

DERECHO PENAL –PARTE GENERAL- (CÁTEDRA “A”).

ESQUEMA DE LA BOLILLA 11 –TENTATIVA Y DELITO IMPOSIBLE-

Por: Diego A. Peretti Ávila.

SUMARIO: **I. LA TENTATIVA. I.1 EL ITER CRIMINIS. I.2. CONCEPTO DE TENTATIVA. I.3. FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA, TEORÍAS. I.3.1.Tesis de la Peligrosidad del Sujeto. I.3.2.Tesis Objetiva. I.3.3.Tesis Subjetiva. I.3.4. Teoría de la Impresión –eindrucksthorie. I.3.5. Tesis de Zaffaroni – Temor del Derecho por el Sujeto Pasivo-. I.4. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA PUNIBLE. I.4.1.Fin del Autor –Elemento Subjetivo. I.4.2.Comienzo de Ejecución. I.4.3. No consumación por causas ajenas a la voluntad del autor. I.5. IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA –DESISTIMIENTO VOLUNTARIO-. I.6. PENA DE LA TENTATIVA. II. DELITO IMPOSIBLE. II.1. CONCEPTO. II.2. ELEMENTOS DEL DELITO IMPOSIBLE. II.3. DELITO IMPOSIBLE Y ATIPICIDAD. II.4. CASTIGO DEL DELITO IMPOSIBLE. II.5. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE. III. BIBLIOGRAFÍA.**

I. LA TENTATIVA:

I.1.EL ITER CRIMINIS:

El iter criminis –camino o trayectoria del delito- *supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación al agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta el logro –o no- de sus afanes.*

El iter criminis consta de dos fases, las cuales, a su vez se subdividen:

a) Fase interna –no punible-, que se encuentra conformada por:

- **Ideación:** surge la idea en la cabeza del delincuente, puede abandonarla;

- **Deliberación:** aquí ya comienza a pensar los pro y los contra, puede rechazar la idea o transformarse en;
- **Resolución:** se decide a cometer el delito. En esta etapa puede ponerse de acuerdo con otros para llevar adelante la conducta ilícita.

b) **Fase externa**, compuesta de:

- **Principio de exteriorización de la voluntad hasta el momento de consumación o frustración** del delito: realiza la actividad para cometer el ilícito (abarca los actos preparatorios y los actos ejecutivos). Sólo los actos ejecutivos son, por principio, punibles.
- **Consumación o frustración:** donde el efecto buscado ha sido realizado –se consuma- o no –se frustra-. Punible.

I.2. CONCEPTO DE TENTATIVA:

- “Es la ejecución frustrada de una determinación criminosa” (Impallomeni)
- “Es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la irrealización del resultado” (Giuseppe Maggiore).

Sin embargo a estas definiciones no poseen todos los elementos que nos brinda el concepto legal del artículo 42 del Código Penal que dice: “*El que con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad*”.

La figura de la tentativa no constituye un delito distinto e independiente, es, más bien una ampliación de la imputación delictiva perfecta –consumación- que cada delito representa.

I.3.FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA, TEORÍAS:

I.3.1.Tesis de la Peligrosidad del Sujeto:

La tentativa es punible porque el delincuente, aunque no consume el delito tentado, con su accionar criminal, ha revelado su grado de peligrosidad social, fundamento último del castigo de la norma penal.

Esta teoría es defendida por los autores de la escuela Positivista Criminológica Italiana.

Este fundamento de punibilidad es inaceptable de acuerdo al “Principio de Culpabilidad” que expresa que sólo puede aplicarse la pena cuando **es posible culpar** al que la sufre del hecho que la motiva, **que es el sistema que sostiene nuestra Constitución Nacional.**

El Sistema Constitucional Argentino es incompatible con una teoría de la peligrosidad que haga hincapié, más que en la culpabilidad en concreto, en la peligrosidad del sujeto, como condición previa y determinante del fundamento de la pena –**sería aplicar la sanción a alguien por lo que “es” y no por lo que “hizo”-**.

