

LINEAMIENTOS GENERALES SOBRE EL DESISTIMIENTO

Dr. E. Marcelo Domínguez¹

1. INTRODUCCIÓN.

El desistimiento de la tentativa es uno de los temas tradicionales de la dogmática jurídico 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, 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 sí hay consenso. No obstante, el 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, acerca de que ha de entenderse por voluntario, discusión que no han zanjado tantos años de debate dogmático y proliferación de trabajos científicos referidos al instituto que nos convoca.

Si bien en muchas publicaciones se refiere este tema bajo el nombre de desistimiento, en lo personal me parece más adecuado tratarlo bajo el título de desistimiento de la tentativa, ya que acompañamos la opinión sostenida por ARAÚJO, para quien el desistimiento es un dispositivo específico de la tentativa, porque tanto la consumación como el desistimiento son la necesaria alternativa que se da para la empresa criminal adecuadamente emprendida, cuando no se ve paralizada por factores externos e independientes a la voluntad que la anima. Por ende, el desistimiento sólo tiene explicación en cuanto se relaciona con los actos ejecutados, a los que va a despojar de su carácter delictivo a título de conato del delito que se quería consumir. Tan es así que, no obstante concretarse en una

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales Universidad de la República. Profesor Adjunto en Derecho Penal Universidad de la República. Profesor Adscripto en Derecho Penal Universidad de la República. Master en Derecho Penal Económico Internacional Universidad de Granada. Secretario del Instituto de Derecho Penal y Criminología Universidad de la República.

conducta que exterioriza la intención de abandonar el ánimo delictivo originario, la ley sólo la caracteriza por sus efectos, al decir que “el desistimiento voluntario exime de responsabilidad”. En suma, mientras la tentativa no alcance el momento consumativo, mediante el cumplimiento de todos los actos exigidos por el tipo penal en cuestión, o bien sea abortada por causas independientes a la voluntad del sujeto, la conducta criminal iniciada puede cesar voluntariamente, es decir, desistiendo².

2. FUNDAMENTO DEL DESISTIMIENTO

Nuestra posición parte de la base de una concepción unitaria entre tentativa y desistimiento, ya que los actos ejecutivos que han comenzado a realizarse son jurídico penalmente irrelevantes hasta que no fracasan, producen el resultado o tiene lugar el desistimiento. En las hipótesis donde haya obrado un desistimiento voluntario, lo que trae aparejado es la exclusión de la tentativa, en virtud de que el sujeto no realiza la conducta descrita en el tipo penal de la tentativa.

De acuerdo a la descripción típica de la tentativa establecida en el art. 5º del Código Penal uruguayo, la misma se configura cuando el agente empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos lo que exige su consumación por causas independientes de su voluntad³. De dicha formulación legal se puede deducir, a *contario sensu*, que no hay tentativa cuando la consumación no se produce por causas dependientes de la voluntad del autor, es decir, por su desistimiento, que estaría negando la existencia misma de la tentativa como hecho penalmente relevante y punible.

A nuestro juicio, cuando un sujeto desiste, está manifestando exteriormente la ausencia de dolo de consumir. Es decir, si bien el sujeto al comienzo realiza actos ejecutivos tendientes a la consumación, antes de que

² ARAÚJO, Orestes, *La tentativa*, pp. 357-358.

³ Art. 5 inc. 1 C.P.U. “*Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación por causas independientes de su voluntad*”. (Cfr. CAIROLI, Milton, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay. Anotado, comentado y jurisprudencia*, p. 42.)

circunstancias independientes de su voluntad le impidan llegar a obtener el resultado querido, realiza una contra-volición, donde el dolo primigenio de consumir se convierte en un dolo de desistir la acción emprendida, lo que excluye el tipo subjetivo de la tentativa. Es decir, el sujeto que desiste revoca voluntariamente la decisión de lesionar el bien jurídico tutelado y con dicha conducta neutraliza el peligro generado con su comienzo de ejecución. Sin perjuicio de que no se configura tampoco el tipo objetivo requerido en el tipo de tentativa, que no es otro, que no llegue a la obtención del resultado por causas independientes a su voluntad.

En síntesis, el fundamento que lleva a la impunidad del desistimiento se basa no en razones de política criminal, ni en un premio que le concede el legislador al sujeto que desiste, sino en que no llega a subsumirse la conducta desplegada por el sujeto en el tipo de tentativa, lo que convierte los actos realizados hasta ese momento en atípicos.

Hay que tener en cuenta que el tipo penal de la tentativa cumple la función de ampliar el radio de prohibición de los tipos penales establecidos en la parte especial, por lo que la tentativa siempre se refiere a otro tipo penal, ya sea, de homicidio, de hurto, etc; es decir, no existe tentativa de tentativa. En conclusión, el desistimiento estaría enervando o declarando inexistente la tentativa como mecanismo amplificador, por lo que la conducta desplegada por el sujeto es penalmente irrelevante. En otras palabras, la conducta es atípica.

Si bien ésta es nuestra posición, comprendemos la crítica que se puede hacer en cuanto si se acepta -como nosotros lo hacemos- que en las hipótesis de desistimiento los actos hasta ese momento ejecutados son jurídicamente irrelevantes, negándose absolutamente su tipicidad, ello implica que la consecuencia de la impunidad beneficiará a todos los partícipes intervinientes en aquellos actos, aun cuando no hubieran desistido. Obviamente, ésta es la consecuencia inevitable de tal toma de postura, cuando se parte del principio de accesoriedad limitada de la participación criminal.

Pero ante esta crítica, cierto sector de la doctrina alemana opta por una solución intermedia a la hora de definir la ubicación sistemática, entendiendo al desistimiento como causa personal de exclusión del tipo, con lo que la impunidad sólo abarcará al interviniente del delito que haya desistido del mismo⁴.

3. NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO

La toma de postura en cuanto al fundamento del desistimiento marcará la ubicación sistemática y la naturaleza jurídica del mismo.

A nuestro juicio, el desistimiento se ubica en el elemento tipicidad, teniendo la naturaleza jurídica de una verdadera causa de atipicidad. Dicha toma de postura se basa en que el artículo 5 inciso 2º del Código Penal vigente en Uruguay, reza: *“El desistimiento voluntario exime de responsabilidad, salvo que los actos ejecutados constituyan, por sí mismos, un delito”*. Aunque del texto de la disposición parecería indicar que no se trata de una hipótesis de atipicidad, ya que la ley expresa que el *“desistimiento voluntario exime de responsabilidad”*, hay que tener en cuenta que el desistimiento que opera sobre una tipicidad en curso la revoca, ya que modifica la configuración del hecho.

El desistimiento cancela el peligro de lesión al bien jurídico tutelado y, en consecuencia, se trata de una etapa posterior, que reviste la característica de atípica. Sin perjuicio de ello, hay que tener en cuenta que el sujeto va estar incurso en una tentativa, cuando no llegue a la consumación por causas independientes a su voluntad.

Por ende, cuando el sujeto no llegue a la consumación por causas dependientes de su voluntad, no se habrá configurado el conato. Y teniendo en cuenta que la función de la tentativa es amplificar el radio de prohibición de los tipos penales de la Parte Especial, al no haber tentativa, la conducta realizada por el sujeto no se subsumiría en ningún tipo penal, lo que convertiría a ese comienzo de ejecución en un hecho carente de relevancia penal, salvo en los casos en que

⁴ Esta es la posición sostenida por KOLSTER, SCHEURL y OETKER, citados por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 269-270.

los actos ejecutivos realizados hasta ese momento configuren de por sí un delito autónomo.

Además del argumento esgrimido, huelga precisar que en las hipótesis de desistimiento voluntario hay un déficit del tipo subjetivo de la fundamentación del ilícito. Como bien lo expresa CURY, *la voluntad de realización subsiste como tal sólo hasta el instante que precede a la suspensión de la conducta típica o a la ejecución de la acción destinada a evitar el resultado. Luego los dos componentes dinámicos de la acción típica se detienen simultáneamente. En estas hipótesis, por consiguiente, falta la perfección del dolo y, con eso, la base para castigar el principio de ejecución de la acción descrita en el tipo*⁵.

