PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Correo del Instituto de Ciencias Penales

Año 13
N° 60
mayo 2008

CONTENIDO:

¿Desistimiento de la tentativa acabada?

Yvan Figueroa Ortega

¿Puede desistirse del intento de ejecutar un delito, luego que se ha hecho todo lo necesario para consumarlo? La respuesta es definitivamente afirmativa. Claro que es posible echar para atrás en este caso la infracción de la norma, sólo que para hacerlo no bastará simplemente con dejar de actuar, sino que deberá hacerse algo para impedir el resultado, es decir, será necesario un comportamiento positivo, una acción en sentido estricto para evitar la consumación. Sobre esto no existen dudas en la dogmática contemporánea.

La cuestión es que en el CP venezolano, el dispositivo que regula el desistimiento pareciera limitarlo únicamente a la tentativa propiamente dicha, es decir, a la tentativa inacabada, pero no al delito frustrado (la tentativa acabada). En efecto, el artículo 81 del CP se refiere expresamente sólo al "desistimiento de la tentativa" como eximente de pena, no al desistimiento del delito frustrado, siendo que el artículo 80 diferencia con cierta claridad éstas dos modalidades de la tentativa. De acuerdo con el artículo 80 del CP, habrá tentativa cuando el autor comenzare a ejecutar el delito por medios apropiados, pero no hiciere todo lo necesario para su consumación, debido a una circunstancia independiente de su voluntad, mientras que existirá delito frustrado, cuando aquél realizare hacer todo lo necesario para consumar el hecho, no pudiendo tampoco lograrlo, debido igualmente a una circunstancia independiente de su voluntad.

Se trata de una diferenciación respecto del grado de ejecución del delito, la cual tiene consecuencias muy importantes respecto de la pena aplicable. La pena será directamente proporcional al nivel de avance del autor en la empresa delictiva, mientras más adelante haya llegado en la ejecución mayor será la sanción aplicable, y viceversa, mientras menos se avance menor también será el castigo. En la tentativa propiamente dicha, si bien el autor igualmente quebranta la norma, hace menos que en la tentativa acabada, es decir, no llega a acercarse tanto a la consumación, como cuando ha llegado a hacer "todo lo necesario" para perfeccionar el delito. Esto explica, que según lo dispuesto en el artículo 82 del CP, cuando el delito ha quedado en grado de tentativa, la pena se rebajará de la mitad a las dos terceras partes de la aplicable al delito consumado, en cambio, cuando se trate de un delito frustrado, la pena se rebajará sólo la tercera parte.

Debo destacar, que a pesar de la aparente claridad de la diferenciación, son distintas las formas en que puede ser entendida la misma, es decir, son distintas las maneras en que puede separarse la tentativa del delito frustrado. La distinción puede ser fundada en lo objetivo o en lo subjetivo, es decir, en lo externo, en el hecho realizado considerado externamente, o en lo interno, en lo que se representó el autor al realizar la conducta. En otras palabras, la determinación de cuando se ha hecho o no "todo lo necesario" para ejecutar un delito, puede apoyarse o en lo meramente exteriorizado, sin tomar en consideración lo que planeó el autor, o puede fundarse en esto último, es decir, en la representación del autor en el momento del hecho. Es claro que existen posiciones intermedias, pero las mismas siempre ponen énfasis en uno de los aspectos, en lo objetivo o en lo subjetivo. Por lo tanto, realmente son sólo dos posibilidades, o habrá tentativa en la medida que el comportamiento del autor objetivamente considerado constituya un comienzo de ejecución de la conducta prohibida, y que viene descrita por el tipo legal, o la habrá desde el momento en que de acuerdo al plan del autor la misma estuviere a punto de concretarse, es decir, de que se iniciare su ejecución.

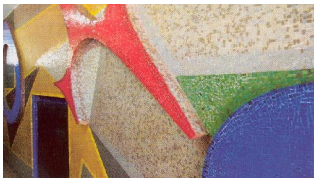
Adoptándose un criterio estrictamente objetivo, la tentativa acabada estaría limitada a aquellos casos en que el autor ejecutare la acción típica, pero en virtud de tratarse de un delito de resultado, el delito no estaría todavía consumado, en virtud precisamente de faltar la producción del resultado (entendido éste como una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos distinta del comportamiento del autor).