I.3.2.Tesis Objetiva:

Para esta teoría el fundamento del castigo de la tentativa es **la puesta en peligro, con el accionar del autor, del bien jurídico protegido.**

Cuando se habla de bien jurídico protegido se hace referencia al derecho que mira cada delito, aunque no se cause daño alguno a ese derecho con dicha infracción, -como es el caso de los delitos de peligro-.

Esta posición, desde el punto de vista metodológico, es absolutamente compatible con todos los esquemas doctrinarios, aun el subjetivismo más agudo que, a fin de cuentas, debe terminar recurriendo, aunque en modo elíptico, a la “puesta en peligro” del bien jurídico para completar válidamente su ecuación.

Esta es la tesis que defienden Carrara y Nuñez, entre otros.

I.3.3.Tesis Subjetiva.

Esta postura tuvo mucha incidencia en la doctrina alemana, respecto de ella se dice que: *“En una tentativa no consumada el delincuente activa su intención criminal al igual que en un intento exitoso, por ello es que la tentativa no consumada es punible, de*

acuerdo con la teoría subjetiva. Sobre todo porque los elementos subjetivos en el hecho tentado se encuentran presentes de la misma manera que en el caso del delito consumado, por ello considera la teoría subjetiva que ambos son merecedores de castigo. En consecuencia, existe un pena más leve si se trata de una tentativa inadecuada”¹ –la negrita me pertenece-.

Esta teoría es, principalmente, sostenida por los autores finalistas.

I.3.4. Teoría de la Impresión –eindrucksthorie-:

En la doctrina alemana también se le llama teoría mixta y el fundamento del castigo de la tentativa reside en la **impresión** que causa en los miembros de la comunidad la conducta del delincuente contraria a Derecho.

Para esta teoría, **el delito ataca o sacude la confianza de la comunidad en la validez del sistema jurídico y la sensación de seguridad jurídica**, trayendo como consecuencia que la paz social pueda verse seriamente afectada².

En la actualidad, en Alemania, ésta es la tesis dominante.

I.3.5. Tesis de Zaffaroni –Temor del Derecho por el Sujeto Pasivo-:

Como el Derecho Penal comporta un proyecto de “autorrealización personal”, el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el **“temor” del Derecho, porque la conducta delictiva afecte el plan de autorrealización del sujeto pasivo.**

En la tentativa, se da igual este “temor del Derecho” que en el delito consumado, pero en una menor intensidad, debido a que no se perpetró la finalidad del autor –consumación-, por eso la tentativa debe ser castigada más levemente.

I.4. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA PUNIBLE:

La tentativa consta de tres **elementos**:

-

¹ FREUND, Georg: “Der Versuch als Straftat” -Seminar zum Straf und Strafprozessrecht-; Sommersemester 2001, publicado online en: www.prof-freund.de/material/ss01/seminar/sem3.rtf. La traducción es: “La tentativa como hecho delictivo – Seminario sobre la Pena y Derecho Procesal Penal”.

² Conf. FREUND, Georg: Op. Cit.

- **fin del autor** de cometer un **delito determinado**;
- **comienzo de ejecución**;
- **no consumación por causas ajenas a su voluntad.**

I.4.1.Fin del Autor –Elemento Subjetivo-:

- Se habla sólo de **DOLO** y se excluye la figura culposa de la tentativa;
- El dolo está dirigido a la comisión de un delito determinado-dolo directo-;
- El elemento subjetivo **no exige premeditación**, por lo tanto es compatible con el “dolo de ímpetu”;
- Se acepta en forma mayoritaria sólo el dolo directo, **y se excluye la posibilidad de tentativa cometida con dolo indirecto o eventual** –Zaffaroni acepta la posibilidad del dolo eventual, cuando el delito así lo admite³-.

I.4.2.Comienzo de Ejecución:

Esta fórmula distingue los actos “preparatorios” –impunes- de los “de ejecución” que sí resultan punibles.

Actos preparatorios: es la etapa por la cual el autor del delito realiza las investigaciones previas, se procura de los materiales y despliega la conducta necesaria para llevar a cabo los “actos ejecutivos” que son los que forman parte de la tentativa punible. Los actos preparatorios se encuentran en relación “indirecta” con el delito. Los actos preparatorios son impunes.

