



TRABAJO FINAL DE GRADO

**LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL
CRITERIOS PARA LA REDUCCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENA**

Rivarola, Pablo Mauricio.

DNI: 31.747.043

Abogacía.

2019



“Las buenas costumbres, y no la fuerza, son las columnas de las leyes, y el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad”.

Simón Bolívar. General venezolano.



Agradecimientos y dedicatoria.

A mis padres y familiares, pilares fundamentales en todas las etapas de mi vida.

A mi hija Tiziana, por tanto amor, comprensión, cariño y acompañamiento a lo largo de la carrera.

A mis amistades de toda la vida por el apoyo incondicional.

A todos los compañeros de estudio y quienes sin conocerlos, por el apoyo a distancia fueron de gran motivación y ayuda.

A los profesores y tutores que me acompañaron a lo largo de la carrera.

A la Universidad Siglo 21 por la oportunidad de poder formarme como profesional.

Eternamente agradecido.



Resumen:

El Código Penal Argentino establece en el art. 42 que habrá tentativa cuando “el que con el fin de cometer un delito, comenzare su ejecución y no lograre consumarlo por razones ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44”, con lo que se puede denotar que se castiga no solo a las conductas consumadas, sino también a aquellas que intentan causar un daño o ponen en peligro los bienes jurídicamente protegidos en la normativa, entendiendo que solo puede producirse la tentativa en los delitos dolosos, no así en los culposos.

En el presente trabajo de investigación se analizará el art. 44 del Código Penal, cuya fragmento de la normativa estipula que “la pena que correspondería al agente, si hubiere cometido el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad...”, donde nos encontramos con una problemática jurídica a la hora de determinar la escala penal aplicable en la tentativa de delitos sometidos a penas divisibles en razón de tiempo, confrontándolo con el principio constitucional *In dubio pro reo* que establece que en caso de duda se favorecerá al acusado.

Palabras claves: Delitos tentados, Derecho Penal, reducción de la pena, extinción de la pena, proporcionalidad de la pena, igualdad ante la ley.



Abstract:

The Argentine Penal Code establishes in art. 42 that there will be an attempt when "the one who, for the purpose of committing a crime, will begin his execution and will not be able to consummate it for reasons beyond his control, will suffer the penalties determined in article 44", with what can be deduced that it is punished not only to the consummated behavior, but also to those that attempt to cause damage or endanger the legally protected assets in the regulations, understanding that only the attempt can be made in the intentional crimes, not in the wrongful ones.

This research work will analyze the art. 44 of the Criminal Code, whose fragment of the regulations stipulates that "the penalty that would correspond to the agent, if he had committed the crime, will be reduced by one third to half ...", where we have a legal problem when determining the criminal scale applicable in the attempt of crimes subjected to divisible penalties in time, confronting it with the constitutional principle *In dubio pro reo* that establishes that in case of doubt the accused will be favored.

Keywords: Tempted crimes, Criminal Law, reduction of punishment, termination of sentence, proportionality of punishment, equality before the law.



Índice:

Introducción General..... 8

CAPÍTULO 1: NOCIONES GENERALES..... 13

 1.1. Introducción parcial..... 14

 1.2. El instituto de la tentativa..... 14

 1.3. Clases de tentativa..... 17

 1.3.1. Tentativa idónea e inidónea..... 17

 1.3.2. Tentativa acabada e inacabada..... 18

 1.4. El desistimiento voluntario de la consumación del delito..... 19

 1.5. Límites entre actos preparatorios y ejecutivos en delitos tentados..... 21

 1.5.1. El *iter criminis*..... 22

 1.5.2. La ideación..... 23

 1.5.3. Actos preparatorios..... 23

 1.5.4. Comienzo de ejecución..... 24

 1.6. Tipos de delitos a los que puede aplicarse la tentativa..... 26

 1.7. Conclusión parcial..... 28

CAPÍTULO 2: INTERPRETACIÓN Y FUNDAMENTOS DE PUNIBILIDAD DE DELITOS TENTADOS..... 31

 2.1. Introducción parcial..... 32



2.2.	Interpretación de la ley penal.....	32
2.2.1.	Clases de interpretación.....	33
2.2.2.	Reglas que rigen la interpretación penal.....	34
2.3.	La función de la pena en el derecho penal.....	35
2.3.1.	Concepto de la pena.....	35
2.3.2.	La Naturaleza y fin de la pena.....	36
2.4.	Fundamento de la punibilidad en casos de delitos tentados.....	40
2.4.1.	Teoría objetiva.....	40
2.4.2.	Teoría subjetiva.....	42
2.4.3.	Teoría de la impresión.....	43
2.5.	Conclusión parcial.....	43
CAPÍTULO 3: LA CUANTÍA DE LAS PENAS EN LOS DELITOS TENTADOS Y LA AFECTACIÓN A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.....		46
3.1.	Introducción parcial.....	47
3.2.	Reducción de pena en casos de delitos que arriesgan prisión perpetua.....	48
3.3.	Reducción de pena en caso de tentativa inidónea o delito imposible.....	49
3.4.	Reducción de pena cuando el delito arriesga pena divisible en razón del tiempo.....	51
3.5.	Interpretaciones doctrinarias de la reducción de pena divisible en razón del tiempo.....	52
3.5.1.	El sistema de doble mensuración.....	52



3.5.2.	La doctrina Villarino.....	53
3.5.3.	La postura de deducir 1/3 del mínimo y la mitad del máximo.....	56
3.5.4.	Otras posturas.....	58
3.6.	Antecedentes jurisprudenciales.....	59
3.7.	Intentos de modificación del Código Penal Argentino.....	61
3.8.	Principios constitucionales relacionados.....	62
3.8.1.	Principio de igualdad ante la ley.....	63
3.8.2.	Principio de legalidad.....	65
3.8.3.	Principio de Proporcionalidad de las penas.....	67
3.8.4.	Principio <i>In dubio pro reo</i>	68
3.9.	Conclusión parcial.....	71
	Conclusión final.....	75
	Referencias:.....	80
	Doctrina:.....	80
	Legislación:.....	83
	Jurisprudencia:.....	83



Introducción General.

El estudio que compete a este trabajo final radica en analizar el instituto de la tentativa en el derecho penal y las penas a las que estará sujeto el autor de un delito tentado. La tentativa se encuentra tipificada y definida en el art. 42 del Código Penal (C.P.) y la reducción de la pena de los delitos sujetos a penas divisibles en razón del tiempo es regulado en el art. 44 del C.P., cuya redacción originaria se ha mantenido sin modificaciones desde el año 1921, con la entrada en vigencia del código ritual, hasta la actualidad. Respecto a ello, se ha visto como a lo largo de los años, prestigiosos juristas han denotado la problemática que surge en la interpretación del artículo 44 del C.P., basado en la redacción ambigua del mismo, por lo que en los múltiples intentos de actualización de dicho código se ha procurado modificar el artículo en mención para darle claridad al artículo, no logrando consenso en las múltiples interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

La relevancia del trabajo de investigación se basa en que a la mayoría de los delitos estipulados en el Código Penal argentino puede aplicársele dicho instituto y en caso de no ser contestes las interpretaciones del artículo 44 del C.P., podría atentarse contra la libertad de las personas.

En efecto, la problemática a la que se hace referencia surge a la hora de que los jueces, en sus respectivos fallos, al aplicar la reducción de la pena en caso de delitos tentados, han de discrepar en los criterios de interpretación del artículo 44 del código ritual, con la falencia de someter a diferentes escalas penales a personas que han cometido el mismo delito tentado, ya que no estarían en concordancia con principios constitucionales como el de igualdad ante la ley y de



legalidad. En base a lo expuesto, se propone la siguiente pregunta investigativa: ¿El juez cuenta con criterios claros para determinar cuál sería la escala penal adecuada a aplicar en los delitos tentados sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, teniendo en cuenta la no afectación a principios fundamentales de rango constitucional en la República Argentina?

En cuanto al objetivo general del presente trabajo de investigación, éste se centrará en analizar si el juez cuenta con criterios claros para determinar cuál sería la escala penal adecuada a aplicar en los delitos tentados sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, teniendo en cuenta la no afectación a principios fundamentales de rango constitucional en la República Argentina.

Por otro lado, entre los objetivos específicos que atañen a la temática, se evaluarán las teorías esbozadas que fundamentan la punición de la tentativa, las consecuencias de aplicar interpretaciones diferentes al efectuarse la reducción de la escala penal en casos de los delitos tentados, teniendo en consideración y evaluando las distintas corrientes de interpretación doctrinaria y jurisprudencial que han surgido para aplicar la reducción de la pena y las críticas que han surgido al respecto, como así también se examinarán los intentos de modificación del artículo en estudio.

Además, se estudiarán principios constitucionales fundamentales de aplicación al derecho penal argentino, como lo son el principio de igualdad ante la ley, de legalidad y proporcionalidad de las penas, como así también se aludirá a un principio constitucional denominado *in dubio pro reo*, a fin de establecer si la interpretación que la doctrina y jurisprudencia le ha dado al art. 44



del C.P. ha podido servirse de este principio para aplicarlo a cuestiones de derecho como en éste caso y que el mismo sea interpretado en lo más favorable al acusado.

Respecto de la hipótesis, se sostiene que el juez no cuenta con criterios claros para determinar cuál sería la escala penal adecuada a aplicar en los delitos tentados sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, con lo cual en las múltiples sentencias heterogéneas que lleven a cabo los magistrados, se atentará contra principios fundamentales establecidos en la Constitución Nacional de la República Argentina, como lo son el de igualdad ante la ley y de legalidad, además de ir en contra de un derecho radical como lo es la libertad de las personas, volviendo inverosímil el principio de seguridad jurídica.

Lo planteado se evidencia en que dependiendo de la postura que adopte un magistrado en el caso concreto sometido a su jurisdicción, se le aplicará al incuso que cometió un delito tentado determinado, una pena que podrá no ser conteste con la resolución que adopten otros jueces que se inclinen por posturas diferentes para juzgar a diversos individuos en jurisdicciones diferentes o incluso en la misma jurisdicción, pero cuyo juzgamiento sea realizado por otro juez. En dichos supuestos la sanción ya no dependerá de lo establecido en el código de fondo, como lo establece el principio de legalidad, sino de la discrecionalidad del juez de turno. Incluso el mismo juez puede adoptar una postura para determinar la penalidad de la tentativa en un caso traído a su conocimiento, y en otro diferente adoptar otra postura, todas ellas situaciones que atentan contra garantías constitucionales dispuestas en el estado de derecho argentino.

Respecto a la metodología de investigación acogida, se utilizará el tipo de estudio descriptivo y como estrategia metodológica la cualitativa. Ello basado en que el problema de



investigación planteado apunta a explorar los diferentes criterios doctrinarios y jurisprudencias tenidos en cuenta a la hora de resolver la temática, con fundamentos a favor y en contra respecto de las diferentes posturas.