Dicho de otro modo, el autor habría "comenzado a ejecutar el delito", cuando iniciare la realización del comportamiento descrito en el tipo legal, independientemente de su plan respecto del hecho. Por el contrario, habría hecho "todo lo necesario" cuando la acción típica estuviere ya ejecutada, y el autor únicamente estaría a la espera de la consumación, en virtud de faltar todavía el resultado.

Es necesario señalar, que independientemente de la adopción de una tesis objetiva o subjetiva, lo más razonable es entender que la frustración (o si se quiere la "tentativa acabada") sólo procede en los denominados "delitos de resultado", es decir, en aquellos en que el tipo legal, además de describir un determinado comportamiento, asocia con el mismo la producción de una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, separable tanta en el tiempo como en el espacio de la acción prohibida, de manera que su consumación dependerá de la misma. A tal modificación del mundo exterior es a lo que se conoce como "resultado" (por lo menos, entendido en sentido "naturalista", ya que todos los delitos - y no sólo los delitos de resultado- tendrían un resultado en sentido "jurídico", el cual consistiría en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico). El ejemplo por excelencia de los delitos de resultado, es el delito de homicidio, para cuya consumación no bastará realizar el comportamiento tendiente a la producción de la muerte, sino que será indispensable que ésta se produzca efectivamente (la muerte sería entonces el resultado exigido por el tipo).

Los "delitos de resultado" se diferencian de los "delitos de mera conducta", en que en estos últimos el tipo legal se limita a describir un comportamiento activo u omisivo, no dependiendo por tanto su consumación de la verificación de un suceso posterior, es decir, la producción de un resultado naturalista. Por ejemplo, el delito de difamación verbal (artículo 442 del CP), en el cual bastará con la imputación del autor a la víctima, de un hecho capaz de exponerla al desprecio o al odio público, en las circunstancias fijadas en la ley, para que ya esté consumado, esto al producirse el perjuicio al honor o reputación de aquella (suceso el cual no es perceptible por los sentidos).

Partiendo de esta premisa, puede fijarse la siguiente regla: "Sólo los delitos de resultado admiten tanto tentativa como frustración, mientras que los de mera conducta solamente tentativa". Sólo en los delitos de resultado es que podría hacerse "todo lo necesario" para ejecutar el delito (realización del comportamiento típico) y no haberlo consumado por una circunstancia independiente de la voluntad del autor (producción del resultado). En cambio, en los delitos de mera conducta únicamente podría comenzar a realizarse (la acción típica) por medios apropiados, pero no podría llegar a "hacerse todo lo necesario", y no haber consumación, debido a una circunstancia independiente de la voluntad del agente, ya que de haber ejecutado plenamente la acción típica, el delito ya estaría consumado (precisamente por que en estos hechos no se exige que se produzca una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, como consecuencia de la acción prohibida).



Mural de André Bloc .

"...En la planta baja del edificio contiguo se halla un mural abstracto, en relieve, de vivos tonos y dinámica composición, el cual cubre totalmente la pared norte del local situado en el extremo del edificio. Construido modelando las formas geométricas que soportan la cerámica coloreada en diversos niveles del plano del muro, esta obra representa un aporte de interés debido a la técnica empleada. Fue realizada por el polifacético artista André Bloc, quien ha sido pintor, grabador, escultor, escritor fundador y director de una de las revistas de arquitectura de mayor prestigio en el mundo: la revista francesa L´ architecture d´ aujourd hui. A través de la cual desarrolló una intensa y valiosa actividad cultural.. ..."

PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com
PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com

La forma de diferenciar entre tentativa y frustración, como adelanté, es afincándose en lo subjetivo, en el plan del autor. La diferencia entonces entre tentativa y delito frustrado dependerá del modo cómo el autor se haya representado la realización del hecho. Si desde su punto de vista "comenzó a ejecutar" el delito, con medios apropiados, habrá tentativa, pero si desde su perspectiva realizó "todo lo necesario" para consumarlo, habrá delito frustrado.