Actos ejecutivos: Se encuentran en una relación directa con el delito, son punibles, puesto que constituyen el proceso ejecutivo de la tentativa.

Existen diferentes teorías para conceptualizarlos, y las principales son:

1) **Corriente**: Formal – objetiva.

Principales expositores: Ernest Von Beling, Sebastián Soler.

³ ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” –Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, tomo IV, págs. 432 y 433.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. Se dice que opera la fórmula “comienzo de ejecución” cuando **se da inicio** al desarrollo de alguna de las hipótesis que prevé el “**núcleo del tipo**” específico – por ejemplo: **robo (comenzar a ejercer violencia)**, estafa (promover el error), etc.- **no existe “tentativa”, sino “tentativas”,** habrá que estarse a cada delito específico. Beling agrega los “**complementos de acción**” que completan el concepto -fuerzas de la naturaleza, 3ro inocente, 3ro. cómplice y la propia conducta-.

2) **Corriente:** Material-objetiva.

Principales expositores: Frank, Mezger, Mayer y Frías Caballero.

Comienzo de la tentativa: El primer criterio de delimitación, al igual que la tesis formal-objetiva, **comienza por el tipo** -mas este es insuficiente-. La tentativa se extiende a aquellos actos en los que, **sin ser típicos**, se “**rompe el estado de paz del bien jurídico protegido**” -se lo **comienza a poner en peligro**-. Este momento se determina de acuerdo a la “**naturaleza de las cosas**” –fórmula de Frank- o al “**peligro inminente**”; hay que estar a cada caso concreto.

3) **Corriente:** Objetivista - individual

Principales expositores: Welzel, Zaffaroni, Sancinetti

Comienzo de la tentativa: El límite de los actos ejecutivos está dado por el **tipo penal específico** -requisito objetivo junto con “**plan del autor**” -requisito subjetivo. El comienzo de la tentativa no es el comienzo de la acción típica, sino que abarca aquellos actos, que, **según el plan del autor**, son **inmediatamente anteriores** al inicio de ejecución de las acciones típicas.

4) **Corriente:** Objetiva-subjetiva.

Principales expositores: Ricardo C. Nuñez.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. Los actos ejecutivos poseen dos elementos esenciales: a) **material –idoneidad para consumir el delito-** y b) **subjetivo -intención del autor o ánimo de consumir-**. El elemento material exterioriza el intencional. En los actos preparatorios -impunes-, las acciones exteriorizan un ánimo distinto –disponer cosas o personas para que sirvan al efecto del delito o desenvolver conductas tendientes a llevarlo a cabo-.

Esta tesis “*atiende al significado de los actos, considera que hay comienzo de ejecución si el autor realiza actos demostrativos de que ha puesto en obra su finalidad delictiva*”⁴.

El comienzo de ejecución no comprende sólo los comportamientos típicos, en sentido propio; sino también aquellos que, si bien no son adecuados por sí mismos para consumir el delito, tienen una conexión directa con la conducta típica y **demuestran la finalidad del autor de cometer un delito determinado** –se deduce del sentido de los mismos-.

I.4.3. No consumación por causas ajenas a la voluntad del autor:

Este tercer requisito está emparentado con el artículo 43 del C.P. que contempla la impunidad de la tentativa a través del desistimiento voluntario del autor.

La involuntariedad del agente implica que la consecución del fin pueda haberse malogrado por:

- **Impedimentos objetivos:** el resultado no acaece por la acción de terceros, o de la víctima, o de la autoridad, o de razones fácticas –circunstancias externas-;
- **Impedimentos subjetivos:** son aquellos que operan moralmente en el autor -autor de resultar mordido por el perro que custodia la casa-.

Los impedimentos pueden conceptualizarse como todas aquellas circunstancias objetivas o subjetivas extrañas a la voluntad del autor que lo obligan a decidir la interrupción o aborto de la acción delictiva o que frustran su expectativa criminal.