En síntesis, el que desiste no delinque, no ingresa en el núcleo del tipo ni siquiera en grado de tentativa, por lo cual su conducta es en esencia atípica y, por ello, queda eximido de responsabilidad penal. Así ocurre en mérito a que el derecho penal tiene absolutamente vedado, en virtud del principio del “acto”, la punición de los pensamientos, de los deseos, de los móviles, que no se traduzcan en la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela.

IV. ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL DESISTIMIENTO

Desde el punto de vista objetivo se requiere la autoevitación de la consumación del delito, la cual se va a manifestar de diversa manera teniendo en cuenta si estamos frente a una tentativa inacabada como acabada. Y desde el plano subjetivo se requiere que dicho desistimiento sea voluntario.

EL ASPECTO OBJETIVO DEL DESISTIMIENTO: LA AUTOEVITACIÓN DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO.

Como ya se ha expresado precedentemente, el desistimiento en su aspecto objetivo requiere la autoevitación de la consumación y, en virtud de ello, se hace necesario que la voluntad de desistir se manifieste en el mundo exterior a partir de una conducta, que se exteriorizará de diferente manera, según si estamos

⁵ CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, p. 569.

frente a una hipótesis de tentativa inacabada o acabada. Por consiguiente, antes de analizar dicho punto se hace necesario precisar la diferencia que hay entre las hipótesis de tentativa inacabada como acabada.

Para distinguir cuando estamos ante una tentativa inacabada o acabada, la doctrina ha elaborado una serie de teorías que ayudan a distinguir una hipótesis de la otra.

Una de ellas es la *teoría del plan de autor*, la cual para determinar si existe tentativa inacabada o acabada, sugiere atender al plan del autor al comienzo de la ejecución. Allí donde el autor, al inicio de ésta, consideraba necesaria la realización de varias acciones, siendo necesariamente cada una de ellas idónea para alcanzar el resultado, habría tentativa inacabada, en tanto no hubieran ejecutado todas ellas. En cambio, si por el contrario, el autor consideró que el resultado se alcanzaría con una única acción, habría tentativa acabada tan pronto como la hubiera realizado⁶.

En segundo lugar surge la *teoría de los actos aislados*, la cual parte de la base argumental de que para distinguir los casos de tentativa acabada de la inacabada, hay que estar a los distintos actos realizados en forma individual y no a una consideración global del hecho. De acuerdo con ella, no se tomará en cuenta un plan global tendente a la realización del perjuicio al bien jurídico, sino solamente una acción única que el agente ha considerado idónea para la producción del resultado. Según este punto de vista, existe una tentativa acabada cuando el autor ha practicado una acción de ejecución que, según su representación, aparecería como idónea *ex ante* para causar el resultado.

Y en último lugar, haremos mención a la *teoría de la contemplación global*, también llamada *teoría de la unidad natural de acción*. Dicha teoría diferencia las hipótesis de tentativa acabada e inacabada en base a la combinación de criterios objetivos y subjetivos. Para esta posición habrá tentativa acabada cuando el autor ya ha excluido desde un principio la posibilidad

⁶ PÉREZ FERRER, Fátima, *El Desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, pp. 215- 216.

de repetición de la acción, o bien el empleo de un medio distinto, si fracasa la acción planeada. En cambio, en todos los demás casos en los que entran en consideración varias acciones para la consecución del fin perseguido, deberá aceptarse siempre una tentativa inacabada cuando los nuevos actos parciales, de los que el autor desiste, formen una unidad natural de acción con los que anteriormente realizó sin éxito⁷.

De las diversas teorías expuestas, que tratan de dar respuesta a la distinción entre una tentativa inacabada o acabada, nos afiliamos a la del plan de autor, ya que para resolver si en el caso concreto media una tentativa inacabada o acabada hay que apelar a la subjetividad del autor, porque sin tener en cuenta su plan delictivo no se puede determinar cuándo debe tenerse por realizada la totalidad de la conducta que resulta necesaria para la consumación.

Como ya lo mencionáramos, nuestro Código Penal no distingue entre tentativa acabada e inacabada, de manera que todos los casos, incluido el delito frustrado, deben subsumirse y regularse por la fórmula del art. 5 del Código Penal. No obstante, dicha distinción es de suma importancia a los efectos del desistimiento, ya que la conducta del agente que desiste se manifestará de diversa manera –acción u omisión- cuando se está frente a una tentativa acabada como inacabada.

A manera de síntesis, siguiendo las enseñanzas de FERNÁNDEZ, se puede concluir que habrá tentativa inacabada cuando el sujeto no desarrolla la totalidad de la conducta planeada para arribar a la consumación, sino que ese plan se fragmenta o interrumpe en el comienzo de ejecución –por factores ajenos a su voluntad- restando aún la realización de un plus de actividad determinado, para alcanzar en nivel de perfeccionamiento típico del delito. Por el contrario, la tentativa acabada o frustración es el caso en que el sujeto ha ejecutado toda la

⁷ *Ídem*, p. 218-221. Para apreciar en profundidad las teorías que se disputan la distinción entre tentativa inacabada y acabada, ver en detalle, MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, vol. 2, pp. 74-82.

conducta planeada y, sin embargo, por motivos ajenos a su voluntad, no logra el resultado típico⁸.

El desistimiento en la tentativa inacabada.

Según lo reseñado precedentemente, la primera modalidad de desistimiento se produce en aquellas hipótesis en las que el agente, antes de haber concluido la realización de los actos necesarios para llegar a la consumación, decide voluntariamente no continuar con la realización de éstos, evitando de este modo la lesión al bien jurídico querida primigeniamente. Esto es lo que se denomina desistimiento en la tentativa inacabada.

Siguiendo en este punto a BACIGALUPO, se puede afirmar que si el autor no ha llegado todavía a cabo todos los hechos de los que depende, según su plan, la producción del resultado (tentativa inacabada), solamente se requieren tres requisitos para que se configure el desistimiento: a) La omisión de continuación en la realización de las acciones tendientes a la consumación, b) Que dicho desistimiento sea voluntario y, c) Que el desistimiento debe ser definitivo⁹.

A lo cual le agregaremos un cuarto elemento, ya que el marco legal establecido en el artículo 5 inc. 2 del Código Penal vigente uruguayo requiere que los actos realizados hasta ese momento no constituyan, de por sí, un delito autónomo. Por lo que adicionaremos a la opinión de Bacigalupo, un cuarto apartado: d) Que los actos ejecutados no constituyan, por sí mismos, un delito.

Sobre el requisito de que el autor omita la realización de las acciones tendientes a la consumación, hay unanimidad en la doctrina en sostener, que para que el desistimiento opere en estos casos, basta con abstenerse de realizar la otra acción tendiente a lograr el resultado¹⁰. En cuanto a la expresión “omita” la

⁸ FERNÁNDEZ, Gonzalo D, “Artículos 42/44”, p. 119.

⁹ BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, pp. 158-159. De idéntica forma en su *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 176. Asimismo en su *Derecho Penal. Parte General*, pp. 304-305.

¹⁰ FRIELE, Guillermo, *El desistimiento en la tentativa. Estudio del art. 43 del C.P.*, p. 100. También, PÉREZ FERRER, Fátima, *El Desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, pp. 226; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, p. 360; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura*

misma parece derivarnos al concepto penal de omisión¹¹, pero dicha derivación no es acertada, ya que se usa el concepto de omisión como sinónimo de abandonar¹², que no significa otra cosa que abstenerse de proseguir ejecutando lo que se había iniciado y está aún por concluir¹³. Como bien lo afirma PUIG PEÑA, le basta al delincuente si está *in itinere* con “pararse”, es decir, interrumpir el proceso delictivo. En definitiva, en la tentativa inacabada, bastará cesar en la ejecución ya iniciada, será suficiente con que el sujeto activo renuncie a continuar la ejecución¹⁴.

En cuanto al requisito subjetivo acerca de que el desistimiento tiene que ser voluntario, hay un amplio consenso en la doctrina respecto a su exigencia. No obstante, dicho consenso decae ante el contenido de dicho requisito, es decir, cuando se trata de determinar qué ha de entenderse por voluntario.