Esto necesariamente significa un cambio del punto de vista en el análisis de los hechos. En efecto, visto del modo meramente objetivo, el análisis de si el autor hizo o no "todo lo necesario" para consumar el delito, dependerá de un observador imparcial, que no conoce el plan del autor, es decir, que conoce solamente el suceso en su aspecto externo (incluyendo el resultado).

En cambio, si se adopta un criterio subjetivo, la determinación de si se hizo o no "todo lo necesario", si bien dependerá del mismo observador imparcial, éste no sólo sabrá como se desenvolvieron los hechos externamente, sino que también conocerá el plan del autor, es decir, lo que éste se representó concretamente al realizar cada acto. De este modo, como expliqué, habrá tentativa cuando desde la perspectiva del autor, la conducta represente un inicio de ejecución de la acción típica, mientras que habrá frustración cuando aquél haya creído realizar "todo lo necesario" para consumar el delito, es decir, desde su punto de vista haya ejecutado la acción típica y esté sólo a la espera del resultado (no produciéndose en ambos casos la consumación, en virtud de una circunstancia independiente de su voluntad).

En mi opinión, la separación entre ambas formas de tentativa, debe establecerse con arreglo en criterios tanto objetivos como subjetivos. Desde el punto de vista objetivo, entre tentativa acabada y tentativa acabada sólo existen diferencias de grado, pero no de significado. En ambas existe un quebrantamiento de la norma, es decir, es objetivada del mismo modo su infracción, el autor demuestra igualmente que no se rige por ella, que para él no tiene validez como modelo de orientación, expresando un sentido contrario a la pauta de comportamiento esperada por el ordenamiento. La diferencia entre ellas sólo está en el grado de objetivación que alcanza la infracción de la norma, el cual en la tentativa acabada es mayor que en la tentativa inacabada. En otras palabras, en la tentativa inacabada se "objetiva" menos la infracción, ya que menor es el grado de ejecución alcanzado. La tentativa inacabada es una infracción de la norma "próxima" al tipo, mientras que la acabada es un quebrantamiento ya inmerso en el tipo.

Ahora bien, la determinación del grado de "objetivación" de la infracción dependerá de un criterio subjetivo, el del control sobre el riesgo. De esta manera, habrá tentativa mientras que desde el punto de vista del autor (encarnado en un observador imparcial), éste tuviere pleno dominio sobre el riesgo, de manera que le fuere suficiente para no continuar con la ejecución, retornando así a la legalidad, el simplemente dejar de seguir actuando. En cambio, habrá delito frustrado (o tentativa acabada), cuando igualmente desde su punto de vista, ha perdido el dominio sobre el riesgo, de manera que para evitar voluntariamente la consumación, tendría que apelar a medidas extraordinarias, distintas al mero dejar de continuar ejecutando el hecho. Así, el desistimiento en ambos casos tendría distintos requisitos, en la tentativa inacabada bastaría con dejarse de actuar, mientras que en la acabada, para desistir sería necesario realizar una conducta (una acción positiva) que evite la consumación.

El desistimiento voluntario constituye el punto de quiebre de la tentativa. En efecto, cuando existe desistimiento desaparece la tentativa, ya que en estos casos la consumación no se produce debido a una circunstancia "independiente de la voluntad" del autor, sino más bien lo contrario, el delito no se perfecciona por una circunstancia "dependiente" de su voluntad. El desistimiento es "voluntario" cuando el autor luego de haber comenzado a ejecutar el delito, y, por tanto, luego de haber infringido la norma, revoca libremente dicha infracción, la echa hacia atrás, no consumando el hecho. Para explicar cuando un desistimiento es voluntario, tradicionalmente se recurre a la fórmula de Frank, según la cual lo habrá cuando el autor se dice "no quiero aunque puedo", y al contrario, no existirá si se dice "no puedo aunque quiero".

