación dialéctica con el déficit motivacional inicial (GALLI, 2009: 29). En cambio, los supuestos de involuntariedad se producen cuando el agente toma su decisión en virtud de una modificación de las alternativas a las que se enfrenta, como cuando se halla en una situación distinta a la que se presentaba al comienzo por haber decrecido de modo considerable la utilidad de la consumación (FRISTER, 2009: 510).

Sobre los criterios para normativizar las motivaciones, basta con decir que pueden encontrarse varias posturas.³⁸ ROXIN (2003: 722), por un lado, afirma que debe considerarse voluntario el desistimiento que demuestre retorno a la legalidad o a la senda del derecho, siendo el criterio más importante el de la contrariedad al plan originario en el comportamiento del autor. Según este entendimiento, si el agente desiste porque tiene

³⁶ Sin ir más lejos, sostiene FRISTER (2009: 509) que, al igual que ocurre con la capacidad de formarse una voluntad acorde al Derecho, tampoco la capacidad de conservar una voluntad contraria al Derecho es una situación de hecho psíquica, sino que sólo constituye otra expresión para la idea de libertad de voluntad, no captable conceptualmente.

³⁷ Por el contrario, quienes sostienen una postura psicológica consideran que en estos casos debe producirse un efecto liberador de pena, porque el concepto de voluntariedad no puede estar determinado éticamente, y esta postura ha sido asumida por el BGH. Sobre el tema, véase: JESCHECK y WEIGEND (1996: 585).

³⁸ El problema de si resulta admisible en un Estado de Derecho anudar consecuencias gravosas a datos internos del autor, lamentablemente debe ser dejado de lado en este trabajo.

compasión de su víctima o porque siente un miedo infundado y pierde el valor, se trata de un comportamiento contrario al plan e incompatible con la motivación para el hecho concreto, por lo que en última instancia se produce la manifestación de una persona que actúa legalmente (ROXIN, 2003: 722). En cambio, si el autor se ve descubierto y aún podía consumir el hecho, pero debiendo contar con un eventual castigo, su desistimiento deja de ser voluntario porque con su accionar no se comporta de forma contraria a su plan, sino que se adapta a la situación, conforme al objetivo del hecho (ROXIN, 2003: 723).

Por otro lado, JAKOBS (1992: 345) afirma que lo único que importa para la voluntariedad es que el autor se distancie del hecho ya puesto en práctica y no se limite a permanecer incólume ante la perspectiva de un mayor contenido de injusto y una mayor culpabilidad. La inversión del juicio de culpabilidad aparece manifiesta con la argumentación de que de la misma forma en que falta la culpabilidad cuando el agente no está dispuesto de un modo infiel al derecho, se está en presencia de un caso de voluntariedad cuando desaparece la infidelidad, siempre y cuando no haya sobrevenido un fracaso y el autor tenga todavía plenamente en sus manos la evitación del resultado: de ese modo, su conducta pierde el carácter inequívocamente delictivo (JAKOBS, 1992: 345). Es por ello que esta perspectiva se centra no ya en el nuevo contenido de la motivación, sino en el abandono de la tentativa, e interesaría solamente la revocación del hecho concreto (JAKOBS, 1991: 920): quien desea desistir no tiene que realizar prestaciones especialmente meritorias, sino apartarse del hecho, y ni siquiera de modo final: si se olvida de realizar el resto de la ejecución, o si pierde las ganas de hacerlo, ello resulta suficiente (JAKOBS, 1992: 344-5).

Este brevísimo panorama sobre la voluntariedad del desistimiento resulta suficiente para demostrar que se trata de una cuestión en extremo debatida y que seguramente seguirá generando una fructífera discusión en el futuro. Es por ello que una regulación en la ley de lo que quiere decir el elemento “voluntariedad del desistimiento”, que limitase el debate a través de la imposición de soluciones valorativas, sería irrazonable (SANCINETTI, 2003: 150). En ese sentido, la decisión de los redactores del Anteproyecto de no abordar la problemática resulta acertada.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DÍAS, L. (2015) "El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...", pp. 38-67.

VII. Resumen de las conclusiones

Las conclusiones del presente artículo, en consonancia con las disposiciones sobre desistimiento de la tentativa en el Anteproyecto, pueden ser resumidas en unas pocas líneas:

- La concisa regulación del desistimiento de la tentativa que puede encontrarse en el Anteproyecto de Código Penal, a primera vista, se encuentra en un aceptable punto de equilibrio entre la necesidad de que el Estado les asegure una cierta seguridad jurídica a los ciudadanos y la de ofrecer sólo ciertas reglas básicas en la parte general, para permitir el libre desarrollo de la ciencia y la jurisprudencia. Esta ausencia de una reglamentación detallada, por lo demás, no resulta contraria al principio de legalidad, tanto por razones formales como sustantivas.
- La inclusión del supuesto del desistimiento del partícipe, como primer agregado novedoso del Anteproyecto en comparación con el Código Penal actual, resulta bienvenida. Si bien se trata de una cuestión que podría ser resuelta sin la necesidad de una regla expresa, una disposición legislativa presenta cierta utilidad, ya que les ofrece a los ciudadanos la posibilidad de guiar su conducta sin la necesidad de confiar en lo que eventualmente puedan decidir los jueces.
- Por el contrario, la introducción de la fórmula del impedimento de la consumación implica una toma de posición respecto de una cuestión teórica compleja, que no debería ser resuelta legislativamente. En ese sentido, se aconseja la eliminación de la fórmula en el trámite legislativo, con el fin de evitar limitaciones indebidas al desarrollo científico y de permitir soluciones más justas en la práctica. Sin perjuicio de ello, los casos de desistimiento tras una tentativa acabada podrían ser abarcados por el artículo 18.2.f) del Anteproyecto, que establece como circunstancia atenuante, al momento de determinar la pena, el haberse esforzado por desistir o evitar la consumación del delito.
- Finalmente, resulta acertado que los redactores hayan evitado tomar posición respecto de la definición del elemento "voluntariedad". Sobre el tema se anticipa un interesante debate en los próximos años, que eventualmente podrá dar lugar a fundamentos más sólidos que los dominantes en la actualidad.