Además, se analizarán diversas fuentes primarias como lo son las sentencias, fallos y legislación en sus diferentes niveles, por lo que serán de utilidad la gran cantidad de jurisprudencia que atañe al tema con la discrepancia a la que han arribado los jueces, como así también el Código Penal y los intentos de modificación del mismo. Respecto a las fuentes secundarias, en la presente investigación se utilizarán doctrina atinente al caso de prestigiosos juristas como así también comentarios a los fallos, tesis y ponencias. A la vez se analizarán fuentes terciarias que provengan de distintas revistas jurídicas especializadas, de noticias publicadas en periódicos, videos de congresos que refieran al tema, entre otros, utilizando como técnica de recolección y análisis de datos el análisis documental y de análisis de contenido.

Las técnicas que se utilizarán en la presente investigación será el análisis documental, el cual supone el análisis de fuentes primarias, secundarias y/o terciarias que den cuenta del hecho o instituto jurídico bajo estudio y con las técnicas empleadas se recurrirá al análisis de casos, específicamente de jurisprudencia nacional, teniendo en cuenta como se ha interpretado el artículo 44 del C.P. en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los tribunales inferiores, como así también de la doctrina elaborada con el transcurso de los años respecto a la temática.

Respecto a la estructura del presente trabajo de investigación, el mismo cuenta con tres capítulos, donde en el primero de ellos, se adentrará en la temática, haciendo referencia a



conceptos fundamentales, se explicitará los supuestos en que es aplicable la tentativa a los diversos delitos estipulados en la codificación actual, como así también la diferenciación entre actos preparatorios no sujetos a pena y actos ejecutivos en los cuales será de aplicación la reducción de penas, objeto del presente estudio.

En el Capítulo 2, se establecerá la motivación en la que se basa la imposición de penas privativas de libertad, se describirán las bases que deberán tenerse en cuenta a la hora de interpretar la ley penal, a fin de lograr desentrañar el alcance y sentido dispuesto por el legislador al momento de redactar el artículo en estudio y se hará ahínco en los fundamentos de la penalización de delitos no consumados.

En el Capítulo 3, se describirá la problemática suscitada al momento de aplicar la reducción de la pena en los delitos tentados y se analizarán las diversas posturas tenidas en cuenta para la reducción de la escala penal la tentativa de delitos sometidos a penas divisibles en razón de tiempo, haciendo referencia a casos emblemáticos y las diferentes resoluciones que le ha dado la jurisprudencia a la temática, tanto a nivel provincial como nacional, como así también se analizarán los principios constitucionales a los que se hará referencia y que tendrán concordancia con el estudio llevado a cabo.

Para finalizar este trabajo final de grado se realizará una conclusión con los puntos finales trabajados durante el mismo, como así también la resolución de la hipótesis planteada siempre teniendo en cuenta la normativa argentina y las posiciones doctrinarias planteadas.



CAPÍTULO 1: NOCIONES GENERALES.



1.1. Introducción parcial.

El objetivo de éste primer capítulo es adentrar al lector en la temática tratada, por lo que primeramente se desarrollarán conceptos básicos para el entendimiento del presente trabajo de investigación, estableciendo las diferencias entre conductas realizadas por una persona que no están sujetas a pena y acciones que presentan un comienzo de ejecución delictiva, pero su consumación no es posible por circunstancias ajenas al agente, encontrando en dicho supuesto al instituto en estudio, como así también se explicitará los delitos a los que son aplicables el instituto de la tentativa para entender la importancia del mismo en el Derecho Penal.

1.2. El instituto de la tentativa.

La palabra tentativa es definida por la Real Academia Española como “la acción con la que se intenta, experimenta, prueba o tantea algo”¹. Al hablar de tentativa en el plano del derecho penal, se entiende que la misma “es una acción que infringe el deber y que no produce el resultado típico. Sin embargo, resulta legítimo su castigo, toda vez que en el autor de tentativa también concurre el fundamento de su punibilidad: la expresión del no reconocimiento de la norma.” (David, 2016, pág. 302)

En el proyecto Tejedor para la redacción del Código Penal vigente se definió genéricamente a la tentativa estableciendo que “hay tentativa siempre que con la intención de cometer un crimen, se ejecutan actos exteriores que tienen por objeto la consumación o preparación de ese crimen”. (Grisetti & Romero Villanueva, 2018, pág. 996)

¹ <https://dle.rae.es/?id=ZUJIAd2>



Se concibe entonces a la tentativa como un grado de ejecución del delito y a la vez un delito, por ello una acción es punible no solamente cuando concurren todas las circunstancias que conforman el tipo objetivo y subjetivo, sino también cuando falta alguno de los elementos requeridos por el tipo objetivo, por lo que se sostiene que la tentativa constituye un delito incompleto, pero no por la ausencia de sus requisitos típicos estructurales, sino porque los mismos no han podido ser realizados en el tiempo por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. En estos casos aparece la tentativa como un delito, con todos los elementos consubstanciales a éste, según la dogmática del Derecho del cual dichos elementos emanen. (Gonzalez, 2002)

En consecuencia, podemos afirmar que un delito tentado surge de la fusión de dos normas, la que prevé un delito en particular y la consagrada en los casos de tentativa, la que surge en los presupuestos de ciertas clases de delitos, generalmente los dolosos. A tal fin, señala Zaffaroni (2002) que:

La tentativa de delito es una acción objetiva y subjetivamente típica del respectivo delito, aunque a la vez diferente, en función de un dispositivo amplificador de la tipicidad que permite captar la acción en su dinámica desde el comienzo de su ejecución y hasta que se completa la tipicidad del delito. Se trata de un delito incompleto en orden a que aún no ha sido integrado totalmente, pero no por la ausencia de caracteres típicos estructurales, sino porque éstos aún no se han realizado en el tiempo. No hay un delito de tentativa sino tentativas de delitos, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo. (p. 809)



Viene a cuentas subrayar que los actos u omisiones que constituyen a la tentativa como conducta típica, se vinculan íntimamente a los de la estructura típica del delito consumado, pues sólo así puede producirse un marco jurídico de concreción de lo justo o injusto que salvaguarde el principio de estricta tipicidad en los delitos. No se sanciona el querer consumir un delito, sino a la conducta que por sí misma entrañe la concreción de los actos u omisiones que constituyen el verbo o núcleo de un delito en particular, de tal suerte que por esta vía se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma que subyace en el tipo del delito de que se trate. La voluntad del agente, como voluntad de consumir el delito a cuya esfera ingresó con sus actos, es vínculo para afirmar la culpabilidad, pero no es base primaria para proclamar la tipicidad ni la antijuricidad de la conducta en el delito tentado. (González, 2002)

Basándose en las acepciones de la tentativa, y teniendo en cuenta la definición establecida en el artículo 42 del Código penal Argentino que establece que “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo número 44”², se entiende que estaremos en presencia de un delito tentado, cuando la acción típica realizada por una persona no llegue a consumarse, pero que hubo un comienzo de ejecución del delito que se trate, materializado en actos llevados a cabo por ésta, que tuvo intenciones de concretar el mismo, pero no logró hacerlo por circunstancias que le son ajenas, y al poner en peligro un bien jurídico, es que este tipo de acción estará sujeto a pena, siempre y cuando haya realizado una actividad peligrosa idónea para causar la consumación.

² Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, Artículo 42.



1.3. Clases de tentativa.

Entender las diferencias entre clases de tentativa resulta fundamental, ya que dependiendo de la clase en la que estemos inmersos, el hecho podrá estar sujeto o no a pena. Dentro del instituto de la tentativa, encontramos por un lado la tentativa idónea e inidónea y por el otro la tentativa acabada e inacabada que se describen a continuación.

1.3.1. Tentativa idónea e inidónea.

La diferencia primordial entre tentativa idónea e inidónea es que la primera presenta capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley y por ende estará sujeta a las penas previstas para la tentativa en el artículo 44 del C.P., donde dependiendo del tipo de delito que se trate, la penalización fluctuará en la reducción de pena establecida en el primer y segundo párrafo.

En este caso, “el delito ha sido subjetivamente consumado, es decir, lo es con relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es, con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que hubiera perjudicado” (Soler, 1853, pág. 225).

Por otro lado, en la tentativa inidónea los actos realizados por el agente no poseen la capacidad suficiente para lesionar el bien jurídico protegido, pero sin embargo, en principio estará sujeto a pena basado en el dolo tenido en cuenta por el actor en la intencionalidad de lesionar un bien jurídico protegido, lo que no ocurrió porque los medios o el objeto eran inadecuados para producir el peligro o lesión, pero de todas formas debe castigarse basado en la peligrosidad del sujeto. (Ledesma, 2004)



En el tercer párrafo del artículo 44 del C.P., se establece la penalización en el supuesto de tentativa inidónea, denominada también delito imposible, estableciendo que “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”³, donde se puede denotar que la reducción de pena o incluso la extinción de la misma, se basa en la peligrosidad desplegada por el agente, por lo que la imposición de pena va a quedar sujeto a las circunstancias fácticas acontecidas y la discrecionalidad del juez en cada caso en particular.

1.3.2. Tentativa acabada e inacabada.

La diferenciación entre estas distinciones de tentativas y las descritas anteriormente radica en que en la tentativa idónea e inidónea, se basa en el aspecto subjetivo del hecho acaecido, es decir en el comportamiento externo llevado a cabo por el delincuente para la concreción del resultado lesivo, mientras que en la tentativa acabada e inacabada, la diferenciación se basa en el aspecto objetivo del delito, es decir que habrá tentativa acabada cuando éste lleve a cabo actos objetivamente adecuados para producir el resultado, mientras que en el segundo caso, no se han realizado la totalidad de casos necesarios para producir el fin, la tipicidad dispuesta en la norma del delito que se trate.

Romero Villanueva (2018) entiende que la diferencia entre tentativa acabada e inacabada radica en que “La primera es aquella en que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico. La segunda es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica”. (p.1006)

³ Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, Artículo 44, 3º párrafo.



Righi (2008) explica la diferenciación entre ambas clases de tentativa, mencionando en que el caso de la tentativa inacabada, hay un comienzo de ejecución del plan delictivo, cuyo resultado deseado se obtendrá mediante la realización de etapas sucesivas, y falta alguno de los actos como para poder llevar a cabo la consumación, como sería el hecho de colocar un artefacto explosivo, el cual debe activarse personalmente luego de una hora, mientras que en el caso de la tentativa acabada, se realiza todo lo necesario para la consumación del delito, restando la producción del resultado, como sería colocar una bomba que se accionará automáticamente luego de transcurrida una hora.

1.4. El desistimiento voluntario de la consumación del delito.

Un instituto relacionado con la tentativa en el derecho penal, es el desistimiento voluntario en la consumación de un delito, cuya distinción resulta sustancial, ya que a diferencia de la tentativa, en estos casos, no se estará sujeto a pena.

Este instituto se encuentra regulado en el artículo 43 del Código Penal que establece que “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”⁴. En este caso, el autor debe haber tenido un comienzo de ejecución del delito, puesto que los actos preparatorios no constituyen delito en el ordenamiento legal argentino basados en principios constitucionales como el de reserva y legalidad establecidos en el artículo 19 de la carta magna⁵,

⁴ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 43.

⁵ Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430. Artículo 19. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe”.



que en resumidas cuentas, establece que no se pueden castigar ideas, pensamientos, que no superen la esfera interna del sujeto.