La doctrina tradicionalmente ha distinguido dos formas de desistimiento, el de la tentativa inacabada y el de la tentativa acabada. A veces aunque se utilizan distintas denominaciones para identificarlos (por ejemplo, hay quienes al desistimiento de la tentativa acabada lo llaman "arrepentimiento activo", en virtud de que el autor debe hacer "algo" para impedir la consumación), doctrinariamente se les concede el mismo efecto, esto es, la no punibilidad del hecho, la liberación de pena, siempre y cuando lo ejecutado hasta el momento no constituya otro delito o falta.

Cuando el desistimiento es voluntario, el Estado renuncia a la pena, la ley abdica de castigar al autor, a pesar de haber infringido la norma (o si se quiere, a pesar haber puesto en peligro el bien jurídico), fundado en motivos político criminales (al agente se le premia por su retorno voluntario a la legalidad - teoría del premio-).

La cuestión es la de si realmente en nuestro CP, el desistimiento tiene o no limitaciones dependiendo del grado de ejecución alcanzado, ya que como destaqué, el artículo 81 del CP pareciera referirse únicamente al desistimiento de la tentativa inacabada, y no al de la tentativa acabada. La ley aparentemente restringe el efecto excluyente de pena del desistimiento a las hipótesis de tentativa propiamente dicha, es decir, a los casos en que el autor comenzare a ejecutar el delito con medios apropiados, no consiguiendo hacer "todo lo necesario" para consumarlo, por circunstancias ajenas a su voluntad, pero no a los supuestos en que llegare a hacer "todo lo necesario" para consumarlo, y tampoco llegare a perfeccionarlo por algo independiente a su voluntad (delito frustrado).

Si el legislador en el artículo 80 del CP, hubiere hablado solamente de "tentativa", hasta quizás distinguiendo entre la "acabada" y la "inacabada", en lugar de separar entre "tentativa" y "frustración", no habría ningún problema respecto de la interpretación del artículo 81, ya que bastaría con argumentar que al hablarse en éste último de "desistimiento de la tentativa", se estarían abarcando a las dos formas de tentativa, y por ende, al desistimiento en ambas hipótesis. Sin embargo, partiendo de la distinción que hace el artículo 80 entre "tentativa" y "delito frustrado", al hacer el artículo 81 únicamente alusión al desistimiento en la "tentativa", bien cabría argumentar, o al menos preguntarse, si el desistimiento de una tentativa acabada (el denominado "arrepentimiento activo") sería igualmente liberador de pena, o si más bien en tales supuestos debería penalizarse.

Para responder a esta interrogante, lo primero que cabe preguntarse es si la ley tenía o no un motivo plausible para distinguir respecto de los efectos del desistimiento, esto en el sentido, de sólo eximir de pena cuando apenas se hubiere comenzado la ejecución, pero no cuando el autor llegare más adelante, esto es, cuando hiciere "todo lo necesario" para consumar el delito.

Esto lo digo, por que respecto de la interpretación de cualquier texto legal, no cabe conformarse con su mero sentido literal, sino que debe interpretarse teleológicamente, es decir, tiene que averiguarse cuál fue la voluntad de la ley, la cual puede que no se corresponda exactamente con su significado literal. En pocas palabras, si bien la interpretación literal del artículo 81 del CP conduce a la punibilidad del desistimiento de la tentativa acabada, esto quizás no sea realmente así, interpretándolo teleológicamente, por no ser aquella la voluntad del legislador.

Por interpretación de un texto legal entiendo el esclarecimiento o explicación del sentido en él encerrado. Toda interpretación ha de iniciarse con el sentido literal, entendiéndose por éste el significado de una expresión o frase en el lenguaje general. Sin embargo, el proceso interpretativo no debe quedarse en ésta fase, sino que debe trascenderla, hasta encontrar el significado propio y la sistemática de la ley (la posición sistemática de un dispositivo puede contribuir decisivamente en el esclarecimiento de su significado), fundado en el fin o fines para los cuales fue creada, lo cual en su conjunto, es a lo que se le conoce como "interpretación teleológica".