I.5. IMPUNIDAD DE LA TENTATIVA –DESISTIMIENTO VOLUNTARIO-:

El art. 43 del C.P. dice: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

⁴ NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, Marcos Lerner -Editora Córdoba-, 4ª reimpresión, Cba. , 1987, pág. 268.

- El desistimiento implica **cambio definitivo de actitud** respecto a la finalidad de consumir el delito –no suspender la acción, por ejemplo-;
- El desistimiento **debe ser voluntario** –no forzado por las circunstancias, producto de la voluntad libre-;
- No invalidan la voluntariedad del desistimiento el “**temor a la pena**” –obediencia al Derecho- o el escuchar un consejo – no espontáneo-;
- El desistimiento no implica necesariamente arrepentimiento del autor.
- El desistimiento voluntario es una **excusa absolutoria** –el acto ha sido típico, antijurídico y culpable, pero no es punible-;
- Debe ser anterior a la consumación –si el resultado típico se realizó, no opera la excusa absolutoria, por ejemplo, si el herido por el disparo ya falleció-;
- El desistimiento favorece al instigador o al cómplice que hubiesen logrado que el autor desistiera de la ejecución o evitado que el delito se consumase o que hubiesen **contribuido eficazmente** para el logro de esos efectos.

I.6. PENA DE LA TENTATIVA:

Se toma una escala penal “en abstracto” y es la que correspondería al delito consumado de que se trate disminuía en **UN TERCIO EN SU MÍNIMO y LA MITAD DE SU MÁXIMO**.

Excepciones a este principio son:

- Cuando para el delito consumado correspondiere reclusión perpetua; la pena de la tentativa será de quince a veinte años (art. 44 C.P.);
- Si la pena fuere de prisión perpetua, de diez a quince años (art. 44 C.P.);
- Cuando la pena consistiere en inhabilitación absoluta perpetua.

II. DELITO IMPOSIBLE:

II.1.CONCEPTO:

“Se entiende por delito imposible aquella acción que, aunque realizada por el actor con el dolo de perpetrar un delito, la cual, en su representación, es idónea para

ello, conceptualmente, bajo ninguna circunstancia hubiera podido conducir a la consumación, por inidoneidad absoluta de los medios, del objeto o del sujeto” (Politoff)⁵.

“El delito es imposible si los actos ejecutivos de la finalidad delictiva del autor, ignorándolo éste, son inidóneos para consumir el delito” (Nuñez)⁶

El delito imposible carece de comienzo de ejecución típica a diferencia de la tentativa –no se da inicio a ninguna acción penalmente relevante-.

II.2. ELEMENTOS DEL DELITO IMPOSIBLE:

- **Finalidad delictiva** del autor;
- **Inidoneidad del comportamiento** para consumir el delito que se propuso –la inidoneidad puede ser **absoluta** (para todo caso) o **relativa** (para el caso concreto) , la primera está subordinada a la segunda-;
- **Creencia errónea** del autor.

II.3. DELITO IMPOSIBLE Y ATIPICIDAD:

El delito imposible hace referencia a los supuestos de “**imposibilidad de hecho del objeto del delito**”, esto se refiere a causas meramente accidentales, independientes de la voluntad del agente, que se dan en el hecho concreto y que “fortuitamente” –en este caso- impiden la consumación del delito –ej: ladrón que introduce la mano en bolsillo vacío-.

Distinto es el caso de **la atipicidad** de la conducta, que se relaciona con los supuestos de “**imposibilidad de derecho del objeto del delito**” –no se trata aquí de elementos “fortuitos” impeditivos; sino que la acción desplegada por el autor jamás podría haber desembocado en la realización de la figura típica-.

El ladrón podría, utilizando el ejemplo propuesto arriba, haber introducido la mano en el bolsillo donde se encontraba la billetera; lo que nunca podría ocurrir es, por ejemplo, “matar a un cadáver” –la conducta orientada en esta última dirección no se enmarca dentro del delito imposible, sino que es un caso de atipicidad-.

⁵ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: “Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración” –Estudio de Dogmática Penal y De Derecho Penal Comparado- , Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 109.

⁶ NUÑEZ, Ricardo Cayetano: Op. Cit., pág. 275.