La diferenciación claramente se da entre la normativa dispuesta en el artículo 42 y 43 del Código Penal en que mientras que en la tentativa, definida en el primer artículo en mención, se requiere que el autor no logre consumar el delito por circunstancias ajenas a su voluntad, en el caso del desistimiento definido en segundo artículo mencionado, “la intención de cometer un delito es rectificadora antes de que la consumación sea impedida por circunstancias ajenas a la voluntad del autor”. (Ledesma, 2004, pág. 398)

En definitiva, en el primer supuesto la voluntad de cometer el delito persiste, pero es impedida por un agente externo, mientras que en el segundo supuesto, es la propia voluntad del sujeto la que se modifica, y éste desiste de continuar la ejecución del mismo. No es exigible demostrar arrepentimiento ni otra circunstancia más que no haya sido impedida la continuación de la acción por causas ajenas a su voluntad.

Desde esta perspectiva, asumiendo como premisa que el fin de la pena es asegurar la validez de la norma de comportamiento, el desistimiento solo puede conducir a la impunidad cuando el sujeto revierte o rectifica el déficit de reconocimiento de la norma que su conducta ha puesto de manifiesto. Mediante la acción de desistimiento debe expresar que, en última instancia, quiere seguir la norma, de modo tal que ya no será necesario restituir su validez aplicando una pena. (David, 2006, pág. 310)

En cuanto al momento en el que se puede desistir del delito y que éste no esté sujeto a pena, se entiende que al encontrarse dicho instituto inmerso dentro de la tentativa, “es necesario



que el acontecer puesto en movimiento por el autor y que ha transpuesto el umbral de la tentativa sea detenido antes de que produzca el perjuicio del bien jurídico”. (Maurach, Gössel, & Zipe, 1995)

Lo radical en este instituto se encuentra en la voluntad del sujeto de desistir la continuación de ejecución de la acción prohibida, o sea, en el aspecto subjetivo, independientemente del motivo que lo llevó a su desistimiento, siempre que haya sido por su propia voluntad y no por circunstancias ajenas a éste. En estos casos, debe entenderse que el desistimiento debe ser “definitivo, y no la consecuencia de esperar mejor o más segura oportunidad, porque en estos casos no se puede decir que el autor ha desistido de la decisión de cometer el delito (...), solamente la ha postergado”. (Ledesma, 2004, pág. 400).

1.5. Límites entre actos preparatorios y ejecutivos en delitos tentados.

Los actos preparatorios por lo general no son punibles por nuestra normativa legal, ya que no son suficientes para demostrar la vinculación de estos con el propósito de llevar a cabo un delito determinado y por ende poner en peligro un bien determinado y protegido por el ordenamiento. Es decir, no se castigan actos que constituyen un mero proceso interno del sujeto como sus ideas o pensamientos, ni se basará en la peligrosidad del sujeto para sancionarlo, sino en los actos que efectivamente éste realice.

Respecto de la tentativa, la limitación se zanjará en lograr determinar en qué circunstancias las acciones llevadas a cabo por el sujeto responden al comienzo de ejecución de un delito, y respecto de éste, si estará sujeto a una disminución o eliminación de sanción, cuando nos encontremos ante un delito tentado, o desistimiento voluntario del mismo.



En palabras de Romero Villanueva (2018) “el problema más crítico y arduo de la tentativa es la determinación de la diferencia entre los actos ejecutivos de la tentativa y los actos preparatorios que regularmente son impunes” (p.1023).

Ello es así, ya que por ejemplo, una persona puede tener intenciones de lesionar a una persona, por lo que adquiere de manera legal un arma de fuego con el fin de cometer el crimen, en su faz interna piensa la manera de ejecutar el hecho, pero hasta el momento en que no jala el gatillo del arma, sus pensamientos y actos preparatorios no estarán sujetos a pena, mientras que el hecho de efectuar el disparo contra una persona, traspasará la faz preparatoria a una faz ejecutiva, donde dependiendo del resultado lesivo al que se arribe y de la intencionalidad del sujeto, podrá estarse ante diversos delitos, ya sea un abuso de armas, lesiones, homicidio u homicidio en grado de tentativa. Para un mayor entendimiento, analizaremos las diferentes etapas de las que constan los actos preparativos y el comienzo de ejecución de un delito.

1.5.1. El *iter criminis*

Previo a lograr la consumación de un delito determinado, el reo atraviesa una serie de etapas en las que orienta su comportamiento a fin de lograr el propósito determinado, las cuales comienza en el momento en que surge la idea criminal, que constituyen etapas internas, para luego ir avanzando a otras etapas que trascienden la esfera del pensamiento y se exteriorizan en acciones externas necesarias para poder llevar a cabo el comienzo de ejecución del mismo.

A dichas etapas son las que en su conjunto se las conoce como partes del *iter criminis*, la cual es una locución latina que significa camino del delito. A la misma se la concibe desde que el sujeto se proyecta la idea de cometer un ilícito hasta que éste agota la realización material del



hecho a través de actos externos, por lo que comprende una fase interna que es irrelevante para el derecho penal y otra externa, la cual será objeto de nuestro estudio, ya que en estos casos, se estará sujeto a pena. (Soler, 1853)

Pessoa (1998) insiste en que lo que hay que determinar es el acto productor de la finalidad, puesto que dicha noción permitirá zanjar en forma eficaz el límite entre lo punible y lo impune.

1.5.2. La ideación.

El comienzo del *iter criminis* comienza con la fase interna, es decir, la representación en la mente del sujeto de cometer un delito, éste puede imaginarse la forma en que va a cometerlo, los elementos que utilizará para poder perpetrarlo, pero todo ello es un proceso interno que está fuera del alcance de la ley, según lo establecido por el principio de reserva descripto ut supra.

1.5.3. Actos preparatorios.

En cuanto a los actos preparatorios, estos se encuentran inmersos dentro de la etapa externa del *iter criminis* y son los llevados a cabo en forma preliminar a la concreción del delito.

D'Alessio (2014) afirma que estos actos “conforman el primer estadio de realización material. Son actos preliminares, de preparación del delito, de actividad pre-ejecutiva y, como tales, no ingresan-salvo excepcionalmente- en el ámbito de lo prohibido.”(p. 692). En estos casos, los actos realizados por el agente no tienen la entidad de poner en peligro el bien jurídico tutelado por la normativa, y por ello, tampoco estarán sujetos a pena.



1.5.4. Comienzo de ejecución.

En esta fase, comienza la ejecución del delito, ya que traspasa la faz interna del sujeto por una faz externa, en la que el sujeto lleva a cabo actos que ponen en peligro el bien jurídico. Un ejemplo para su entendimiento, sería que una persona puede pensar e idear la forma de quitarle la vida a otro, con lo cual nos encontraríamos en una faz interna del *inter criminis* no sancionable por nuestro ordenamiento, y al idear la forma de llevar a cabo sus actos, comprar legalmente un arma y dirigirse a la vivienda de la presunta víctima, actos que se encontrarían dentro de la faz externa del *iter criminis*, mientras que con el hecho de apuntar con el arma de fuego a la víctima y efectuar disparos, nos encontraríamos ante un comienzo de ejecución del delito.

Romero Villanueva (2018) refiere que “Los actos ejecutivos representan un estadio más avanzado de los actos preparatorios, porque el autor comienza con la ejecución de la o de las acciones dolosas con relevancia penal”.

Por otro lado, Fontán Balestra (1998) entiende que “el acto ejecutivo debe ser idóneo para lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal”.

El principio general es que la preparación de un hecho punible no genera responsabilidad penal. Pero excepcionalmente los actos preparatorios pueden resultar punibles cuando están contenidos en otro tipo penal, caso en el que el sujeto no será castigado por el hecho punible que preparó, sino porque de paso, en su recorrido, consumó otro delito. (Righi, 2008, pág. 409)



Lo descripto ocurriría en el caso de que una persona que desea quitarle la vida a una persona, adquiere un arma de fuego ilegalmente, se dirige al domicilio de la víctima a fin de consumar el hecho, pero una vez en el lugar, una movilidad policial al observarlo en actitud sospechosa, lo requisa y secuestra el arma de fuego, en este caso, no hubo comienzo de ejecución del delito de homicidio u homicidio en grado de tentativa, pero sí se le imputará el delito de portación de arma de fuego⁶, cuya pena variará si la misma esté catalogada por la ley de armas y explosivos n° 20.429 como de uso civil o de guerra.

Denotar el alcance de los actos preparativos y ejecutorios ha sido motivo de discusiones y de elaboraciones de diversas teorías para lograr establecer un límite entre ellas.

Dentro de las teorías elaboradas, a modo de resumen, se dirá que encontramos Teorías negativas que establecen la imposibilidad de determinar el límite entre actos preparatorios y el comienzo de ejecución del delito, sosteniendo que la ley debería soslayar esa distinción. (Pessoa, 1998)

En cuanto a las teorías positivas, encontramos en primer lugar, la teoría de la univocidad que postula que “el acto de tentativa es unívoco, porque manifiesta de manera externa e inequívoca su dirección hacia la realización del ilícito, a diferencia del acto preparatorio, que es por esencia equívoco, pues no pone de manifiesta esa dirección indudable de la conducta” (D’Alessio & Divito, 2014, pág. 694)

Por otro lado, la teoría formal objetiva sostiene que el acto ejecutivo se diferencia del preparatorio en que aquél representa un comienzo de realización del verbo que constituye el

⁶ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 189 bis (2), 3° y 4° párrafo.



núcleo del tipo.⁷ En cuanto a la teoría material objetiva, para dicho criterio “habrá comienzo de ejecución en todas aquellas actividades que, como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como parte constitutiva de ella según una concepción natural” (D’Alessio & Divito, 2014, pág. 695)

Welzer (1956) sostiene la teoría del plan concreto del autor, en donde la tentativa comenzará con la actividad desplegada por el autor del delito, que en base al plan delictivo tenido en cuenta por éste, hay una relación inmediata con la realización del tipo delictivo.

Por último, encontramos el criterio objetivo individual, que es la teoría que prevalece en la actualidad, en la que se intenta establecer la distinción entre ambos actos basado en la modalidad particular que asume la aproximación típica en el caso concreto, por lo que se debe basar en el plan que tuvo el autor, su aspecto subjetivo, para luego, determinar, según dicho plan, si la acción llevada a cabo representa ya un peligro suficiente para el bien jurídico que es el aspecto objetivo. (D’Alessio & Divito, 2014, pág. 696)

1.6. Tipos de delitos a los que puede aplicarse la tentativa.

La tentativa de delitos a lo que se hace referencia, se basa en la voluntad del autor de llevar a cabo la comisión de un delito en particular, y que éste no pueda consumarse por circunstancias ajenas a su voluntad, lo que denota, al hablar del presente instituto, que requiere de la voluntad del agente para llevarlo a cabo. Es por ello que no podría aplicarse en los delitos culposos, ya que en esta clase de delitos, el autor no se representa la comisión del hecho lesivo, sino que éste acaece por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por

⁷ C. Penal de Rosario, sala III, 01/06/1980, “Gauna, Pilar”, Juris.



inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, tal como se lo describe en el delito de lesiones culposas establecido en el artículo 94 del C.P.⁸ Por ende y por idénticas razones, tampoco podría aplicarse la tentativa en los delitos preterintencionales, ya que en estos, la voluntad del agente no se dirige a perseguir el fin que resultó como consecuencia de su acción.