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 normativas¹⁵. Asimismo algunos autores¹⁶ conciben la voluntariedad como un proceso mixto, integrado por ingredientes psicológicos y valorativos.

En virtud de la importancia que amerita este punto, él mismo se tratará en el capítulo siguiente.

básica del derecho penal, pp. 159- 160.

¹¹ Sobre el concepto penal de omisión, ver por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.

¹² CURY, Enrique, *Tentativa y delito frustrado. (El proceso ejecutivo del delito)*, p. 118.

¹³ *Ídem*.

¹⁴ PUIG PEÑA, F, “El desistimiento del delito”, citado por PÉREZ FERRER, Fátima, *El Desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, pp. 227.

¹⁵ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, p. 4.

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, pp. 96-101.

Sobre el carácter definitivo del desistimiento, la doctrina penal se ha preguntado si éste debe ser definitivo, o basta con uno meramente provisional. Al respecto hay dos posiciones bien diferenciadas: un sector entiende que la definitividad se debe medir con una consideración concreta y otros, en cambio, exigen una consideración abstracta.

Para los autores que se afilian a la posición de la consideración concreta, la renuncia es ya definitiva cuando el autor desiste de continuar con la ejecución concreta iniciada, aunque piense continuar en otro momento. Dentro de esta toma de postura encontramos eximios juristas, entre ellos a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, para quienes *la definitividad del desistimiento se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante. Por eso debe considerarse definitivo, por ejemplo, el desistimiento del que renuncia a consumar la agresión sexual porque la mujer promete entregarse voluntariamente en otro lugar, más tarde*¹⁷.

En cambio el otro sector se inclina por exigir que el desistimiento sea definitivo desde el punto de vista abstracto: en palabras de BACIGALUPO, se exige que el sujeto renuncie completamente a la ejecución, sin reservarse la continuación, manifestando el citado autor que ésta es la posición preferible¹⁸.

En nuestra opinión, consideramos que para que opere el desistimiento alcanza con que el agente renuncie a la concreta ejecución del delito, y no quiera utilizar el estado de las cosas ya creado para proseguir la ejecución más tarde. Por ende, no es necesario un abandono total de la ejecución. Creemos que exigir al sujeto que desiste que se comprometa a si mismo no volver a intentar cometer ese delito, es algo que el derecho no puede exigirle a nadie. Sería una

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARAN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 486-487. De análoga manera pero con algún pequeño matiz MUÑOZ CONDE, *El Desistimiento Voluntario de consumar el delito*, pp. 118.

¹⁸ BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, p. 176. Asimismo en su *Derecho Penal. Parte General*, pp. 304-305.

moralización intolerable el que se exigiera para conceder la impunidad “el propósito de enmienda”, la promesa decidida que “de esta agua no beberé”¹⁹.

En cuanto a la exigencia de que los actos ejecutados hasta ese momento no constituyan por sí mismos un delito, podemos decir, que no será posible el desistimiento cuando a pesar de no haberse consumado el delito planeado, los actos ejecutados constituyan por sí otros delitos. Es decir, el agente podrá desistir válidamente, siempre y cuando los actos ejecutados por él hasta ese momento no configuren la consumación de otro delito autónomo. A modo de ejemplo, si un sujeto penetra en un domicilio con la finalidad de hurtar dentro del mismo (art. 340 y 341 C.P.U), y luego de encontrarse dentro del hogar, desiste voluntariamente de cometer en hurto, el desistimiento será válido en cuanto al hurto, pero el agente responderá penalmente por el delito de violación de domicilio (art. 294 C.P.U).

Vista la importancia de este punto, el mismo se tratara en profundidad al momento de estudiar el desistimiento en los casos de tentativa calificada.

El desistimiento en la tentativa acabada.

En las hipótesis de tentativa acabada, o sea, cuando el autor ha realizado todos los actos que según su plan deben producir el resultado, el desistimiento requiere además de los presupuestos exigidos para los casos de tentativa inacabada, que el autor impida por los medios que cuente a su alcance la producción del resultado. En virtud al presupuesto de hecho que implica la tentativa acabada, la conducta se materializará mediante una acción, requiriendo además, que la misma sea voluntaria y definitiva.

Como bien lo manifiesta FRIELE, *en este supuesto, el autor debe ensayar un desistimiento activo, consistente en hacer algo que, todavía, impida que la ejecución, ya completa, produzca el resultado*²⁰. Es decir, el desistimiento en la tentativa acabada exige una actividad del sujeto en el sentido de impedir

¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, p. 108.

²⁰ FRIELE, Guillermo, *El desistimiento en la tentativa. Estudio del art. 43 del C.P.*, p. 103.

eficazmente el resultado. El resultado habrá de desaparecer, precisamente, en virtud de ese comportamiento voluntario del sujeto²¹.

A manera de síntesis, el desistimiento de la tentativa acabada, en el plano objetivo, requiere algo más que en las hipótesis de tentativa inacabada, en virtud que el hecho ha llegado hasta el final de la acción ejecutiva, esto es, el sujeto ya ha realizado todas las condiciones necesarias para que se produzca el resultado buscado, por lo que se requiere desarrollar una conducta que suponga dar marcha atrás. Estos supuestos se caracterizan en que el curso causal lesivo ya está fuera del ámbito de dominio del autor, por lo que para evitar el resultado, será necesario una acción realizada por el sujeto que deberá reunir las condiciones de eficacia necesarias y ser de carácter activo, o sea, realización de toda conducta necesaria para impedir la efectiva producción del resultado lesivo, mediante su propia actividad e incluso con ayuda de terceros²².

La exigencia de que el autor evite la producción del resultado podría interpretarse sosteniendo que sólo requiere una relación causal entre la acción de desistimiento del autor y la no producción del resultado, siendo entonces la mera causalidad el único criterio de imputación, o al contrario, afirmar que además de exigir una relación de causalidad, se exige una relación normativa de imputación, de atribución al autor de la evitación del resultado. O sea, la controversia está planteada entre teorías causales y las teorías de la imputación objetiva.

Según las teorías de la causalidad²³, para atribuir la evitación del resultado debe exigirse la existencia de una relación de causalidad. Sin dicha causalidad no puede establecerse la mínima vinculación exterior entre el sujeto y la evitación del resultado, por lo que alcanzaría que el sujeto realizara cualquier conducta que en definitiva, evitara el resultado. Es decir, los defensores de este punto de vista, se limitan a exigir que la acción dirigida a la salvación fuera causal para la

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J – HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, vol. II, p. 273.

²² Cfr., PÉREZ FERRER, Fátima, *El Desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, pp. 230.

²³ Sobre la evolución de las teorías de la acción causal, ver, ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y praxis penal*, pp. 23-39.

evitación del resultado²⁴. Se sostiene incluso que en el desistimiento lo fundamental no es la cualidad de la acción de salvación, sino exclusivamente el valor del resultado, como lo afirma ÁLVAREZ VIZCAYA: *cuando se consigue la no producción del desvalor de resultado, es indiferente con que el mismo venga realizado directamente por el autor o por terceros. Al no producirse el desvalor de resultado –se evita la efectiva lesión al bien jurídico–el ordenamiento jurídico premia al autor, siempre y cuando desista libre y voluntariamente, con la impunidad aún cuando efectivamente, ex ante, hubiese creado un riesgo para aquel*²⁵.

Como afirma ALCÁCER GUIRAO, la concepción tradicional ha venido siendo objeto de modificaciones en los últimos años, a partir de la inclusión de criterios propios de la teoría de la imputación objetiva y desde la premisa de una relación simétrica entre el tipo de injusto y el desistimiento. Dicho autor reseña que algunos exigen, además de ser causal para la evitación del resultado, que la acción dirigida a la salvación aparezca desde un punto de vista ex ante objetivo como adecuada para evitar el resultado; es decir, que incremente la posibilidad de evitar la lesión y que sea ese incremento de posibilidades el que se realiza en el resultado de la evitación²⁶. Como lo afirma ROXIN, *para la evitación del resultado deben regir los mismos criterios de imputación que para su producción*²⁷, lo que resultaría coherente con la evolución de la teoría del delito.