He de advertir, que en mi opinión, la ley puede r[illegible]cionalmente establecer restricciones al desistimiento como ex[illegible]e de pena, como por ejemplo, limitarlo a la tentativa inacaba[illegible] fijarlo para la tentativa acabada, ya que se trataría simplem[illegible]e de una decisión de carácter político criminal, la cual vista de modo estrictamente jurídico no podría ser objeto de críticas. Por lo tanto, al menos en principio, el efecto eximente de responsabilidad penal podría otorgarse más o menos ampliamente, dependiendo de la decisión del legislador. Sin embargo, aquella decisión político-criminal, debería como mínimo tener un fundamento dotado de cierta legitimidad, no debería ser arbitrario o irracional, por lo menos en un Estado de libertades.

En definitiva, el problema es si realmente nuestro Código Penal, en virtud del tenor literal del artículo 81 del CP, decidió limitar el efecto eximente del desistimiento a las hipótesis de tentativa inacabada. En otras palabras, cabe hacerse las siguientes interrogantes: ¿Fue realmente la voluntad de la ley castigar al autor independientemente de que él voluntariamente evitare la consumación del delito? ¿Excluirá realmente la exención de pena por desistimiento que el autor haya hecho "todo lo necesario" para consumar el hecho punible?

Para responder éstas preguntas, debemos partir de una premisa que es indiscutible: la ley quiso exonerar de pena al que voluntariamente se abstiene de continuar en la ejecución del delito, es decir, su voluntad fue la de excluir la pena al autor cuando la consumación no llegare a producirse, en virtud de una circunstancia "dependiente" de su voluntad. La gran interrogante, es la de si la voluntad del legislador fue también la de exonerar de pena, o la de castigar, cuando el autor ha llegado más adelante en la empresa delictiva, haciendo "todo lo necesario" para consumar el delito, pero impidiendo luego voluntariamente la producción del resultado.

A favor de negar que el desistimiento excluya de pena en estos casos, como vengo explicando, el principal argumento, se apoyará en el sentido literal del artículo 81. Sin embargo, también podría argüirse que cuando el autor "hace todo lo necesario" para consumar el delito, pone en un riesgo mayor el bien jurídico tutelado (o si se quiere, quebranta la norma con mayor intensidad), lo cual justificaría una equiparación legal con el delito consumado, legitimándose así su sanción, independientemente del desistimiento. Incluso, también podría sostenerse que el dolo de la tentativa acabada al ser el mismo que el del delito consumado, justificaría que se le castigare igualmente, incluso a pesar de que el autor evitare voluntariamente la consumación.

Estas posibles argumentaciones no me parecen convincentes. Que el tenor literal del artículo 81 pueda conducir a la conclusión de que el desistimiento sólo exonera de pena en la tentativa, y no en el delito frustrado, como he dicho anteriormente, no necesariamente significa que así deba interpretarse la disposición. La interpretación literal sólo es el primer paso a seguir en la tarea de desentrañar el sentido de un texto legal. Ella sólo debe preceder a la interpretación teleológica o racional, es decir, a la que tiene como objeto desentrañar el verdadero sentido de la norma, infiriéndolo inductivamente de su forma y de su contenido, así como del sistema en que se encuentra inmersa, tomando especialmente como base aquello que pretendió tutelar, trascendiendo de este modo al mero sentido gramatical.

Respecto al argumento del mayor peligro para el bien jurídico, si bien podría aceptar la posibilidad de que ello motivare al legislador a castigar el delito frustrado, a pesar del desistimiento voluntario, todo esto como parte de un esquema político criminal, sinceramente no entiendo qué razones lógicas habría tenido el legislador para eximir de pena en la tentativa, y no en la frustración, si el presupuesto de ambas figuras es el mismo, esto es, la infracción de la norma (o si se prefiere, el peligro para el bien jurídico). No parece muy racional que se exima en un caso y no en el otro, ya que diferencias sustanciales entre el peligro de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada realmente no existen, a menos que, como destaqué, se diga que en el primer caso el riesgo es mayor que en el segundo. Sin embargo, esto podría ser cierto tratándose de un delito de resultado, pero si fuere un delito de mera conducta, el riesgo generado en la tentativa inacabada tendría el mismo grado que el de la tentativa acabada en un delito de resultado. Por lo tanto, la cuestión del grado de peligro dependería de la clase de delito de que se trate, pudiendo incluso llegar a ser equivalentes en ambas modalidades de la tentativa.