Respecto a la aplicación de la tentativa en el dolo eventual, no existiría tal aplicación, basándose en la expresión a la que hace referencia la definición de tentativa en el artículo 42 del C.P., cuya parte pertinente establece que “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución...”⁹. Aquí vemos que el delito debe estar determinado por el agente que se representa el resultado lesivo, o sea, que debe estar determinado de antemano, por lo que el legislador al usar la palabra “determinado” excluye la tentativa en el dolo eventual. (Fontan Balestra, 1998)

Sin embargo, autores como Zaffaroni (2002) establece que no hay ninguna razón para excluir la tentativa del dolo eventual, interpretando que la palabra “determinado” fue consignada por el legislador para excluir de la tentativa el dolo de ímpetu, que es la voluntad lesiva que irrumpe de repente, definido por Clares (2015) como “la intención delictiva que se crea en el mismo momento, y se ejecuta sin prácticamente intervalo entre la idea y el hecho”. Por el contrario Nuñez (1999) sostiene que:

El artículo 42 del Código Penal exige que el autor de tentativa obre con el fin de cometer un delito determinado. Esto requiere el dolo directo, consistente en la intención de

⁸ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 94. Se impondrá prisión de un (1) mes a tres (3) años o multa de mil (1.000) a quince mil (15.000) pesos e inhabilitación especial por uno (1) a cuatro (4) años, el que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

⁹ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 42.



cometer el delito. El que obra sin prever o querer el delito (culpa), así como el que lo hace previéndolo como probable (dolo eventual), no tiene al delito de que se trata como objeto o motivo de sus actos y por consiguiente, no actúa con el fin propio de la tentativa.

En cuanto a la tentativa en los delitos de omisión, en principio es concebible, ya que en este tipo de delitos, hay un bien jurídico protegido que se encuentra en peligro, de donde surge la obligación de la persona de realizar una acción o acciones determinadas para impedir el resultado lesivo, por lo que en caso de que éste se demore en realizarla, aumentará el peligro de lesión del bien protegido. Un ejemplo para su entendimiento, sería el caso en que una madre deja de alimentar a su bebé para que muera, aunque no se obtenga el resultado lesivo que tenía en mente la madre, por causas ajenas a su voluntad, a medida que transcurrió el tiempo, aumentó el peligro para la salud y vida de la criatura, por lo que si hubiese muerto, la tipicidad hubiese sido prevista por el delito de homicidio agravado por el vínculo por omisión, y en el caso descripto, hablaremos de tentativa de dicho delito. (Zaffaroni, 1994)

1.7. Conclusión parcial.

El instituto de la tentativa se aplica a la mayoría de los delitos estipulados en el Código Penal, por lo que su estudio y correcta delimitación, como así también el alcance de las penas y su determinación constituyen un principio de seguridad jurídica que debe estar presente, y ser conocido de antemano por la población, a fin de no quedar sometida a la discrecionalidad del juez de turno.

Al ser un instituto genérico de aplicación a múltiples casos, se denotan inconvenientes para aplicarla a ciertos delitos, como por ejemplo, la distinción entre lesiones graves dolosas u



homicidio doloso en grado de tentativa, o en el caso de que una persona al dañar el cristal de un vehículo ajeno, la intención del autor puede ser a la apoderarse de alguna pertenencia que el dueño del rodado pueda llegar a tener en su interior y sin embargo caratularse en hecho como un daño simple en vez de un robo simple en grado de tentativa, ya que al no poder traspasar la esfera interna del sujeto para conocer su intencionalidad al perpetrar el hecho, se va a determinar la tipicidad haciendo uso de la doctrina y jurisprudencia atinente al caso y lo que en definitiva interprete el juez en el caso en particular.

Por lo mencionado, es dable destacar que es innegable considerar que al ser el instituto de la tentativa de aplicación a la mayoría de los delitos estipulados en el Código Penal y leyes complementarias, su correcta interpretación y aplicación de penas es de radical importancia para la seguridad jurídica.

En cuanto a otra arista de la temática, cobra suma importancia comprender la diferenciación entre actos realizados por las personas que no están sujetos a pena o que ésta pueda llegar a extinguirse, como en los casos de los actos preparatorios en el *iter criminis*, el desistimiento voluntario de la comisión delictiva y el delito imposible, de los que por la puesta en peligro de un bien jurídico determinado y protegido por el ordenamiento legal, llevado a cabo con el comienzo de ejecución del delito que se trate, se les atribuye una pena de menor cuantía a la equivalente en el caso del delito consumado.

Ello así porque queda en manos de los magistrados determinar en primer lugar si las acciones desplegadas por el victimario constituyen o no delito. Por ende, el juez debe determinar si las acciones realizadas fueron parte de actos preparatorios no sujetos a pena o si el investigado



desistió voluntariamente de la comisión del delito por su propia voluntad antes de que fuera impedido por un factor externo a él, casos en que no habrá delito o que habiendo comienzo de ejecución no estará sometido a pena.

Por otro lado, si el juzgador considera que hubo delito, deberá consignar en que delito debe tipificarse la conducta del sujeto y si el mismo fue tentado o consumado, ya que puede suceder que la voluntad interna del victimario fuera quitarle la vida a una persona, pero por su inexperiencia y por el resultado lesivo que fuera consecuencia de las acciones llevadas a cabo por éste, no haya logrado el resultado esperado, en dicho caso, un homicidio, y lejos de ser juzgado por el delito de homicidio tentado, se lo juzgue por el delito de lesiones leves dolosas.

En casos como los descriptos se denotan falencias en la correcta inclusión de la tentativa en el sistema del derecho penal argentino, ya que ante la generalidad con la que fue redactado el artículo 42 del Código Penal y que éste se aplica a la mayoría de los delitos estipulados en el código ritual, en vez de especificar cómo proceder ante casos de tentativas de cada delito en particular, resulta muchas veces engorroso llevar a cabo su correcta interpretación y aplicación.

Una vez sorteados dichos inconvenientes, recién el magistrado pasará a una etapa de interpretación de la aplicación de la correcta penalidad en el caso concreto, lo que conlleva nuevamente falencias en su correcta interpretación.



CAPÍTULO 2: INTERPRETACIÓN Y FUNDAMENTOS DE PUNIBILIDAD DE DELITOS TENTADOS.



2.1. Introducción parcial.

En el presente capítulo se definirá y dará fundamento a la aplicación de penas en el Derecho Penal, para luego analizar la sujeción a pena de los delitos tentados, haciendo hincapié en la motivación en la que se basó el legislador para sancionar la puesta en peligro del bien jurídico protegido del delito que se trate.

Por ello, en primer lugar se analizarán las bases tenidas en cuenta tradicionalmente para llevar a cabo una correcta interpretación de la ley penal, ya que el fin último de este estudio es determinar si la interpretación doctrinaria y jurisprudencial del artículo 44 del Código Penal en análisis se adecua al fin anhelado por el legislador en el Proyecto Tejedor de 1921.

2.2. Interpretación de la ley penal.

Como es sabido, el legislador es el encargado de redactar la ley, que en el caso del derecho penal, se ocupó de definir en primer lugar que bienes jurídicos protegería para luego fijar penas en base a la gravedad de la infracción y de la mayor protección que merece dichos bienes, por lo que las penas variarán en su cuantía, si el bien protegido es por ejemplo la vida de las personas. En dicho supuesto, las penas ante el atentado a dicho bien que es el más preciado, serán mucho más gravosas que la protección que se debe por ejemplo a la propiedad. En cuanto a las penas privativas de libertad, la codificación llevada a cabo ante una conducta típica, establece por un lado penas de prisión y reclusión perpetua para ciertos tipos de delitos, como así también está compuesto por un máximo y mínimo para cada delito dispuesto en un sistema cerrado, por lo que no está prohibido, está permitido, lo que se desprende del principio de reserva, donde dicha fluctuación debe ser interpretada prudencialmente por el juez en el caso concreto.

En el caso que nos ocupa, entender las bases fijadas para lograr descifrar el alcance y sentido tenido en cuenta por el legislador al redactar la ley, fijará un punto de partida para el entendimiento de los motivos y fines tenidos en cuenta para aplicar penas en caso de atentados contra bienes jurídicos protegidos, requiriendo solo su puesta en peligro, aunque no se le haya causado una efectiva lesión, lo cual podrá utilizarse para desentrañar el espíritu del artículo 44 del Código ritual y la forma correcta de interpretación para fijar la pena.

En cuanto a la interpretación de la ley penal, Creus (1992) refiere que:

La investigación de carácter dogmático procura descubrir el sentido de la ley a fin de aplicarla a casos concretos (...), la interpretación consiste en poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular, para determinar si éste puede o no ser regido por ella. (p. 78)

Para Fontan Balestra (1998) “interpretar consiste en materializar la voluntad abstracta de la ley, a través de la mente del juzgador, quien al juzgar realiza un juicio de valor que es fruto de la relación entre la conducta que se contempla y la norma”. (p.110)

2.2.1. Clases de interpretación.

Si nos basamos en quien lleva a cabo la tarea de interpretación de la ley, en el caso de que sea realizada por los jueces respecto de los casos sometidos a su conocimiento y resolución, nos encontraremos ante una interpretación judicial, donde ante una uniforme interpretación de una ley aplicable a casos jurídicamente idénticos, dará lugar a lo que se conoce como jurisprudencia.



Por otro lado, si quien realiza la interpretación son los especialistas en derecho, denominados juristas, nos encontraremos ante una interpretación doctrinaria. Por último, si la interpretación es realizada por el legislador competente para dictar la ley a interpretar, nos encontraremos ante un tipo de interpretación legislativa o auténtica. (Nuñez, 1999)

2.2.2. Reglas que rigen la interpretación penal.

Para lograr llevar a cabo y fortalecer una correcta interpretación de la ley penal, se ha diseñado una serie de reglas generales de interpretación en forma genérica, de suma utilidad y utilización en forma independiente a quien lleve a cabo la deducción del sentido y alcance de la normativa objeto de estudio.

Fontan Balestra (1998) establece como reglas generales las siguientes:

- 1° Debe indagarse la voluntad de la ley, considerada objetivamente. Cuando la ley disidencia entre lo que el legislador se ha propuesto y lo que dice la ley, debe primar esto último.
- 2° No ha de tomarse en cuenta el momento en que la ley fue elaborada, sino el de su aplicación.
- 3° Es decisivo en la interpretación el fin del respectivo precepto jurídico-penal, considerándose su finalidad actual.
- 4° El valor de una norma no debe apreciarse solamente por sí mismo, sino recordando que recibe limitaciones y es coloreada por todas las demás.



5° No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente, ni perjudicarlo, sino desentrañar el verdadero sentido de la ley. (p.116)

2.3. La función de la pena en el derecho penal.

Debido a que el objetivo de este trabajo de investigación es determinar si el juez cuenta con criterios claros para aplicar la correcta cuantía temporal ante una sanción privativa de libertad en el caso de delitos tentados, nos enfocaremos en estudiar qué se entiende por pena y cuál es el fin de aplicar este tipo de penas ante el quebrantamiento de la normativa vigente.