Una posición novedosa surge en España de la pluma de ALCÁCER GUIRAO, quien plantea que el desistimiento eficaz sólo será aplicable cuando el agente haya evitado el resultado lesivo a través de la realización de la acción óptima de salvación, entendiendo por ella, que el agente deberá realizar la

²⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, pp. 25-28.

²⁵ ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, “El desistimiento idóneo fracasado” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, 1996, p. 893.

²⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, p.32.

²⁷ ROXIN, Claus, citado por ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, p. 11.

aportación de salvación más segura de las que disponía²⁸. A su entender el acento en el desistimiento debe ponerse en la calidad de la acción, y dicha calidad estará satisfecha con la concurrencia de dos criterios: uno objetivo y otro subjetivo. Así, se exige al agente adoptar la acción de salvamento que desde su perspectiva aparezca como la más segura de las posibles. No obstante, esa perspectiva subjetivista, aun conformada en virtud de la racionalidad en la representación, no será suficiente para la exención, sino que, como segundo requisito cumulativo, la acción de salvación deberá ser adecuada desde una perspectiva objetiva ex-ante para la salvación del bien jurídico, de cara a la acentuación del parámetro social de interpretación, desde el cual la calidad de la acción no puede venir dada exclusivamente por la perspectiva del agente²⁹.

A nuestro juicio, la segunda posición es la correcta, ya que si la tentativa halla su razón de ser en el peligro que genera para el bien jurídico, la razón de ser del desistimiento radica en que viene a ser una inversión del peligro que genera la tentativa. Y esa inversión del peligro ha de serle imputada al autor cuando éste haya disminuido o anulado el riesgo jurídicamente desaprobado -originado al momento de darse el comienzo de ejecución- y desarrolle su eficacia hasta la evitación del resultado.

EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL DESISTIMIENTO: LA VOLUNTARIEDAD

Introducción.

Como se puede apreciar apenas 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 tanto de la doctrina, sino que su importancia deviene de los textos legales, los

²⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, p. 47.

²⁹ *Ídem*, p. 77-81.

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, requiere la voluntariedad para que opere la impunidad³⁰. Por consecuencia, es necesario precisar el concepto de voluntariedad, para luego ingresar al estudio de las teorías psicológicas y normativas, a fin de apreciar cuándo una conducta es voluntaria o involuntaria.

Evolución doctrinaria.

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

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 está es o no voluntaria. Para estas teorías, el desistimiento voluntario deja de ser una reacción psicológica ante determinadas circunstancias. Y los parámetros valorativos son normativos porque se alejan del concepto etimológico de lo que

³⁰ 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, que en su art. 43 establece: “*el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito*”.

se puede entender como conducta voluntaria, proponiendo en cambio criterios valorativos que delimiten el elemento subjetivo del desistimiento.

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 su libre voluntad o capacidad de decisión, ello conlleva que el sujeto haya desistido involuntariamente. En cambio, si no ha existido tal influjo psíquico o físico y el sujeto pudo decidir libremente, el desistimiento se reputara voluntario.

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 tentativa queda impune sólo cuando el autor haya abandonado la realización de la acción prevista, sin que ésta hubiera sido impedida por circunstancias independientes de su voluntad. De manera que la fórmula por él propuesta indica que habrá voluntariedad en el supuesto en que el sujeto se diga a sí mismo “no quiero seguir actuando aun cuando podría” (motivación autónoma). En cambio, se configura la involuntariedad cuando el sujeto se diga “no puedo seguir actuando, aunque quisiera” (motivación heterónoma)³¹. El planteamiento sostenido por FRANK –que es extremo, ya que niega la voluntariedad sólo en supuestos de absoluta imposibilidad psíquica o física de consumación- es el punto de partida que seguirán otros varios 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.

³¹FRANK, Reinhard, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 139.

En conclusión y salvando las diferencias de matices, podemos establecer que si el influjo externo o interno, físico o psíquico, no son de tal magnitud como para hacer sentir coaccionado al agente, sino que éste 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.

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 -a diferencia de las psicológicas- abordan la cuestión a través de un juicio valorativo, del cual resultara si se cumple con el requisito de voluntariedad, exigido como elemento subjetivo del desistimiento de la tentativa.

Las formulaciones concretas, dentro de las teorías valorativas, son muy numerosas. 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, pues 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, de modo que los cánones valorativos se tienen que extraer de “la moral esotérica del derecho”³².

Otro criterio que ha cobrado mucha fuerza es el propuesto por ROXIN, quien a su vez rechaza el planteo de Bockelmann³³. Según ROXIN, para saber si el desistimiento es voluntario, el criterio de valoración es la “racionalidad del

³² BOCKELMANN, citado por Martínez Escamilla, en *El Desistimiento en Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, pp. 12-13.

³³ ROXIN, Claus, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada” pp. 254-255.

delincuente”, que explica en estos términos: *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 fríamente 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 delincuente. Por consiguiente, el criterio de valoración decisivo en que el 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*³⁴. En suma, en la concepción de ROXIN, 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.

Si bien las teorías valorativas o normativas se encuentran en franco ascenso frente a las teorías psicológicas, dichas teorías valorativas no nos parecen de recibo, en mérito 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 requiere. La configuración del término voluntario, tal cual la hacen las mencionadas teorías, desborda las fronteras de la interpretación, ya que

³⁴ ROXIN, Claus, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada”, pp. 253-254.

ésta ha de tener como límite el tenor literal del precepto, es decir, que dicha interpretación extensiva tiene como límite infranqueable la totalidad de los significados que el lenguaje general atribuye a una expresión o término y, cuando se rebasa dicho límite, ya no se está interpretando, sino que se trataría -al decir de LARENZ³⁵- 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*³⁶.

V. EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA CALIFICADA O CUALIFICADA

CONCEPTO DE TENTATIVA CALIFICADA O CUALIFICADA.

Se llama tentativa calificada o cualificada³⁷ a la que tiene lugar abarcando simultáneamente la consumación de otro delito, cuya tipicidad interfiere por progresión³⁸. La consecuencia que tiene esta forma de tentativa cuando el sujeto desiste, con posterioridad a la consumación de los delitos cuya tipicidad interfiere la de la tentativa es que queda impune sólo la tentativa como tal, pero no los delitos que se hayan consumado en su curso, tal como reza el artículo 5 inc. 2º de nuestro Código Penal.

La situación de referencia es posible en los casos de relación consuntiva de leyes, que se da en los delitos complejos, conexos y absorbidos.

³⁵ LARENZ, Karl, citado por Martínez Escamilla en “Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho Penal”, p. 333.

³⁶ *Ídem*.

³⁷ El término “tentativa calificada o cualificada” se le atribuye a Feuerbach, no obstante, Von Liszt critica que a dichas situaciones, es decir, a aquellos casos donde desaparece la pena del acto intentado, pero no la punibilidad de otro delito consumado, que tal vez se produce por el acto de tentativa, se las denomine con poca propiedad de tentativa calificada. (Cfr. LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, p. 458). Una crítica análoga realiza el autor chileno Cury, para quien, el nombre de tentativa calificada, a pesar de su incorrección, adquirió carta de ciudadanía en la literatura y no vale la pena detenerse para discutirlo. Ver por todos, CURY, Enrique, *Tentativa y delito frustrado. (El proceso ejecutivo del delito)*, p. 135.

³⁸ ZAFFARONI - ALAGIA y SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, p. 811.

A modo de síntesis podemos afirmar que el inciso 2º del artículo 5 del Código Penal contiene dentro de la regulación del desistimiento, una cláusula general de exclusión del mismo, aplicable en aquellos casos donde los actos ejecutados constituyan de por sí un delito, haciendo operable dicha cláusula a los casos de tentativa calificada o cualificada, subsumiendo en dicho concepto aquellas hipótesis donde encontramos una relación consuntiva de leyes, como se da en los delitos complejos, conexos y absorbidos.

En dichos supuestos al sujeto se lo va castigar por el delito consumado, trayendo como consecuencia ineludible la no eficacia del desistimiento sobre el mismo.