(*) El Instituto no se hace solidario con el contenido de esta publicación.

PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com
PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com

PDF-XCHANGE Click to buy NOW! www.docu-track.com

Sin embargo, algo que evidentemente no puede admitirse, es que el autor voluntariamente es el que evita el resultado, la circunstancia "independiente" de su voluntad, ¿por qué aún así ha de castigársele, si ha retornado voluntariamente a la legalidad, como igualmente podría ocurrir en una tentativa inacabada? ¿si las consecuencias son las mismas, si lo realizado hasta el momento no constituye otro delito o falta, por qué un caso debe castigarse y el otro no? Como he dicho, si bien esto podría ser una decisión político criminal, la misma además de estar muy poco fundamentada, es totalmente ilógica, ya que partiendo de una premisa incuestionable ("la vuelta voluntaria a la legalidad exonera de pena"), absurdamente se llega a una conclusión contraria a la misma, al supuestamente castigarse independientemente del retorno voluntario a la legalidad. Además, tal como explicaré más adelante, es bastante dudoso que la voluntad de la ley, haya sido la de castigar el desistimiento en la frustración, sobretodo si se toma en cuenta la forma en que la define en el artículo 80.

Por último, respecto del argumento de que se trata del mismo dolo, si bien con no poca discusión pudiera admitirse tal afirmación, deducir de allí la conclusión de que el hecho debe castigarse, a pesar de que voluntariamente se impide la producción del resultado, es totalmente inaceptable, ya que si el fundamento de la exención de pena por desistimiento es político criminal (darle un "premio" al que desiste por volver a la legalidad), no puede olvidarse que en estos casos el resultado no se produce, en virtud de una acción voluntaria del autor, esto independientemente del dolo con que actúe (incluso aunque se tratare del mismo dolo de la consumación), lo cual precisamente en lo que justifica políticamente que el desistimiento excluya la pena.

El argumento de mayor fortaleza es el del tenor literal. Sin embargo, aprehender una ley de un modo pleno de sentido, significa necesariamente ir más allá de su mero sentido gramatical. El legislador puede equivocarse al elaborar la ley, al expresarla mediante palabras, por lo cual la misma necesariamente ha de ser entendida en consideración a su fin, a las soluciones que con ella se persiguen. Toda disposición legal debe ser interpretada de tal modo, que dentro del marco de su sentido literal posible y de su conexión con el sistema, pueda conseguirse el fin que pueda reconocerse del contenido de la regulación.

Haciendo ésta clase de interpretación, desentrañando la voluntad de la ley, se evidencia claramente que la voluntad de la ley no fue la de castigar el desistimiento de una tentativa acabada. En efecto, tomando en cuenta el modo en que se define a la tentativa y la frustración en el artículo 80, sólo cabe llegar a la conclusión de que el legislador tampoco quiso castigar el desistimiento en la tentativa acabada. ¿Argumentos? Basta con observar los requisitos de la frustración, especialmente el de que la consumación no se produzca por una circunstancia "independiente" de la voluntad del autor. Siendo esto así, al haberse impedido "voluntariamente" la consumación, no podría castigarse por delito frustrado, y si no puede castigarse por éste, ¿por qué entonces? ¿por delito consumado? ¿sin haberse producido el resultado? Sería completamente absurdo.

La voluntad del legislador sólo fue la de exonerar de pena en todos los casos de desistimiento voluntario, independientemente del grado de ejecución que hubiere alcanzado el hecho. Insisto, para darse cuenta de esto, basta con leer con detenimiento el artículo 80 del CP, específicamente la definición que se hace allí de la tentativa acabada, para darse cuenta de cuál fue la voluntad del legislador. En el mencionado dispositivo, como dije más arriba, se establece como requisito que la consumación no se hubiere producido por una causa "independiente" de la voluntad del autor, lo cual sólo puede significar una cosa: Si la falta de consumación es debida a una causa "dependiente" de la voluntad del autor, como ocurre cuando se trata de un desistimiento voluntario, no podrá haber delito frustrado, independientemente de lo que diga el artículo 81 del CP, ya que la conducta no se amoldaría a la definición que hace la ley del mismo.