La atipicidad, por aplicación del principio “*nullum crimen, nulla poena sine previa lege poenali*” es **impune** y no encuadra dentro de la hipótesis prevista por artículo 44 C.P. como delito imposible.

La atipicidad puede provenir de:

- **defecto del autor** en su comportamiento –no es funcionario público y pretende cometer abuso de autoridad (248 C.P.);
- **defecto del medio** utilizado –pretende estafar sin ardir (172 C.P.);
- **defecto del objeto** –como dijimos, pretende asesinar a un cadáver-;
- **defecto respecto de las relaciones especiales o temporales exigidos por el tipo** de delito que el autor pretende realizar:-se hace, generalmente, referencia a “estados de guerra” y un ejemplo sería aquel que creyendo que la Nación se encuentra en guerra, realiza actos de traición en contra de una potencia “aliada” (218 C.P.).

II.4. CASTIGO DEL DELITO IMPOSIBLE:

Cuando habla de reducirse la pena “a la mitad”, hace referencia **a la mitad del mínimo y la mitad del máximo correspondiente a la escala de la tentativa** –no la del delito consumado-. También puede aplicarse el **mínimo legal** o **eximirse de pena** en razón del **grado de peligrosidad exhibido** por el delincuente **mediante su hecho**.

II.5. INCONSTITUCIONALIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE:

Quienes postulan la supresión de esta figura por inconstitucionalidad sostienen que viola el “**Principio de Culpabilidad**”, al hacerse hincapié, no en la culpa, sino en la peligrosidad del autor; agrediéndose también el “Principio de Lesividad” del artículo 19 C.N., en atención a que el “delito imposible” carece de la entidad suficiente para poner en jaque el bien jurídico protegido que protege la norma penal que quiso ser violada por el autor, por lo tanto jamás puede ir acompañado de pena de ninguna especie y su solución correcta es la impunidad; sin perjuicio de que pueda corresponder, para el caso concreto, una medida de seguridad.

III. BIBLIOGRAFÍA:

- * CAVALLERO, Ricardo Juan: “El Delito Imposible” – La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino-, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983.

- * DE LA RUA, Jorge: “Codigo Penal Argentino” -Parte General-, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1997.

- * DE LA RUA, Jorge: “La Pena de la Tentativa en el Código Penal”, J.A., T. 1965 – I, Sección Doctrina, pág. 70 y ss.

- * FREUND, Georg: “Der Versuch als Straftat” -Seminar zum Straf und Strafprozessrecht-; Sommersemester 2001, publicado online en: www.prof-freund.de/material/ss01/seminar/sem3.rtf. Traducción del alemán al castellano por parte del autor de este trabajo.

- * FRIAS CABALLERO, Jorge: “El Proceso Ejecutivo del Delito”, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1944.

- * GONZALEZ ROURA, Octavio: “Derecho Penal” -Parte General-, Valerio Abeledo Editor, Bs. As., 1922, T. II.

- * MAGGIORE, Giuseppe: “Derecho Penal”, T. II, Temis-Depalma, Bogotá, 1954.

- * MALO CAMACHO, “Tentativa del Delito” -con referencias de derecho comparado-, Universidad Autónoma de México -Dirección de Publicaciones-, primera edición, México D.F., 1971.

- * NUÑEZ, Ricardo C.: “Derecho Penal Argentino”, de. Bibliográfica Argentina Omeba, Bs. As., 1960, T. II.

- * NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, Marcos Lerner -Editora Córdoba-, 4ª reimpresión, Cba. , 1987

* NUÑEZ, Ricardo C. : “El Castigo del Delito Imposible”; LL. T. 90, 1958, págs. 602 y ss.

* PERETTI ÁVILA, Diego A.: “Esquema de la Tentativa”, publicación online: www.scribd.com/doc/51832794/Esquema-de-la-Tentativa.

* POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: “Los Actos Preparatorios del Delito. Tentativa y Frustración” –Estudio de Dogmática Penal y De Derecho Penal Comparado- , Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

* SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, 1ra. Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1951, T. II.

* ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” -Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, T. IV.