EL DESISTIMIENTO COMO ATENUANTE ANALÓGICA.

No obstante lo manifestado hasta aquí, vale la pena precisar que compartimos la opinión de LANGON, en cuanto a que el desistimiento en estos casos puede atenuar el delito consumado. De acuerdo a la opinión del citado catedrático, en los casos en que sobreviniera el desistimiento con posterioridad a la realización de actos que de por sí son delictivos, el delito que subsiste (como en el ejemplo que citamos ut-supra de violación de domicilio) está atenuado por el desistimiento respecto del delito mayor, que queda excluido, pues el delito “residual” sobrevive sólo porque el sujeto no puede volver atrás, como sería su deseo, y deshacer, con voluntad inversa a la criminal, lo ya hecho que, en sí mismo, no era el objeto final de su acción³⁹. Queda atenuando el delito por vía analógica, conforme a lo establecido en el art. 46 numeral 13º del Código Penal.

VI. EL DESISTIMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

³⁹ LANGON, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, p. 32.

A diferencia de varias normativas penales extranjeras⁴⁰, nuestro vigente código penal guarda un absoluto silencio sobre la problemática concerniente al desistimiento en la participación criminal⁴¹. Es por ello que hemos considerado ineludible realizar algunas reflexiones sobre este tema, teniendo en cuenta que son situaciones que se pueden dar en la praxis, por lo que abordaremos, no el desistimiento en casos de un único autor, sino las hipótesis donde entran en juego otros sujetos que de una forma u otra intervienen en el hecho tentado.

En este punto neurálgico del instituto del desistimiento, cobra vital cabida la opinión que se sostenga sobre el fundamento del desistimiento, ya que de acuerdo a la posición que se tenga sobre su fundamentación las exigencias y las consecuencias variaran de tal forma que decidirá la suerte con que corran los partícipes y también el autor que ha desistido y esto se ve complementado principalmente con el concepto de accesoriedad al cual se afilie el intérprete.

Si se siguiera la opinión mayoritaria, en cuanto a que la naturaleza jurídica del desistimiento es una causa personal de exclusión de la punibilidad⁴² se colige fácilmente que el instituto sólo es aplicable al autor o participe en quien concurre⁴³.

⁴⁰ A modo de ejemplo el Código Penal Alemán, cuyo art. 24. 2 establece: *“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, no será castigado por tentativa el que impida voluntariamente su consumación. Para su impunidad, será suficiente sin embargo que se hay esforzado, voluntaria y seriamente, en impedir la consumación del hecho, cuando éste no llegue a consumir sin su contribución o se perpetre con independencia de su anterior aportación al hecho...”*. También encontramos una similar regulación en el Código Penal del Reino de España del año 1995, en su art. 16.3: *“Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir seria, firme y decididamente la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieren haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta...”*.

⁴¹ Vale traer a colación que el Proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de Reforma del Código Penal presidida por el Profesor Milton Cairolí, e integrada por distinguidos colegas integrantes del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, no han incluido en la proyectada reforma ninguna variación sobre el desistimiento y tampoco han agregado disposición alguna sobre el desistimiento y la participación criminal. Por lo que no se puede esperar ninguna variación sustancial sobre este tradicional instituto.

⁴² RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*, p. 719.

Pero siguiendo la posición personal que adoptamos sobre el fundamento jurídico y la ubicación sistemática del desistimiento, trataremos de interpretar el desistimiento de los coparticipes de conformidad a esa opción, que es contraria a la posición mayoritaria imperante en doctrina.

LA ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL.

Ya desde el comienzo hay que dejar bien sentado que la participación tiene carácter accesorio, porque presupone tomar parte de un hecho ajeno⁴⁴

Desde la misma manera, hay que precisar que las normas que regulan la coparticipación de varios actores en uno o más delitos funcionan como verdaderos mecanismos amplificadores de los tipos, por cuanto de no existir estas disposiciones difícilmente fueran alcanzados (principio de legalidad mediante), otros partícipes distintos al autor al que se refieren los diferentes tipos penales⁴⁵.

Para que podamos hablar de codelincuencia o participación criminal, se deben dar una serie de requisitos que determinarán o no la existencia de un concurso de delincuentes, tanto de carácter objetivo como subjetivo.

Dentro de los elementos objetivos es necesario señalar, en primer lugar, a *la identidad de delito*, que significa que no puede existir coparticipación sin que exista un único delito para todos los partícipes, por lo menos en grado de tentativa. El segundo requisito es el *principio de ejecución*, por el cual se requiere un comienzo de ejecución de un delito, lo que ubica la conducta de los concurrentes en la etapa de la tentativa, o en la preparatoria, cuando se trate de aquellos delitos en que se adelanta casi al extremo su punibilidad. Como tercer elemento estructural está la *convergencia de conductas*, que exige que el delito sea una obra en común hacia la que convergen todas las conductas de todos y cada uno de los participantes. Por último, podemos destacar como elemento

⁴³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho penal español. Parte General*, vol. II, *Teoría del delito* (2), p. 121.

⁴⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, pp. 96-97.

⁴⁵ LANGON, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, p. 109. Asimismo, CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, pp. 107 - 108.

objetivo, *la imputación objetiva de cada conducta*, entendiendo por ello, que la convergencia de conductas no requiere necesariamente una relación de causalidad con el delito cometido; vale decir, no se precisa una causalidad propia condicionante del resultado, sino que bastará con un favorecimiento eficaz del hecho. Y en cuanto al requisito subjetivo se requiere *la intención de participar*, que es la conciencia y voluntad de obtener el resultado delictivo hacia el que se dirige las actividades de cada uno de los coparticipes. Esto surge del propio artículo 59 que dice que todos concurren intencionalmente a su ejecución⁴⁶.

Retomando el tema de la accesoriedad de la participación, como bien dice CAIROLI, *en nuestro derecho hay que admitir que el concurso de personas da lugar a un solo delito formado por pluralidad de conductas, por lo que no puede caber duda que todas acceden a la formación de éste. Eso hace innegable la naturaleza accesoria del concurso de delincuentes, que se manifiesta en el hecho que se agregan a la conducta del autor principal*⁴⁷.

Dependiendo del grado de realización, CEREZO MIR afirma que la dependencia de los partícipes está en función de los autores, y que ella se manifiesta en dos aspectos diferentes, lo cual lleva a que se hable de accesoriedad cuantitativa y accesoriedad cualitativa⁴⁸.

La accesoriedad cuantitativa alude al grado de desarrollo de la ejecución del delito. Implica que el hecho del autor debe haber tenido comienzo de ejecución. Por ende, si no hay comienzo de ejecución, el hecho es impune⁴⁹.

En cuanto a la accesoriedad cualitativa, ésta se refiere a los elementos del delito que han de concurrir en el autor para afirmar la responsabilidad del partícipe⁵⁰. Sobre este punto en concreto hay que remontarnos a MAYER, quien

⁴⁶ Cfr., CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, pp. 112 - 115. De análoga manera, DOMÍNGUEZ CORREA, E. Marcelo, "Responsabilidad por delitos divergentes del concierto" en *La Justicia Uruguaya*, t. 137, p. D. 193.

⁴⁷ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, p. 107.

⁴⁸ CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General*, p. 950.

⁴⁹ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, p. 97.

⁵⁰ POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 272.

distinguía entre: *accesoriedad mínima*, que requiere solamente que el autor haya realizado un tipo legal; *accesoriedad limitada*, entendiendo por ella cuando el autor haya obrado de forma típica y antijurídica (injusto); *accesoriedad extrema*, cuando el autor haya llenado antijurídica y culpablemente un tipo legal, es decir, que el autor haya cometido un hecho típico, antijurídico y culpable y por último la hiperaccesoriedad, que se da cuando las calidades personales del autor gravitan sobre las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, de modo que aquellos inherentes a su persona también gravan o aligeran la responsabilidad del cómplice ⁵¹.

La opinión dominante entiende que debe regir el sistema de accesoriedad limitada. Se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico, ya que la culpabilidad de cada partícipe, entendiendo este término en general, es individual. Implica, entonces, que si el hecho está justificado, no será posible la participación penal⁵².