Además, el artículo 81 del CP no puede interpretarse en desconexión del artículo 80. La interpretación de la ley debe hacerse en su contexto, en el sistema del que forma parte. Muchas veces la intención del legislador sólo puede hallarse de la confrontación del texto con otros dispositivos que forman parte del mismo sistema, y tienen identidad de objeto. El orden jurídico como complejo de normas, no es meramente una sumatoria de preposiciones jurídicas, sino una regulación unitaria. Todos los dispositivos forman parte de un engranaje, se complementan y refuerzan, sólo así, mediante ésta intercomunicación entre los textos legales, es que realmente se logra una verdadera "regulación".

El artículo 81 debe ser entonces descifrado en su contexto normativo, no aisladamente, como si no existiera el artículo 80. La voluntad de la ley expresada en ésta última disposición, fue la de únicamente castigar los casos en que no continúa la ejecución del delito (independientemente del grado de ejecución alcanzado), debido a una circunstancia "independiente" de la voluntad del autor, nunca "dependiente".

Precisamente por ello el legislador, al definir tanto la tentativa como el delito frustrado, estableció como requisito de ambas figuras, la intervención de un factor ajeno a la voluntad del autor. Por consiguiente, en ambos casos, si es éste quien voluntariamente evita la consumación del hecho, ya sea absteniéndose de seguir actuando, o realizando una conducta positiva tendiente a la evitación del resultado, deberá eximírsele de pena, por ser ésta la voluntad de la ley.

Así, aunque literalmente el artículo 81 parezca sólo referirse como eximente de pena, al desistimiento de la tentativa, ello también abarcará el del delito frustrado. Es más, como destaqué, cuando el desistimiento es voluntario, ni siquiera habrá delito frustrado, ya que la consumación no se habría producido debido a una circunstancia "dependiente" de la voluntad del autor (no "independiente" como lo requiere el artículo 80).

Si se pretendiera de todos modos castigar al autor, interpretando textualmente el artículo 81, se violaría el principio de legalidad, ya que la conducta del autor no se amoldaría al artículo 80 (en conjunción con el tipo legal del delito de que se trate), es decir, no habría tipicidad con el dispositivo amplificador del tipo, lo cual no significa que se trate de un caso de atipicidad, mucho menos si se miden las consecuencias en materia de participación. Dicho de otro modo, la conducta en estos supuestos pareciera no abarcarla la prohibición de la tentativa, por lo cual, al no adecuarse a la descripción de comportamiento infractor de la norma, no podría ser castigada penalmente, a menos que se recurriere a alguna especie de analogía, la cual, como se sabe, está terminantemente prohibida en derecho penal, por imperativo del principio de legalidad. Sin embargo, a pesar de la aparente atipicidad de la conducta, lo más razonable es considerarlo como una excusa absolutoria, no como causa de atipicidad, ya que si fuera así su efecto liberador de pena se comunicaría a los partícipes, lo cual no es tampoco la intención del legislador. El desistimiento únicamente puede favorecer al que desiste, ya que el hecho sigue constituyendo delito, sólo que el Estado abdica de la pena. El hecho de que aparentemente no habría tipicidad, lo que demuestra es que la voluntad del legislador fue simplemente la de no castigar el hecho, de eximir de pena, no la de dar a entender que el autor en estos casos no quebranta la norma, ya que de ser así, la exención de responsabilidad se transmitiría a los partícipes.

Es de resaltar, que también sobre la base de consideraciones político-criminales, bien cabe sostener que el desistimiento igualmente libera de pena en la tentativa acabada, ya que si la esencia del desistimiento es la de premiar al autor por su retorno a la legalidad, en ambos casos hay una vuelta voluntaria a la licitud.