2.3.1. Concepto de la pena.

En el ordenamiento jurídico argentino, se visualiza que el Código Penal prevé descripciones de acciones que afectan bienes jurídicos protegidos, como la vida, la propiedad, el honor, la integridad sexual, entre otros, lo que se denomina tipo penal, en cuyos casos, cada descripción de conductas tipificadas configura un delito que será sancionado con una pena.

En base a ello y teniendo en cuenta que el delito es “una obra humana que la ley indica como infracción (...) donde el hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos” (Grisetti & Romero Villanueva, 2018), se puede conceptualizar a la pena como “un mal que se impone a quienes han cometido un delito, (...) se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad”. (Ledesma, 2004, pág. 537)

Según Jakobs (1995) “la pena no determina una reparación del daño, además muchas infracciones de la norma se completan antes de que se produzca un daño exterior, como sucede con los delitos que tienen carácter material de tentativa”. (p.12)



Por otro lado, en lo referido al tipo de penas que pueden aplicarse a quienes con su accionar violan el orden público, las mismas se encuentran estipuladas en el artículo 5 del C.P.¹⁰ y son reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

2.3.2. La Naturaleza y fin de la pena.

La finalidad de la aplicación de una pena a quien comete o comienza la ejecución del delito, aunque no sea consumado por circunstancias ajenas a su voluntad, es la supresión o restricción de los bienes jurídicos que goza el condenado, lo que puede recaer sobre la libertad, patrimonio o el honor del condenado como autor del delito.

La imposición de una pena, en los casos de que la misma sea referida a la prisión en una institución carcelaria o prisión domiciliaria es, según lo soslayado por Moccia (2003):

La limitación más grave que el Estado aporta a la libertad y a la personalidad del individuo. Este dato, confrontado con los principios constitucionales de tutela de la libertad y personalidad (...) aún en su interacción con los de la tutela de la dignidad, personalidad de responsabilidad penal y reeducación, impone el recurso de sanción penal solo cuando entra en discusión un bien de significación comparable al de la libertad individual y, además, no resultan oponibles otros instrumentos eficaces de control social, menos incidentales en la esfera individual. (p. 116)

¹⁰ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 5. Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.



Para Mezger (1958) el fin de la pena, que es el fin último perseguido por el Estado al imponer este tipo de castigos en un régimen legal, es la prevención del delito, ya sea actuando sobre la comunidad jurídica o actuando sobre el individuo que delinquirió o que piensa hacerlo.

Respecto a ello, se elaboraron diversas teorías que refieren a la función de la pena en el derecho penal, de las cuales se hará alusión escuetamente, ya que es estudio en profundidad excede a este trabajo de investigación. Por un lado encontramos las teorías absolutas sostenidas por la Escuela Clásica, denominada de retribución, que establecen que la pena es un fin en sí mismo y su función es restablecer el daño causado. Por otro lado, encontramos las teorías relativas, que no justifican a la pena con la justicia, sino por su utilidad, ya que la justicia debe proteger a la sociedad, por lo que le otorgan como funcionalidad a la pena, un carácter preventivo, estableciendo que su objetivo es prevenir futuros delitos. (Grisetti & Romero Villanueva, 2018)

En estos casos, Bacigalupo sostiene que “la pena será legítima, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable”. (Bacigalupo, 1999, pág. 31)

Dentro de las teorías relativas sostenida por la Escuela Positiva, encontramos a la prevención general y prevención especial. La primera apunta a la generalidad de los individuos de la sociedad, basado en la amenaza de sanción dirigida a la sociedad ante el incumpliendo de la norma. Su función sería disuadir a los individuos de la ejecución de los comportamientos prohibidos y prevenir futuros delitos. Dentro de dicha teoría, encontramos dos versiones, la negativa que apunta al establecer la coerción de sanción ante el incumpliendo de las normas,



disuadir a que cometen el comportamiento prohibido, conociendo de antemano la sanción a la que se verá sujeto en caso de cometer un delito, mientras que la corriente positiva, propugna reafirmar las expectativas que posee la sociedad respecto del cumplimiento de las normas jurídicas, las que se ven quebrantadas cuando terceras personas cometen un delito (Mir Puig, 2003).

La prevención especial por el contrario, va dirigida al individuo al que se le aplica la pena y su objetivo es la de evitar que aquel que haya cometido un delito, reincida en la actitud delictiva, o sea, que vuelva a cometer un delito en el futuro, por lo que la diferencia radical entre ambas teorías es que la primera va dirigida al conjunto de la sociedad, mientras que en la segunda, su función es incidir en quien vulneró el ordenamiento jurídico, y que al aplicarle una pena, éste desista de cometer nuevos delitos en el futuro. Creus (1992) realiza una distinción entre prevención general y especial, refiriendo que:

El objetivo de la prevención general es procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, reforzando la amenaza de la pena con su efectiva ejecución cuando alguien lo cometió o de prevención especial, cuando el objetivo de la pena se hace radical en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo. (p. 39)

Actualmente, se adopta como teoría de fundamentación de la pena la establecida por la prevención general positiva, que apunta a la “reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social”. (Bacigalupo, 1999, pág. 39), la cual se complementa con la prevención especial positiva, la cual “es la que adoptó



nuestro sistema penal y coercitivo para justificar el ejercicio del *ius puniendi*” (Autalán, Autalán, Cueto, Picazo, & Suquilvide, 2005) ya que como se ve reflejado en nuestro sistema penal carcelario, la finalidad de la pena es la reinserción del individuo en la sociedad, tal como lo establece el artículo 1° de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, que establece que “la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”¹¹, lo que se ve reforzado por el artículo 18 de nuestra carta magna que establece en su parte pertinente que “...las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella”¹².

Apoyándose en las funciones asignadas a la aplicación de sanciones penales, se entiende que en el caso de delitos tentados, si bien no se logró lesionar los bienes jurídicos protegidos por las normas, de todas formas, estarán sujetas a pena, basado en la voluntad puesta en manifiesto por el autor del delito que se trate al comenzar la ejecución de la acción, la cual de no haber sido impedida por causas ajenas a éste, lo habría consumado, por lo que resulta prudente imponerle una sanción para desalentar su accionar hacia el futuro y a la vez desalentar al resto de la sociedad a la comisión de delitos.

¹¹ Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad. Artículo 1°.

¹² Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430. Artículo 18.



2.4. Fundamento de la punibilidad en casos de delitos tentados.

En el presente apartado analizaremos las diversas teorías que fundamentan la punición de la tentativa en el derecho penal a fin de determinar cuál es la teoría aplicada en el ordenamiento jurídico argentino.

En cuanto al fundamento para sancionar los delitos tentados, éste reside en el peligro corrido por un bien jurídico protegido por la ley penal, en relación con la voluntad del autor que se dirige a la lesión de aquel. El solo peligro corrido no es suficiente (pues la tentativa culposa no es punible), ni tampoco será suficiente la mera voluntad malintencionada del autor (pues ello conduciría a un derecho penal de ánimo). (Roxin, 1979, pág. 252)

Si bien en el ordenamiento jurídico se sanciona tanto las conductas que consuman el delito como la tentativa de delitos, “no siendo de la misma entidad política el daño que el peligro corrido, debe corresponder lógicamente, una diferenciación cuantitativa y cualitativa en la aplicación de la pena”. (Palacios Vargas, 1979, pág. 206)

2.4.1. Teoría objetiva.

Esta teoría se basa en el aspecto objetivo del hecho delictivo, prescindiendo de la faz subjetiva, o sea de lo querido por el autor, sino por lo que realmente sucede en la plataforma fáctica estudiada.

Zaffaroni (2002) explica que para los expositores de esta teoría, “la ley pena la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico. Para esta posición es atípica toda acción que no hubiera determinado que el bien jurídico en concreto haya corrido algún peligro”. (p.639) O sea,



se requieren que los actos llevados a cabo por el sujeto sean típicos e idóneos para generar el resultado lesivo a un bien protegido por la norma. (Ledesma, 2004).

Un ejemplo para su entendimiento es que quien ingresa a una vivienda cuya puerta de ingreso no posee medidas de seguridad y sin provocar daños, con claras intenciones de sustraer algún elemento de su interior, pero la misma está deshabitada y no contiene ninguna pertenencia, no podrá imputársele el delito de hurto simple en grado de tentativa (Art. 162 y 42 del C.P.), ya que ningún bien jurídico corrió peligro.

Para Soler (1853) nuestro ordenamiento jurídico, basado en lo expuesto en el artículo 44 del C.P., adopta como fundamentación de la pena en los casos de tentativa, una teoría objetivista, ya que la idea fundamental que surge de la letra del artículo importa realizar una distinción entre la tentativa y el delito consumado, a fin de atribuirle a la primera una forma más leve de responsabilidad.

En ello concuerda Ledesma (2004) al expresar que nuestro ordenamiento jurídico se ha inclinado en adoptar para la punición de la tentativa el criterio objetivo, al requerirse que el autor debe comenzar la ejecución del delito que se trate, tal como expresa la parte pertinente del artículo 42 del Código Penal al referir “el que con el fin de cometer un delito determinado, comenzare su ejecución...”, independientemente de su voluntad. Ello se ratifica con lo expresado en el artículo 44 del Código Penal, al fijar una reducción de la pena en mención que le correspondería al agente, si hubiere consumado el delito.

2.4.2. Teoría subjetiva.

Esta teoría fundamenta la punibilidad que merece la tentativa en la esfera íntima del sujeto, o sea en la voluntad tenida por éste para cometer un ilícito al realizar un accionar contrario al derecho, ya que con el instituto de la tentativa lo que se pretende es reprimir la voluntad criminal, independientemente de la puesta en peligro del bien jurídico.

En estos supuestos, se puede concebir la punibilidad de todas las clases de tentativas, inclusive las inidóneas, ya que cualquier delito que no llegue a consumarse, sería inidóneo, porque de ser idóneo, se hubiese consumado el delito. (Bacigalupo, 1999)

Romero Villanueva (2018) refiere que esta teoría no se adecuaría a lo dispuesto en nuestra normativa legal, ya que al sostener que como la voluntad contraria al derecho es la misma, ya sea que el delito se haya tentado o consumado, no correspondería hacer una reducción de pena en el caso de tentativa, sino aplicar en ambos supuestos la misma sanción, lo que no se correspondería con la reducción de penas a la que alude el artículo 44 del C.P.

Para Pessoa (1998), esta es una teoría prácticamente abandonada, puesto que la penalidad de la tentativa se aplicaría dependiendo de lo que el autor pretendía lograr al desplegar sus actos o la creencia de que al llevar a cabo los mismos, cometería un delito, más allá de lo que objetivamente suceda en la realidad, lo que sería claramente violatorio de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución de la Nación Argentina.



2.4.3. Teoría de la impresión.

Esta teoría se centra en la voluntad contraria a la norma, pero en este caso, para determinar si las acciones llevadas a cabo por el sujeto merecen la imposición de una pena, se tendrá en cuenta si las mismas fueron adecuadas como para afectar la confianza de la sociedad respecto de la vigencia del orden público, por lo que no solo se tendrá en cuenta la conducta desplegada por el autor del hecho y las intención criminal que éste tenía, sino la impresión que ocasiona a la sociedad en su conjunto, que en caso de que genere desconfianza en el ordenamiento jurídico, estará sujeto a pena.