De conformidad a lo expresado precedentemente, se puede concluir que la posición mayoritaria en la doctrina entiende que la conducta del partícipe sólo será punible en la medida en que el autor haya iniciado el hecho principal, o sea, que el hecho se encuentre en el estadio de la tentativa.

No obstante, y a pesar del amplio consenso doctrinal que cabe afirmar respecto a la accesoriedad en la participación, voces muy autorizadas, tanto en la doctrina alemana como en la de habla hispana, propugnan una visión menos rígida del concepto de accesoriedad. A vía de ejemplo, ya en el año 1906, HÖPFNER se mostraba contrario al principio de accesoriedad, defendiendo no sólo que la conducta del partícipe constituía un injusto diferente al del autor, sino que el hecho principal del autor puede ser comprendido como el resultado de la acción del inductor o del cómplice. Por su parte, LÜDERSSSEN considera que al partícipe sólo debe castigársele por la realización de su propio injusto, a él imputable porque lo realiza, al igual de cuanto ocurre con el autor principal y su

⁵¹ MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 485-486.

⁵² DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, p. 98;

injusto típico⁵³. Llega incluso a sostenerse, como la hace SANCINETTI, la necesidad de prescindir del principio de accesoriedad para fundamentar la responsabilidad del partícipe. El prestigioso jurista argentino considera que la punición de la participación no depende de que se afirme la punición del autor principal. En su opinión, se puede hablar del ilícito personal del partícipe o ilícito propio de participar en hecho ajeno. Fundamenta la punición de la participación con el mismo argumento utilizado para penar al autor, que no es otro que la infracción de una norma que reclama especial respeto a un cierto bien jurídico. En consecuencia, si el partícipe también debe ser penado, ésto sólo puede hallar sustento en que también él ha infringido una norma; o sea, ha cometido un ilícito⁵⁴.

En vista de todo ello, puede afirmarse que el dogma de la accesoriedad ha experimentado doctrinariamente una evolución, que lo ha conducido a una comprensión menos rígida en su contenido y alcance⁵⁵.

A nuestro juicio es correcto sostener la posición que entiende a la accesoriedad en forma limitada; esto es, exigir que el hecho principal sea típico y antijurídico. Por ende, se puede concluir que la conducta del partícipe sólo será punible en la medida en que el autor haya iniciado el hecho principal, o sea, que se encuentre en el estadio de la tentativa.

En su virtud, cabe concluir que el desistimiento voluntario del autor, en razón del principio de accesoriedad limitada de la participación, deja atípicas las conductas de los partícipes⁵⁶.

EL DESISTIMIENTO Y LAS DIFERENTES FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

⁵³ HÖPFNER, Wilhelm y LÜDERSEN, Klaus, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 273.

⁵⁴ SANCINETTI, Marcelo, citado por POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, p. 274.

⁵⁵ Sobre la evolución y modificación del principio de accesoriedad en la dogmática penal española, ver POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la Tentativa y la conducta postdelictiva*, pp. 275-281.

⁵⁶ BERRUEZO, Rafael, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, p. 365.

Nuestro Código Penal vigente desde el año 1934, en su capítulo II, bajo el nomen iuris de *“Del concurso de delincuentes”* establece, en el inciso 1º del artículo 59, que *“Son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como coautores, fuere como cómplices”*.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 59, el codificador previo en los artículos 60 a 62 las diferentes modalidades de codelincuencia, precisando la existencia de autores (art. 60), coautores (art. 61) y cómplices (art. 62). Y de acuerdo a dicha distinción categorial abordaremos el desistimiento de cada uno de ellos, a la luz de los conceptos vertidos precedentemente.

Autoría y desistimiento.

En las hipótesis de autoría inmediata (art. 60 num. 1º), que es aquella donde el o los sujetos ejecutan los actos consumativos del delito, en la cual el comienzo de ejecución lo realiza un solo sujeto (autor), no se suscita problema alguno, ya que la conducta insertada es obra de un solo sujeto que, antes de consumarla, la abandona. Bastará para que sea eficaz su desistimiento, que el mismo cumpla con los requisitos necesarios para su validez.

En las hipótesis de autoría mediata (art. 60 num. 2º), que es cuando el autor determina a una persona no imputable o no punible a cometer el delito, la situación no es tan clara. A nuestro juicio, no le alcanza solamente con desistir, sino que tendrá además que impedir que el agente inimputable o no punible, determinado por él, consume el delito⁵⁷.

Coautoría y desistimiento.

En los casos de coautoría por instigación (art. 61 num. 1º), que son aquellos casos donde un sujeto determina a otro, capaz de culpabilidad y de punibilidad, la doctrina mayoritaria sostiene que el desistimiento del instigador sólo será válido si asume una forma activa, a los efectos de que no se produzca el resultado instigado; esto es, si logra que el autor no prosiga con su acción en los

⁵⁷ ARAÚJO, Orestes, *La tentativa*, p. 396.

casos de tentativa inacabada, o que el autor evite el resultado en las hipótesis de tentativa acabada.

No obstante, entendemos que el instigador podrá beneficiarse de su desistimiento voluntario, aún cuando el instigado consume el delito, en los casos donde el instigado lleve a cabo la consumación del delito por propias motivaciones, que vencen los intentos de disuasión llevados cabo por el instigador⁵⁸.

En cambio si el que desiste es el sujeto instigado, tal desistimiento beneficia al instigador, en virtud del principio de accesoriedad.

En las hipótesis de coautoría por promesa de encubrimiento (art. 61 num. 2º), que es el caso donde los funcionarios públicos obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo, hay que diferenciar dos situaciones. Cuando desiste el autor que va a cometer el delito, en ese caso su voluntario desistimiento beneficiaría y abarcaría al funcionario público que se comprometió a encubrirlo.

La segunda situación es el supuesto donde el que desiste es el funcionario público. En ese caso, de nada vale que el funcionario público desista, si no puede detener los actos ejecutivos empezados al amparo del mismo.

En cuanto al desistimiento de los que cooperan directamente, en el periodo de la consumación (art. 61 num.3º), una vez que hayan comenzado la faena en conjunto, el desistimiento individual y total de todos los coautores les exime de responsabilidad, siendo eficaz el desistimiento en la especie. En cambio, cuando el desistimiento voluntario es de uno sólo de ellos y posterior al acto que le correspondía realizar, no puede desligarse del acto en conjunto, ya que su conducta se ha concretado en un comienzo de ejecución punible. Pero si su voluntario desistimiento se produce antes de ejecutar los actos que debía cumplir en el emprendimiento criminal, bastará con que se lo comunique a los demás copartícipes, para que con ello sea valido su desistimiento.

⁵⁸ VIDAL, Humberto S, *Desistimiento*, p. 46.

En las hipótesis de coautoría por acto material indispensable (art. 61, num. 4º), que atrapa a quienes cooperan a la realización del delito, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva, por un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer, su desistimiento determina la suspensión total de la ejecución y trae aparejado la irresponsabilidad de todos los sujetos concertantes⁵⁹.

Complicidad y desistimiento.

En cuanto a los casos de complicidad (art. 62), entendiendo por aquellos a los sujetos que no hallándose comprendidos entre autores y coautores, cooperan moral o materialmente al delito por hechos anteriores o simultáneos a la ejecución, pero extraños y previos a la consumación. En dicho casos, cuando los cómplices han comenzado a actuar conjuntamente, el desistimiento individual de todos les exime de responsabilidad. En cambio, cuando sólo uno de los cómplices desiste el mismo no tiene validez porque ya concreto un comienzo de ejecución sancionable. En cambio, la situación varía si su desistimiento opera antes de ejecutar los actos que debía cumplir junto a los otros partícipes, en este caso deberá hacerlo saber a sus copartícipes para que con ello quede exento de pena⁶⁰.

VII. EL DESISTIMIENTO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS

PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Nuestro Código penal no hace ninguna referencia a la situación del desistimiento en el estadio de los actos preparatorios. Dicha falta de regulación se ve matizada, ya que los actos preparatorios, en la generalidad de los casos, no son punibles, salvo delitos especiales legislativamente determinados, siguiendo en esa opción los principios de la Escuela Clásica y en general, excepto algunas salvedades, los defendidos también por la Escuela Positiva, que se resistían a castigar la simple intención⁶¹. Delimitando de esa manera aquellos actos externos

⁵⁹ ARAÚJO, Orestes, *La tentativa*, p. 399.