Con esta contribución se espera fomentar la discusión tanto respecto de la reglamentación del desistimiento de la tentativa en particular, como de la parte general en su conjunto, en este trabajo colectivo que aspira a convertirse en un Código Penal superador. Y es que como se mencionó en el apartado introductorio, la necesidad de una reforma no se puede obviar. Será cuestión, en definitiva, de aprovechar esta oportunidad y dejar asentadas en la ley las bases para un productivo desarrollo del Derecho Penal argentino.

Bibliografía

AMBOS, K. (2013) *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford, Oxford University Press.

ASHWORTH, A. y HORDER, J. (2013) *Principles of Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.

BULYGIN, E. (1981) "Teoría y técnica de legislación", en *La Ley*, 1981-C, pp. 967-76.

DUBBER, M. y HÖRNLE, T. (2014) *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford, Oxford University Press.

FERRANTE, M. (2008) "Concepciones populares y reforma del Derecho Penal", en *Filosofía y Derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 35-59.

— (2011) *Introducción al Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

— (en prensa) "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA, J. y SPECTOR, E. (eds.), *Manual de Teoría y Filosofía del Derecho*, volumen III. México, Instituto de Investigaciones de la Universidad Autónoma de México.

FLETCHER, G. (1978) *Rethinking Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 2000.

FRISTER, H. (2009) *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

GALLI, M. (2009) "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, P. (dir.) *Jurisprudencia de Casación Penal*, tomo I. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 15-44.

GRABENWARTER, C. (2014) *European Convention on Human Rights: Commentary*. Múnich/Oxford, Beck/Hart/Nomos/Helbing Lichtenhahn Verlag.

JAKOBS, G. (1991) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, Marcial Pons, 1997.

EN LETRA - año II, número 3 (2015), tomo I

DIAS, L. (2015) “El desistimiento voluntario de consumir el delito en el Anteproyecto...”, pp. 38-67.

— (1992) “El desistimiento como modificación del hecho”, en *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas, 1997, pp. 325-45.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (1996) *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, A. (1968) “La parte dogmática de proyecto alternativo”, en *Estudios de Derecho Penal*. Buenos Aires, B de F, 2013, pp. 205-31.

LERMAN, M. (2004) “La prohibición de analogía en materia procesal penal: nulla coactio y teoría del fruto del árbol envenenado”, en *La Ley*, 2004-C, pp. 75-83.

MAIER, J. (2004) “Blumbergstrafrecht”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2004-B, I-VI.

MANRIQUE, M., NAVARRO, P. y PERALTA, J. (2010) “La Relevancia de la Dogmática Penal” en *Universidad Blas Pascal. Serie de Materiales de Investigación*, año 3, número 5, mayo 2010. Consultado en [www.ubp.edu.ar/wp-content/uploads/2013/12/352010MI-Relevancia-de-la-Dogm%C3%A1tica-Penal.pdf] el día 09.02.2015.

MAURACH, R. (1958) *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 2da. edición. Barcelona, Ariel, 1962.

MAURACH, R. y ZIPF, H. (1987) *Derecho penal. Parte general. Tomo 1. Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires, Astrea, 1995.

MIELNIK, D. (2013) “Estudio Preliminar”, en FERRANTE, M., *Filosofía y Derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 11-34.

MURMANN, U. (2013) *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*. Múnich, Verlag C. H. Beck.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (2014) “Principio de legalidad e interpretación de la ley”, en ZIFFER, P. (dir.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, tomo 8. Buenos Aires, Hammurabi, pp. 151-201.

OTTO, H. (2004) *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlín, De Gruyter.

PAWLIK, M. (2003) “Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung”, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, volumen 11, pp. 287-315.

— (2010) “La pena retributiva y el concepto de delito”, en *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*. Madrid, Marcial Pons, pp. 75-108.

ROXIN, C. (1989), “La parte general del Derecho penal sustantivo”, en PASTOR, D. y CÓRDOBA, G. (coords.), *Obras selectas de Claus Roxin 1. Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi, 2008, pp. 401-79.

— (1994) *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid, Civitas, 1997.

— (2001) “Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho Penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, volumen 3. Consultado en [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html] el 09.02.2015.

— (2003) *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Navarra, Civitas/Thompson Reuters, 2014.

SANCINETTI, M. (1991) *Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

— (1995) *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

— (1997a) *Ilícito Personal y Participación*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

— (1997b) *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc.

— (2003) “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, en MONTEALEGRE LYNETT, E. (coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 133-86.

— (2005) *Casos de Derecho Penal. Parte General*, tomo I. Buenos Aires, Hammurabi.

STRATENWERTH, G. (2000) *Derecho Penal. Parte General I*. Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

WESSELS, H., BEULKE, W. y SATZGER, H. (2013) *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg, C.F. Müller.