Es por ello que en estos casos, la punibilidad recaería sobre el autor del hecho si las acciones desplegadas por éste y la voluntad que tuvo para cometer un hecho delictivo tuvieron suficiente entidad como para afectar el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad de las personas. (D'Alessio & Divito, 2014)

Para Zaffaroni (2002) “se trata de una teoría que presupone la aceptación de la función preventiva de la pena. (...) Convierte a la tentativa en un delito de lesión, pues exige una afectación al sentimiento de confianza”. (p. 641)

2.5. Conclusión parcial.

Entendiendo la importancia de la correcta interpretación de la ley penal, ya que uno de los principios básicos del derecho penal es que no puede hacerse uso de la analogía, se cree que para lograr la misma, debe indagarse respecto de los razonamientos llevados a cabo por el legislador al momento de redactar el artículo 44 del C.P., basado en la lógica desarrollada en la confección



de todo el Código Penal y la imposición de penas a las que hace alusión el articulado, dependiendo del bien jurídico protegido que se trate y su mera puesta en peligro. Ello a fin de lograr desentrañar el verdadero sentido y alcance del espíritu de la normativa.

Dicho raciocinio debe confrontarse a la vez con la realidad sociológica actual, teniendo en cuenta el abanico de garantías constitucionales que surgieron luego de la redacción del Código Penal, en pos de lograr la protección de los derechos humanos, que procura limitar el poder punitivo del Estado a lo estrictamente necesario, ya que el fin de la pena no es estigmatizar a quien delinque, sino resocializarlo para que respete las normas impuestas para vivir en sociedad. Ello se acentúa en lo dispuesto en una de las reglas generales propuestas por Fontán Balestra (1998), que establece que no hay que tomar en cuenta el momento en que fue elaborada la ley, sino el de su aplicación.

Entrando a analizar si es adecuado imponer sanciones privativas de libertad ante la comisión de delitos tentados, a esta altura coincidimos con Roxín (1979) en que si bien en estos supuestos no se lesiona un bien jurídico protegido por la ley, el solo intento de alterar el orden público debe ser sancionado, ya que el justiciable al ejecutar actos para lograr la concesión del hecho delictivo, con su intención demuestra la peligrosidad del mismo. Esto se denota en que el delito habría sido consumado de no ser impedido por un factor externo. Al sancionarse dicha conducta delictiva, se envía un mensaje a la sociedad a fin de que se comporte conforme a derecho, y a la vez, al amenazar o sancionar con una penalidad tanto a quien cometa delitos como a quien intente llevarlo a cabo, lograr que las personas no intenten siquiera cometer delitos o quien los cometió no reincida en la comisión delictual.



Se sostiene este pensamiento ya que se cree que la intención de la ley es lograr la paz social, lo cual se logrará al poder prevenir que se cometan delitos, por lo que parece adecuado que de alguna manera deba sancionarse la mera puesta en peligro del bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, y basado en el principio de razonabilidad y de proporcionalidad de las penas, como así también el de lesividad, la pena no sea la misma que la asignada para el delito consumado, sino que se reduzca gradualmente a fin de no desvirtuar los principios mencionados .

En cuanto a la teoría adoptada para interpretar la punición de la tentativa, se cree que la más adecuada para aplicar en nuestro derecho es la teoría objetiva, ya que ésta prescinde de la faz subjetiva del autor del delito, sino que se limita a analizar la plataforma fáctica. Resulta imposible entrar en la mente del justiciable a fin de poder desentrañar lo que con su accionar pretendía llevar a cabo, y como se ha planteado, por el principio constitucional de reserva, no se castigan pensamientos, ideas ni actos preparatorios de delitos.

Es por ello, que al entrar a analizar un hecho delictivo, como por ejemplo, el hecho de que un sujeto con la intención de quitarle la vida a otro le efectúe cinco disparos hacia su persona, pero que por su inexperiencia en la manipulación de armas no logre asestarle ningún impacto de proyectil, no se juzgará al autor por homicidio simple en grado de tentativa, sino por un abuso de armas. Además, si se sancionaría la intencionalidad del sujeto en su faz subjetiva, no habría forma de diferenciar un hecho consumado de un hecho tentado, ya que la intencionalidad no cambia en ellas, por lo que habría que sancionar ambos delitos con la misma pena, lo que entra en colisión nuevamente con el principio de proporcionalidad y lesividad.



**CAPÍTULO 3: LA CUANTÍA DE LAS PENAS EN LOS DELITOS
TENTADOS Y LA AFECTACIÓN A PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.**



3.1. Introducción parcial.

Como se adelantó a lo largo del presente estudio, en los supuestos en que el delito sujeto a penas privativas de libertad no sea consumado, ya sea por causas ajenas a la voluntad del autor o incluso por haber desistido éste voluntariamente de la comisión delictiva, dichas circunstancias darán lugar a la reducción o eximición de la pena con las variantes establecidas en el artículo 44 del Código Penal.

Por ello, el objetivo del presente capítulo es adentrarse en analizar el artículo 44 del C.P.¹³, donde se observa que la ley estableció la disminución de la pena en caso de tentativa en forma inequívoca en los casos de delitos sancionados con prisión o reclusión perpetua, como se expondrá en el pertinente apartado. El conflicto surge al examinar los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales respecto del primer párrafo del citado artículo para los delitos con penas divisibles en razón del tiempo, donde se han elaborado diferentes criterios de interpretación que dieron origen a diversas posturas a las que adhirieron prestigiosos juristas, lo cual se vigoriza al denotarse los intentos de modificación de la redacción del artículo 44 del C.P., cuyas actualizaciones del código ritual hasta el momento no han tenido consenso.

En base a lo expuesto, se confrontarán estos supuestos con principios constitucionales fundamentales de la persona humana, que podrían violarse en caso de interpretaciones diversas

¹³ Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179, Artículo 44: La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.



del artículo en mención, máxime estando en juego un derecho de suma relevancia como lo es la libertad de las personas.

3.2. Reducción de pena en casos de delitos que arriesgan prisión perpetua.

En cuanto a la penalidad dispuesta por el Código Penal Argentino respecto de los delitos tentados que arriesgan penas de reclusión o prisión perpetua, se establece que “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuere de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años”¹⁴, lo cual no deja lugar a dudas sobre la aplicación de la reducción en la sanción punitiva, ya que aplica una escala penal conminada en abstracto para ambos casos, y debido a que la pena de reclusión ha sido derogada, solo será de aplicación en los supuestos de prisión perpetua.

Si bien en un principio, la conjunción “prisión perpetua” pareciera presumir que quien haya sido sometido a este tipo de pena, cumplirá la condena hasta su fallecimiento en un instituto penitenciario, la realidad es que en el artículo 13 del Código Penal al referir los supuestos en que se puede solicitar la libertad condicional, supone una limitación temporal de la pena mencionada.

Así es que el artículo al que se hace referencia, en su parte pertinente establece que “el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena (...) observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial (...)”¹⁵. Se denota que en dicho supuesto, la pena de prisión perpetua, en principio y respetando los requisitos de procedencia, no es por término indeterminado, sino que

¹⁴ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 44, Segundo párrafo.

¹⁵ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 13.



se toma como base el transcurso de 35 años de prisión efectiva, a partir del cual se puede solicitar el recupero de libertad.

Teniendo en cuenta que cuando estemos frente a ciertos delitos cuya consumación afronta la pena de prisión perpetua, la cuantía temporal de la pena bajo ciertas condiciones será de 35 años de prisión, pero que en caso de que dichos delitos hayan sido tentado, se aplica una reducción de la escala penal de 10 a 15 años de prisión, se traduce que los legisladores al proceder a la redacción del artículo mencionado, tomaron como reducción en el caso de tentativa efectuada, una pena que oscila entre un 28% y un 48% para el delito consumado.

Ello deja entrever la postura tenida en cuenta por el cuerpo legislativo al momento de efectuar la reducción de las penas en los delitos tentados, lo que se asemeja al criterio tenido en cuenta en los casos de penas divisibles en razón del tiempo que sostienen que la pena en abstracto debe reducirse dentro de una escala penal que va desde un tercio de la pena hasta la mitad de la misma.

3.3. Reducción de pena en caso de tentativa inidónea o delito imposible.

Entrando a analizar la imposición de pena para el caso de que se considere que los actos desplegados por el sujeto constituyan lo que se denomina tentativa inidónea o delito imposible, definida oportunamente en el presente trabajo de investigación, según lo soslayado en el código ritual, la pena podrá reducirse a la mitad, e incluso reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, y todo ello depende de la peligrosidad desplegada por el sujeto en la comisión del hecho y lo que considere el juez en el caso concreto.



Un ejemplo para su comprensión sería el caso de intentar abrir la puerta de una vivienda para sustraer elementos de su interior, introduciendo una soga en el interior de la cerradura, lo que tornaría imposible lograr con dicha acción la apertura de la misma. Si bien el fin del sujeto era violar el orden público, los actos desplegados por éste no tuvieron suficiente entidad para poner en peligro el bien jurídico protegido, por lo que según las circunstancias, podrá ser eximido de la pena.

Puede existir tentativa inidónea tanto cuando el medio utilizado es inidóneo como así también cuando el autor incurre en un error grosero.

En cuanto a la inidoneidad de medios, un ejemplo sería querer envenenar con agua, y se ha llegado a la conclusión que “existe tentativa de delito imposible cuando la consumación del propósito del imputado no se frustra por acción ajena a su voluntad, sino porque el medio utilizado no servía a dicha intención”.¹⁶

Por otro lado, en el caso del error grosero, éste ocurre sobre el autor, el cual cree que llevando a cabo ciertos actos arribará a la concreción del delito, dicho error debe ser de carácter grosero, burdo o inapropiado para la causación del resultado buscado.

Respecto a la reducción de pena en la tentativa inidónea, el artículo 44 in fine estipula que “Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá recudírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”¹⁷.

¹⁶ SCBuenos Aires, 04/10/1983, “Scoffano, Adrian H. P.” La Ley, 1984-C

¹⁷ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 43.



En estos casos, se ha interpretado que la reducción a la mitad de la pena debe ser respecto de la escala penal establecida para el caso de tentativa, por lo que se lleva a cabo una doble reducción de la misma, la cual puede llegar a disminuirse hasta el mínimo legal e incluso eximirse de la misma, teniendo en cuenta el caso particular, y dependiendo de la peligrosidad expuesta por el sujeto. (D'Alessio & Divito, 2014)

3.4. Reducción de pena cuando el delito arriesga pena divisible en razón del tiempo.

Cuando la comisión de delitos estipulados en el Código Penal de la Nación Argentina acarrearán una sanción privativa de libertad que establece un mínimo y máximo de pena, lo cual fija los límites entre los cuales el juez determinará la pena a aplicar en cada caso en particular, si el delito bajo estudio ha sido tentado, la pena que le correspondería al agente en caso de haber consumado el delito, se reducirá de un tercio a la mitad.