⁶⁰ CAIROLI, Milton, *El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, p. 77.

⁶¹ IRURETA GOYENA, José, "Notas explicativas sobre la Parte General del Código Penal", en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado* por Adela Reta y Ofelia Grezzi, 5ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 185.

cometidos por el agente que no tienen ninguna relevancia desde el punto de vista jurídico-penal, ya que son anteriores al comienzo de ejecución, de forma y modo que la tentativa marca el límite del castigo por una conducta anterior a la consumación⁶².

Si bien en la obra de IRURETA GOYENA que data del año 1934, se establecían a texto expreso sólo algunos casos donde se castigaban los actos preparatorios, fue a partir de lo que podemos llamar “la expansión penal” término acuñado por el prestigioso profesor español Jesús María SILVA SÁNCHEZ ⁶³ a fines de los años noventa, donde surgió un desmesurado adelanto de la punibilidad, que repercutió en el incremento de delitos donde los actos preparatorios pasaron a ser hechos punibles, afectando de esa manera los espacios de libertad de los ciudadanos.

En este escenario penal es donde vamos a tratar de abordar la cuestión del desistimiento en los actos preparatorios punibles. Dicho tratamiento no se va a realizar en forma detallada –tipo por tipo- sino en forma general, ya que si tratáramos cada tipo penal donde se castigan los actos preparatorios, ello excedería con creces la tarea que nos hemos propuesto.

Basta con analizar el desistimiento en los casos de proposición, conspiración y actos preparatorios, dando por entendido, que los mismos son punibles en los casos establecidos expresamente por el legislador.

Huelga aclarar, que si bien compartimos que el desistimiento se refiere a la tentativa, creemos que el desistimiento de los actos preparatorios, de la conspiración y la proposición, es una excepción a la regla mencionada, y que si bien la misma no encuentra regulación en nuestro ordenamiento jurídico, la

⁶² LANGON, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, p. 77.

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2008. Actualmente existe una tercera edición, que incluye recensiones de prestigiosos académicos, además de actualizaciones al texto publicado en la segunda edición. Ver por todos SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer, B de F, Madrid, Montevideo- Buenos Aires, 2011.

misma es aplicable en merito a que si el Código penal admite el desistimiento de la tentativa, con más razón habrá de aceptarse en los actos preparatorios. Si en lo más grave –actos ejecutivos/autoría- se admite la impunidad como consecuencia de un desistimiento eficaz, con más razón habrá de admitirse para lo menos grave –actos preparatorios/participación-, ya que el peligro para el bien jurídico es más remoto.

EL DESISTIMIENTO EN LA PROPOSICIÓN.

Según el inciso 3º del artículo 7 del Código penal, *“la proposición se configura, cuando el que ha resuelto cometer el delito propone su ejecución a otra u otras personas”*. La misma es punible en los delitos contra la soberanía del Estado y en algunos casos en los ilícitos que atentan contra el Orden Político Interno del Estado, tal como reza el art. 137 del Código penal, que tipifica la proposición, la conspiración y la conspiración seguida de actos preparatorios en las hipótesis de delitos de traición a la patria y en el delito de atentado contra el presidente de la República (art. 146 C.P.U).

En nuestra opinión, es posible el desistimiento en la proposición, exigiéndose para ello la revocación eficaz de la invitación, para que el sujeto proponente quede liberado de responsabilidad. Debe entenderse por revocación eficaz, no sólo la disuasión directa del invitado, sino toda conducta del proponente que impida o tienda adecuadamente a impedir la ejecución del hecho y, de esa manera, anule el peligro creado con su comportamiento anterior.

EL DESISTIMIENTO EN LA CONSPIRACIÓN.

El artículo 7º en su inciso 2º define la conspiración del siguiente modo: *“La conspiración existe, cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito”*. En el fondo, se trata de una fase inicial de delito, que implica la preparación de una coautoría delictiva o una especie de participación anticipada⁶⁴, siendo punible también en los casos establecidos en los artículos 137 y 146 del Código penal.

⁶⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J – HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de derecho penal*, vol. II, p. 261.

Creemos que es acertado afirmar que el desistimiento puede operar en forma eficaz en los casos de conspiración. Como se vio con anterioridad, si hasta el momento de la consumación cabe el desistimiento de cuantos participan en un hecho delictivo, a mayor abundamiento, aunque la ley no diga nada expresamente, cabrá el desistimiento del conspirador antes de la consumación, en virtud que la conspiración no constituye un delito autónomo, sino la anticipación del delito principal en preparación, respecto al cual, incentivar el desistimiento siempre es bueno.

En cuanto a los requisitos que requiere el desistimiento eficaz en la conspiración, la doctrina española ha dado diferentes soluciones, que oscilan desde las posturas más rígidas, que exigen que el conspirador evite la efectiva producción del delito para el que conspiró o que, al menos, se esfuerce por evitar la consumación, hasta la tesitura de quienes exigen menos requisitos, y se conforman con el abandono de la resolución por parte del conspirador⁶⁵.

Para que el desistimiento tenga eficacia en la conspiración, compartimos la posición sostenida por CUELLO CONTRERAS, el cual exige *que el conspirador ha de llevar a cabo una conducta de desistimiento en todos los extremos a que se ha comprometido en el acuerdo de conspiración. Ello significa en primer lugar, la renuncia al desempeño del papel que se le había asignado en dicho acuerdo. Si esa renuncia es suficiente para hacer ver a sus restantes compañeros que él se ha apartado del plan delictivo, eso será suficiente para integrar el requisito necesario al desistimiento del partcipe de tratar de evitar la producción del resultado. Asimismo es necesaria la comunicación a los restantes conspiradores, al objeto de evitar un nuevo intento de producción del resultado principal, tras el intento fracasado que representa la acción de la que se ha desistido*⁶⁶.

EL DESISTIMIENTO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS.

⁶⁵ PÉREZ FERRER, Fátima, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, p. 394.

⁶⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer el delito. (Los actos preparatorios de la participación)*, p. 209.

Los actos preparatorios son definidos por la legislación nacional en el inciso 4º del artículo 7 de la siguiente manera: *“El acto preparatorio se perfila, cuando el designio criminal, se concreta por actos externos, previos a la ejecución del delito”*. Los mismos no sólo son punibles en los supuestos originariamente establecidos en el artículo 137 y 146, como ya se dijo, sino también en los casos de delitos referidos a sustancias estupefacientes y psicotrópicas (Decreto Ley 14.294 y Ley 17.016), así como -según la Ley 17.243- la conspiración seguida de actos preparatorios se castiga en los delitos de Rapiña y Copamiento, de acuerdo a lo establecido el art. 72 de la misma.

Dichos actos preparatorios son tenidos -por parte del legislador- como los primeros actos externos que pueden determinar consecuencias jurídico penales y que tienen significación desde el punto de vista teleológico, al estar encaminados hacia la realización de un comportamiento delictivo y ser el reflejo de una determinada voluntad: la voluntad de llevar a cabo la realización de un delito. Por tanto, implican una voluntad personal, que es objeto de manifestación externa, a nivel previo de la ejecución delictiva, circunscribiéndose al contenido propio de la resolución criminal, a la que toman como objeto de referencia que delimita su objeto de proyección⁶⁷.

Consideramos que también en los actos preparatorios es viable el desistimiento, exigiéndose para ello que el desistimiento de los actos preparatorios sea completamente análogo al del desistimiento de la tentativa, no bastando con el mero cambio de opinión y el simple no proseguir con el proyecto delictivo por parte del desistente, como en la tentativa acabada, los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro que se independiza del sujeto y que, si éste no realiza una conducta comisiva para impedirlo, puede desembocar en la consumación del delito. Para que el desistimiento de los actos preparatorios excepcionalmente punibles merezca la impunidad tendrá que ser activo, de manera que contrarreste o anule el peligro creado.