El desistimiento no es más que una especie de causa absolutoria, una causa personal de exención de pena, la cual deja incólume la existencia del delito (éste por lo menos en el criterio mayoritario). El desistimiento, como dije anteriormente, presupone la infracción de la norma, y, por ende, el peligro para el bien jurídico, así como la culpabilidad. Ahora bien, si a pesar de la infracción de la norma, la ley exime de pena como premio al autor, es decir, siendo la *ratio legis* de la exención de responsabilidad, recompensar al autor por volver a la legalidad, no parece existir ningún fundamento (que no fuera el capricho o la arbitrariedad), para excluir la punición en la tentativa y mantenerla en la frustración. En otras palabras, carece de toda justificación política otorgarle al desistimiento un efecto liberador de pena, sólo en la tentativa inacabada, y no en la tentativa acabada, siendo que en ambos casos consiste esencialmente en lo mismo, es decir, en la revocación por un acto de propia voluntad de la infracción de la norma.

En síntesis, el artículo 81 del CP, la ley quiso eximir de pena toda hipótesis en que el autor desistiere voluntariamente de la ejecución del delito, independientemente de que el lenguaje utilizado por el legislador no fuere el más adecuado, ya que se refirió únicamente a la tentativa, y no al delito frustrado. Sin embargo, a pesar de la deficiente redacción, una interpretación teleológica conducirá a eximir también de pena cuando se desista voluntariamente de una tentativa acabada, ya que la voluntad de la ley, es simplemente la de exonerar cuando se decide voluntariamente retornar al ámbito de legalidad, por lo cual, a la luz del texto legal, carece de todo sentido limitar la exención de responsabilidad sólo a algunos casos, y no a todos, sobretodo cuando el efecto es el mismo, es decir, la no consumación del delito, en virtud de un hecho voluntario del autor.

No puede argumentarse que esta interpretación atenta contra el sentido literal posible del artículo 81 del CP, ya que en él simplemente se habla de "tentativa", la cual es una expresión lo suficientemente amplia para abarcar el delito frustrado, ya que éste es también una forma de tentativa, del ensayo infructuoso de cometer un delito, sólo que en ella el autor objetiva más la infracción de la norma, que en la tentativa propiamente dicha, en virtud del mayor grado de ejecución alcanzado (por eso la doctrina la denomina como tentativa "acabada").

Conclusiones:

El artículo 81 del CP no puede ser interpretado en forma meramente literal, sino de modo teleológico, conectándolo sobretodo con el artículo 80 ejusdem. Por lo tanto, al hablarse allí de "tentativa" también quiso abarcarse al delito frustrado, el cual no es más también que una forma de tentativa (la tentativa "acabada").

La exigencia en el artículo 80 de que tanto en la tentativa como en el delito frustrado, la consumación no se produzca por una causa "independiente" de la voluntad, excluirá la pena todos aquellos casos en que la consumación no se produzca por lo contrario, es decir, por una circunstancia "dependiente" de la voluntad del autor, de manera que el desistimiento voluntario será eximente de pena tanto en la tentativa como en el delito frustrado, salvo la excepción contemplada en el artículo 81, es decir, cuando los hechos realizados sean en si mismos constitutivos de otro delito o falta.

Castigar los casos de desistimiento de la tentativa acabada, igualmente como tentativa acabada (delito frustrado), constituiría una violación del principio de legalidad. En efecto, según el artículo 80, el delito frustrado sólo se castigará cuando la consumación no se produzca por una causa independiente de la voluntad del autor, no cuando sea dependiente, que precisamente es lo que ocurre en el desistimiento voluntario. Por lo tanto, en tal caso el hecho realizado ni siquiera estaría abarcado por la descripción legal, lo cual es prueba de que la voluntad de la ley fue la de no castigar en éstas hipótesis.

No obstante, los casos de desistimiento de la tentativa acabada no han de considerarse como supuestos de atipicidad, sino como meras exenciones de penas, como excusas absolutorias, las cuales no favorecen a los partícipes.

(*) El Instituto no se hace solidario con el contenido de esta publicación.

PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com
PDF-XCHANGE
Click to buy NOW!
www.docu-track.com