Lo referido es establecido en el artículo 44 del C.P., que reza textualmente “la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.”¹⁸

En estos casos, encontramos la problemática que nos ocupa al momento de llevar a cabo la reducción de la pena de los delitos tentados, ya que por la forma en la que se ha redactado el presente párrafo, da lugar a diversas interpretaciones que se analizarán en el próximo apartado, poniendo de manifiesto que al no llegar a una interpretación unívoca, se estarían afectando derechos constitucionales fundamentales de las personas, como lo son el derecho a la libertad, proporcionalidad de la pena, libertad e igualdad ante la ley.

¹⁸ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 44.



3.5. Interpretaciones doctrinarias de la reducción de pena divisible en razón del tiempo.

En el caso en que se produzcan delitos tentados, se entiende que estas acciones son punibles, pero como una pena de menor cuantía a la que correspondería si el delito se hubiere consumado. Nuestra ley fija en el artículo 44 del C.P. la forma en la que se va a aplicar dicha reducción, estableciendo una forma más leve de responsabilidad, para lo cual se han establecido diversas formas de interpretar el artículo en estudio que analizaremos a continuación.

3.5.1. El sistema de doble mensuración.

Este sistema establece en cabeza del juez la tarea de realizar una doble interpretación de la ley y análisis de las particularidades del hecho al momento de aplicar la correcta sanción penal. En primer lugar debe establecer en el caso concreto, la pena aplicable al sujeto como si hubiese consumado el delito, basado en lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del Código Penal, para luego fijar la pena que corresponde a la tentativa de esa pena hipotética, disminuyendo ese valor al que se ha arribado un tercio como mínimo o la mitad como máximo.

Esta es la postura sostenida por Soler (1992), quien refiere que la segunda escala de graduación debe aplicarse de acuerdo a las características de la tentativa en sí misma, como por ejemplo, el mayor o menor perjuicio para la víctima, ya que las circunstancias de agravación o atenuación del delito se efectúan al momento de apreciar la pena hipotética.

En este caso, “se llega a una nueva escala que tiene un mínimo (la mitad de la pena que se hubiera aplicado) y un máximo (las dos terceras partes de esa pena hipotética)” (D’Alessio & Divito, 2014, pág. 722)



Un ejemplo para su entendimiento, sería el supuesto de que esté en cabeza del juez condenar a un sujeto que cometió el delito de homicidio simple en grado de tentativa. En caso de que el delito se hubiere consumado, el autor recibiría una pena que oscila entre 8 a 25 años de prisión, por lo que el magistrado debe determinar en primer lugar, la pena a la que habría arribado considerando lo dispuesto en el art. 40 y 41 del C.P., por lo que imaginemos que en base a lo señalado, hubiere dispuesto una pena de 16 años de prisión. A ese valor hay que restarle la mitad, lo que arroja como resultado 8 años y restarle un tercio, lo nos dará como resultado 10 años y 8 meses de prisión. Es por ello, que se establecerá una escala penal en abstracto que tendrá como mínimo y máximo respectivamente de 8 años a 10 años y 8 meses de prisión.

Zaffaroni (2007) aduce que “esta postura fue objeto de muchas críticas, entre ellas la imposibilidad de imaginarse algo que no existió y fijarle una pena”. (pág.747).

A esta postura se le critica que como lo primero que debe hacerse, es individualizar una pena en razón de un delito que no se ha consumado, ello no podría concebirse debido a que no se conocen las circunstancias atenuantes o agravantes particulares que debe tenerse en cuenta para fijar la pena que establece el artículo 41 del C.P., ya que las circunstancias particulares propias de la tentativa podrían haber variado en caso de consumarse el delito. (Nuñez R. 2009)

3.5.2. La doctrina Villarino.

En el caso fue de gran trascendencia para el tema tratado en el presente estudio, ya que se debatió en la Cámara Nacional de Casación Penal mediante fallo plenario y por recurso de casación, en la provincia de Buenos Aires para fecha 21 de abril de 1994, la forma de computar



la reducción de la pena para el caso de tentativa, con el propósito de evitar la disparidad de interpretaciones y lograr uniformar la jurisprudencia a nivel federal.

Ello es debido a que a nivel nacional, el artículo 10 de la Ley 24.050 establece la obligatoriedad de la doctrina emanada de los fallos plenarios de la Cámara Nacional de Casación Penal, que en su parte pertinente refiere que:

La interpretación de una ley penal aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la Cámara, para los Tribunales Orales, Cámara de Apelaciones, y para todo otro organismo jurisdiccional que dependa de ella sin perjuicio de que los jueces que no compartan su criterio dejen a salvo su opinión personal. La doctrina sentada podrá modificarse sólo por medio de una nueva sentencia plenaria.¹⁹

El debate doctrinario surgió a partir de que el mismo tribunal en una de sus salas, resolvió al juzgar a Martín Patricio Villarino que la interpretación para reducir la pena se centraba en la reducción de los mínimos y máximos de los delitos conforme la pena conminada en abstracto por la figura en cuestión, en un tercio y la mitad respectivamente, mientras que en otra de sus salas, al resolver la situación donde se juzgaba a Eduardo Sarmiento²⁰, partió también de reducir los montos de la pena en abstracto, pero al contrario del primer caso, reduciendo un tercio del máximo y la mitad del mínimo de la pena prevista en el delito en estudio. (Medina de Vitozzi, 2014)

¹⁹ Ley 24.050. Artículo 10.

²⁰ Sarmiento, Eduardo s/ recurso de casación, causa n° 189 Sala I, registro n° 295, rta. el 21/9/94



Dicho debate determinó lo que se conoce como doctrina Villarino²¹, llegando a la conclusión de que el artículo 44 del Código Penal establece que la escala penal en caso de tentativa “se obtiene reduciendo la escala penal en abstracto para el delito que se trate, restando la mitad al mínimo y un tercio al máximo”. (Medina de Vitozzi, 2014, pág. 3)

Según esta postura adoptada por González Roura (1925), el primer párrafo del artículo 44 “no se refiere a la pena aplicable al autor de la tentativa en el caso concreto, sino a la escala penal aplicable a ella”.

Al analizar dicha postura utilizando también el delito de homicidio simple, que afronta una pena de 8 a 25 años de prisión, se le resta la mitad al mínimo, quedando en 4 años y el tercio al máximo, arrojando como valor 16 años y 8 meses de prisión. Es por ello que se le critica a esta tesis que el máximo de la pena para el caso de homicidio simple en grado de tentativa es superior al máximo que posee el gravamen del homicidio, que de ser consumado establece prisión perpetua, pero que al ser tentado afronta una pena máxima de 15 años. Se observa que el homicidio agravado tiene pena mayor al homicidio simple, pero en el caso de que ambos fueran tentados, con esta postura, tendrá mayor pena el homicidio simple que el homicidio agravado, por lo que en estos casos la única solución sería que el juez deba aplicar la ley en forma prudente para evitar desfasajes injustos. (Fontan Balestra, 1998)

En lo expuesto coincidió la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de Córdoba, en cuanto que para evitar la incongruencia señalada en la ley, más aún teniendo en cuenta que la

²¹ Cfr. Acuerdo N° 3 /95 en Plenario n° 2, causa de la Sala III "VILLARINO, Martín P y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”



pena de reclusión ha quedado virtualmente derogada en forma tácita por la ley 24.660, en su parte pertinente establece que:

Si interpretamos que el legislador al introducir el artículo 41 bis y reformar el artículo 166 inciso 2 del C.P., han realizado una interpretación auténtica indirecta del modo de calcular la pena para el delito tentado, para evitar la incongruencia citada, debe interpretarse que el máximo de 15 años operará como límite de pena de prisión para cualquier delito tentado. De esta manera la diferencia entre un homicidio tentado simple y uno calificado, no estará dado por su máximo, el que no podrá superar los 15 años de prisión, sino en su mínimo, ya que el mínimo para el homicidio simple tentado partirá de cuatro años de prisión y el de uno calificado de diez años de prisión.²²

3.5.3. La postura de deducir 1/3 del mínimo y la mitad del máximo.

Este sistema establece que la disminución debe efectuarse a la inversa que el caso anterior, y que para el caso de que deba aplicarse la reducción de la pena para el delito tentado, el razonamiento lógico sería disminuir la pena establecida en el delito en abstracto, un tercio el mínimo y la mitad del máximo.

Utilizando nuevamente para su comprensión el delito de homicidio simple aplicado a la postura en análisis, en el caso de que el delito fuere tentado, la escala penal en abstracto al aplicar la reducción quedará en 4 años y 16 meses como mínimo y 12 años y 6 meses como máximo.

²² Cfr. “Varela o Cruz, Claudio Agustín o Maximiliano Salvador p.s.a. Robo calificado con armas en grado de tentativa”, Cam. Crim. 2Nom, Sala Unip. Dr. Eduardo Valdés S. 06/08/2010.



Este sistema evitaría las críticas que se efectúan al anterior y sigue el método del Código que, al establecer las penas en los diversos artículos, se refiere primero al mínimo y después al máximo, razón por la cual la resta del tercio y de la mitad hay que llevarla a cabo en ese orden. (Grisetti & Romero Villanueva, 2018)

De la Rúa (1963) adhiere a esta postura, ya que para el jurista una alteración tan marcada en el texto de la ley corresponde interpretarse en forma gramatical.

Esta postura es la adoptada por el Tribunal Superior de la provincia de Córdoba como así también de la mayoría de los tribunales provinciales de dicha provincia a la actualidad, incluso ante los intentos de modificación del criterio por el Tribunal de Casación Penal, lo cual se denota en el caso Saquilán, donde se argumentó que:

Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado la tesis que sostiene que el mínimo de la escala corresponde al delito consumado debe reducirse a la mitad y el máximo a los dos tercios in re “Veira”, no se han explicitado en el voto las razones que fundaron la aplicación del cálculo que efectúa, por lo que la adhesión, ni aún con criterio de economía procesal aparece razonable en salvaguarda del principio de igualdad ante la ley a que tienen derecho todos los ciudadanos.²³

Esto deja entrever que en una provincia, los tribunales federales asentados en ella resolverán la controversia aplicando el criterio dispuesto en la doctrina Villarino, mientras que en la misma provincia, los tribunales penales y el Superior Tribunal de Justicia aplicarán una postura diferente.

²³ T.S.J. Sala Penal. “Saquilán s/recurso de casación”, S.N° 180, 25/7/2012.



3.5.4. Otras posturas.

Si bien los tres criterios ut supra mencionados son los que han tenido mayor acogimiento por la doctrina y han sido receptados en los sucesivos fallos en la República Argentina, se ha encontrado en la doctrina menospreciada por la doctrina y jurisprudencia y que no tiene aplicación práctica en la actualidad.

Este cuarto criterio de interpretación del artículo 44 del C.P., critica la postura anterior, ya que cree que el mínimo de la pena en algunos casos será excesivamente severo, por lo que sostiene que el mínimo de la pena para el delito consumado, en caso de tentativa, debe reducirse dos tercios y el máximo a la mitad. (Zaffaroni, et al, 2007)

Se observa que en este caso, lo que se propone es que la interpretación al reducir el mínimo de la pena, en vez de hacerlo en un tercio de la pena, se reduzca a un tercio.