CONCLUSIONES FINALES

⁶⁷ PÉREZ FERRER, Fátima, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, p. 387.

En cuanto a las conclusiones que pudimos extraer de este singular instituto de la teoría del hecho punible, podemos destacar las siguientes:

A) En cuanto a la conducta del sujeto que desiste, el desistimiento sólo es posible en aquellos delitos en que es procedente la tentativa. En segundo lugar, debe haberse adelantado en el proceso ejecutivo del delito al punto de haber iniciado los actos de ejecución, realizando aquella acción jurídico-penalmente relevante, que ha significado una elevación del riesgo latente en el escenario factico de la conducta, por encima de la franja del riesgo permitido. Es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.. Sería innecesario desistir cuando todavía se este en el estadio de los actos preparatorios, ya que generalmente los actos preparatorios son impunes. En tercer término, los actos de ejecución deberán ser idóneos para consumar el delito que se ha propuesto el agente, careciendo absolutamente de significado desistir de una actividad absolutamente inidónea, o asimismo, cuando la conducta persiga un fin absolutamente imposible. En cuarto lugar, se requiere que la actividad ejecutiva desplegada por el sujeto no haya alcanzado la consumación. Y por último, tampoco será eficaz el desistimiento, cuando a pesar de no haber llegado a la consumación del delito propuesto, los actos ejecutados hasta ese momento constituyan de por sí alguna clase de delito autónomo, en virtud a lo establecido en la última parte del inciso 2 del art 5º del Código Penal vigente en Uruguay.

En cuanto a la conducta desistible, la misma dependerá del grado de evolución en que se encuentre los actos ejecutivos, ya que si estamos frente a una tentativa inacabada, se materializara generalmente mediante una omisión. En cambio, cuando estamos frente a una hipótesis de tentativa acabada, se requerirá una acción.

B) Nuestra posición sobre el fundamento del desistimiento parte de la base de una concepción unitaria entre tentativa y desistimiento, ya que los actos ejecutivos que han comenzado a realizarse son jurídico- penalmente irrelevantes hasta que no fracasan, producen el resultado o tiene lugar el desistimiento. En las hipótesis donde haya obrado un desistimiento voluntario, lo que trae aparejado es

la exclusión de la tentativa, en virtud de que el sujeto no realiza la conducta descripta en el tipo penal de la tentativa.

De acuerdo a la descripción típica de la tentativa establecida en el art. 5º del Código Penal uruguayo, la misma se configura cuando el agente empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos lo que exige su consumación por causas independientes de su voluntad, y de dicha formulación legal se puede afirmar, a *contario sensu*, que no hay tentativa cuando la consumación no se produce por causas dependientes de la voluntad del autor, es decir, por su desistimiento. Con ello se estaría negando la existencia misma de la tentativa como hecho penalmente relevante y punible.

A nuestro juicio, cuando un sujeto desiste, está manifestando exteriormente la ausencia de dolo de consumir. Es decir, si bien el sujeto al comienzo realiza actos ejecutivos tendientes a la consumación, antes de que circunstancias independientes de su voluntad le impidan llegar a obtener el resultado querido, realiza una contra volición donde el dolo primigenio de consumir se convierte en una voluntad de desistir la acción emprendida, lo que excluye el tipo subjetivo de la tentativa. Así el sujeto que desiste revoca voluntariamente la decisión de lesionar el bien jurídico tutelado y con dicha conducta neutraliza el peligro generado con su comienzo de ejecución. Sin perjuicio, de no configurarse también el tipo objetivo requerido en el tipo de tentativa, que no es otro, que no llegue a la obtención del resultado por causas independientes a su voluntad.

En síntesis, el fundamento que lleva a la impunidad del desistimiento se basa no en razones de política criminal, ni en un premio que le concede el legislador al sujeto que desiste, sino en que no llega a subsumirse la conducta desplegada por el sujeto en el tipo de tentativa, lo que convierte los actos realizados hasta ese momento en atípicos.

Hay que tener en cuenta que el tipo penal de la tentativa cumple la función de ampliar el radio de prohibición de los tipos penales establecidos en la parte

especial, por lo que la tentativa siempre se refiere a otro tipo penal, ya sea de homicidio, de hurto, etc, porque no existe tentativa de tentativa. En conclusión, el desistimiento estaría enervando o declarando inexistente la tentativa como mecanismo amplificador, por lo que la conducta desplegada por el sujeto es penalmente irrelevante, es decir, atípica;

C) En virtud de tal toma de postura sobre la fundamentación, sólo cabe concluir que el lugar sistemático del desistimiento es dentro del elemento tipicidad y su naturaleza jurídica es la de una causa de exclusión de la tipicidad.

D) Sobre el desistimiento en la participación criminal, concluimos que el desistimiento voluntario del autor, en razón del principio de accesoriedad limitada de la participación, deja atípicas las conductas de los partícipes.

F) Y como lo expresáramos anteriormente, si bien compartimos que el desistimiento se refiere a la tentativa, creemos que el desistimiento en los actos preparatorios, conspiración y proposición, es una excepción a la regla mencionada, y que si bien la misma no encuentra regulación en nuestro ordenamiento jurídico, la misma es aplicable en mérito a que si el Código penal admite el desistimiento de la tentativa, con más razón habrá de aceptarse en los actos preparatorios. Si en lo más grave –actos ejecutivos/autoría- se admite la impunidad como consecuencia de un desistimiento eficaz, con más razón habrá de admitírsela para lo menos grave –actos preparatorios/participación-, ya que el peligro para el bien jurídico es más remoto⁶⁸.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALCACER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Comares, Granada, 2002.
- ALLER, Germán, *Dogmática de la acción y praxis penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

⁶⁸ DOMÍNGUEZ CORREA, E. Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*, pp. 147-150.

- ÁLVAREZ VISCAYA, Maite, “El desistimiento idóneo fracasado” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLIX, Madrid, 1996, pp. 875-908.
- ARAUJO, Orestes, *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, Buenos Aires, 1987.
- *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ªed., renovada y ampliada. Reimpresión corregida, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Bogotá, 1989.
- BERRUEZO, Rafael, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2009.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- CAIROLI, Milton, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. II, 3ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.
- *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, Anotado, comentado y jurisprudencia*, Carlos Álvarez-Editor, Montevideo, 2003.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General*, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2008.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El derecho Penal Español. Parte General*, vol. II, *Teoría del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009.
- *La conspiración para cometer el delito. (Los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- *Tentativa y delito frustrado (El proceso ejecutivo del delito)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- DOMÍNGUEZ CORREA, E. Marcelo, *El desistimiento de la tentativa*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013.

- “Responsabilidad por delitos divergentes del concierto” en *La Justicia Uruguaya*, t. 137, Montevideo, 2008, pp. D. 191- 200.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 2ª ed., ampliada y corregida, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002,
- FERNÁNDEZ Gonzalo D- “Artículos 42/44” en David Baigún – Eugenio Raúl Zaffaroni y Marco Antonio Terragni, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, vol. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- FRIELE, Guillermo E, *El desistimiento de la tentativa. Estudio del art. 43 del CP*, Adhoc, Bs-As, 2004.
- IRURETA GOYENA, José, “Notas explicativas sobre la Parte General del Código Penal”, en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado* por Adela Reta y Ofelia Grezzi, 5ª ed., Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999.
- LANGON, Miguel, *Curso de Derecho Penal y Procesal Penal*, t. III, Ediciones “Del Foro”, Montevideo, 2001.
- LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, Valetta Ediciones, Buenos Aires, 2007.
- 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.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, t. 2, trad., J. Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MAYER, Max Ernst, *Derecho Penal. Parte General*, trad. S. Politoff, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2005.
- 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.

- PÉREZ FERRER, Fátima, *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal Español*, Dykinson, Madrid, 2008.
- 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. Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1977.
- RUSCONI, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2ª ed., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2003.
- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires- Montevideo, 2008.
- *La expansión del derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª ed., Edisofer - B de F, Madrid, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- VIDAL, Humberto S, *Desistimiento*, Marcos Lerner, Córdoba, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul- *Estructura básica del Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2009.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