Un ejemplo en la aplicación de esta postura, sería que en el caso de que el delito analizado fuere el de robo agravado por el uso de armas, previsto y penado por el artículo 166, inciso 2º, primer párrafo del C.P., que establece la pena en abstracto de 5 a 15 años, la reducción del mínimo en el caso de tentativa sería de 1 año y 8 meses de prisión, mientras que con la postura anterior la reducción del mínimo sería de 3 años y 4 meses de prisión. En el ejemplo del homicidio simple que venimos siguiendo en el resto de las posturas, la pena conminada en abstracto la tentativa del mismo será de 2 años y 8 meses a 16 años y 6 meses.



3.6. Antecedentes jurisprudenciales.

En el presente apartado se analizarán las diversas interpretaciones que se le ha dado a lo largo de los años a la aplicación de la reducción de penas en caso de delitos sometidos a penas divisibles en razón del tiempo, basado en las diferentes posturas adoptadas por los jueces al resolver casos concretos en tribunales la jurisdicción local y nacional, en sus diferentes niveles, describiendo las justificaciones en las que basaron su postura.

Respecto del Sistema de doble mensuración, Lucero Offrendi, vocal de la Excm. Cámara Quinta en lo Criminal de Córdoba, adhirió a este sistema en un caso de Extorsión en grado de tentativa.²⁴

Por otro lado, encontramos la sentencia a la que se arribó en el caso Villarino²⁵, en la cual se determinó que la pena de la tentativa se obtiene reduciendo la escala penal en abstracto para el delito que se trate, restando la mitad al mínimo y un tercio al máximo.

La Corte Suprema de la Nación se ha expedido de manera similar a la del caso dispuesta en el caso anterior en el famoso caso “Bambino Veira”²⁶ en 1992 por un delito de violación (actualmente abuso sexual con acceso carnal).

En la provincia de Mendoza, el Dr. Böhm, miembro de la Suprema Corte de Justicia, interpretó el artículo 44 del C.P. estableciendo que:

²⁴ Exma. Cámara 5° en lo Criminal de Cba, “Ponce, Omar Ignacio y otro p.ss.aa. Extorsión en grado de tentativa”, 23/3/00

²⁵ Cfr. Acuerdo N° 3 /95 en Plenario n° 2, causa de la Sala III "VILLARINO, Martín P y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”

²⁶ Cfr. C.S.J.N., "Veira, Héctor R s/violación, recurso de hecho", Fallos V. 8XXIV del 8/9/92 -voto mayor mayoría.



Existen diversos discernimientos: alguno de ellos más comprensivos (dos tercios del mínimo, la mitad del mínimo) y otros más restrictivos (un tercio del mínimo). Es evidente que esas diversas interpretaciones inciden en la situación del imputado, ya que la preferencia de una u otra se traduce en más o menos libertad: cuanto más restrictiva sea la interpretación más libertad para el reo. De acuerdo con lo expresado hasta acá, entiendo que motivos de carácter axiológicos, que toman en consideración el valor supremo de la libertad, demandan preferir la acepción más favorable al imputado.²⁷

La Suprema Corte de Justicia ha interpretado el citado artículo en diversos fallos aduciendo que la pena prevista equivale a una escala que tiene como límite inferior un tercio del mínimo y como superior la mitad del máximo, aduciendo a la vez que la determinación de la pena corresponde al delito tentado cuando la pena prevista por la figura es temporal, es una de los temas de derecho penal que por su disímil interpretación pone en riesgo el principio de legalidad.²⁸

Por otro lado, en un fallo dictado por la 5° Cámara del Crimen de Mendoza puede denotarse las discrepancias que han surgido en el fallo “Moreno Lastra, Carlos A. p/Tentativa de Robo”²⁹ donde el voto de la mayoría acoge la postura de que la reducción a la que alude el art. 44 debe realizarse sobre el delito consumado, en la mitad del máximo y un tercio del mínimo y el

²⁷ Fiscal C/Moreno Lastra, Carlos A. P/Tentativa de robo, 134118 (5° Cámara en lo Criminal - Primera Circunscripción, 21/03/1988). Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

²⁸ Cfr. SCJ de Mendoza - Sala II (30/08/2012) “Fiscal c/Geredus Peralta, Federico Gastón y N.N. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 13028471488; SCJ de Mendoza - Sala II (14/03/2017) “Fiscal c/Flores Noguera, Matías Fernando p/Robo Agravado s/Casación. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 79999; SCJ de Mendoza - Sala II (20/05/2010) “Fiscal c/Cortez Camargo, Humberto Rodolfo p/Robo Agravado s/Casación.”, Expte n° 11179; . Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

²⁹ Excma. Cámara 5° en lo Criminal de Mza. (21/03/1988), “Fc/Moreno Lastra, Carlos A. p/Tentativa de Robo”, 134118. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>



voto de la minoría que interpretó que debe disminuirse de un tercio del máximo correspondiente al delito a la mitad del mínimo.

3.7. Intentos de modificación del Código Penal Argentino.

En la actualidad, continúa vigente el Código Penal de 1921 redactado por Tejedor y promulgado mediante Ley 11.179, conservándose la redacción original del artículo 44. Lo cierto es que a lo largo de los años y basado en las diferentes interpretaciones que se le ha dado al citado artículo, es que en Anteproyectos de modificación del Código Penal, se ha diferido en la redacción del artículo en mención, intentando darle claridad al mismo.

A raíz de ello, puede observarse intentos de modificación de la redacción y alcance del artículo 44 del C.P., como el proyecto presentado por el Ministro de Justicia Gil Lavedra³⁰, donde se precisa que la escala penal en caso de tentativa será “de dos tercios del mínimo a dos tercios del máximo de la pena prevista para el delito consumado” que como puede observarse difiere de los criterios que sostienen los jueces en sus fallos en la actualidad. (Diario Judicial, 1999, párrafo 8)

Otra divergencia en la interpretación que se ha hecho de la reducción de la escala penal en casos de tentativa con pena de prisión divisible en función de tiempo, es la establecida por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, quienes en la redacción de un

³⁰ Ricardo Rodolfo Gil Lavedra (n. Buenos Aires, 24 de julio de 1949) es abogado, juez y político argentino. Integró el tribunal en 1985 del Juicio a las Juntas. Durante el gobierno de Fernando de la Rúa fue designado por el presidente Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación entre 1999 y 2000 y fue el Presidente del Bloque de Diputados de la Unión Cívica Radical en el Congreso de la Nación.



Anteproyecto del Código Penal, estipularon la reducción de la pena en el artículo 34 que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 38.- Penalidad. Delito imposible. La pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito se reducirá a la mitad del mínimo y del máximo. Si el delito fuera imposible, la pena podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el peligro corrido por el bien jurídico tutelado.³¹

En el proyecto de Ley llevado a cabo por Zaffaroni, puede observarse que el artículo 7 denominado tentativa y desistimiento, quedó redactado de la siguiente manera:

El que con el fin de cometer un delito determinado comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo. (Zaffaroni, 2014, Anteproyecto del Código Penal de la Nación, Pág. 338.)

3.8. Principios constitucionales relacionados.

En el presente apartado se detallarán algunos principios rectores de todo estado de derecho que tendrán implicancias prácticas a fin de determinar si la reducción de la escala penal de la tentativa en el caso de penas divisibles en razón del tiempo atentan contra los mismos.

Además de los principios que se describirán a continuación, debe tenerse en cuenta el amparo de uno de los derechos fundamentales de las personas como lo es la libertad individual

³¹ Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. (s.f.). Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal. Recuperado 12 octubre, 2018, de <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9460cc66-proyectocodigopenal.pdf>



frente a restricciones arbitrarias del Estado y terceros, establecido en el preámbulo de la constitución que refiere a que uno de los objetivos primordiales de la Constitución Nacional es asegurar los beneficios de la libertad, lo cual se refuerza con lo estipulado en el art. 15 de la Constitución Nacional.

A mayor abundamiento, el artículo 2 del Código Procesal Penal de la Nación Argentina³², establece en su parte pertinente que toda disposición legal que coarte la libertad personal, debe interpretarse restrictivamente.

El derecho al que se hace referencia podría verse vulnerado, cuando al llevarse a cabo el juzgamiento de personas ante la comisión del mismo delito tentado, se le imponga a alguno de ellos penas privativas de libertad más gravosas que a otros, basado en la postura acogida por cada juez encargado de resolver cada caso.

3.8.1. Principio de igualdad ante la ley.

La Constitución Nacional ampara la igualdad ante la ley de las personas que habiten el territorio argentino en el art. 16³³, haciendo referencia a uno de los requisitos básicos del sistema republicano de gobierno, en donde se protege la igualdad entre los iguales en igualdad de condiciones.

³² Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley 27.063. Artículo 2º.- Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía.

³³ Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430. Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.



Como establece Bidart Campos (2004), “el congreso debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”. (p. 76)

Cobra relevancia la igualdad ante la ley para el presente análisis lo expuesto por Gelli (2003) que estipula que:

El principio de la igualdad formal establecido en el art. 16 reconoce antecedentes en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano. Según el art. 1° de esta declaración “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos” (...) Conforme al art. 6° (la ley) debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga.

El principio de igualdad cobra vital importancia la hora de aplicar escalas penales diferentes a personas que cometieron el mismo tipo de delitos en similares circunstancias, a fin de no vulnerar este derecho, ya que no sería justo e igualitario que dependiendo de la postura que adopte el juez en cuanto a la reducción de la pena en caso de tentativa, una persona sea penada más severamente que otra que cometió el mismo delito, pero en otra jurisdicción, ya sea dentro de una misma provincia o a nivel nacional, y que el juez asignado a la resolución de su causa adopte otra postura.

Un ejemplo para mayor entendimiento sería que si un juez en la provincia de Mendoza adopta el sistema de la doctrina Villarino, en el caso de que una persona cometa el delito de robo agravado por el uso de arma impropia en grado de tentativa previsto y penado por el art. 166 inciso 2, 1° párrafo, 1° supuesto del C.P.³⁴, lo podrá condenar con una pena que va desde los

³⁴ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículo 166: Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años: 2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.



cinco a los diez años de prisión, mientras que una persona que comete el mismo delito en la provincia de Córdoba, donde el juez asignado entiende que la postura adecuada es la de deducir 1/3 del mínimo y la mitad del máximo, la pena a aplicar va desde un año y ocho meses de prisión a siete años y medio de prisión, lo cual denota la diferencia temporal entre dichas posturas.

Dicha problemática se acentúa, ya que incluso dentro de una misma provincia podrá haber jueces que no concuerden en la postura a la que debe someterse la reducción de la escala penal, por ejemplo si en el caso citado, otro juez de la provincia de Mendoza, para un sujeto que cometió el mismo delito, adopte el sistema de doble mensuración, donde lo primero que hará el magistrado interviniente es realizar una operación mental para determinar la pena que correspondería al caso concreto si éste hubiera sido consumado, basado en el art. 40 y 41 del Código Penal, por lo que supongamos que de los 5 a 15 años de prisión que establece el delito en mención en caso de consumación, le hubiera consignado una pena privativa de libertad de 10 años, luego a dicho valor, deberá reducirlo un tercio el mínimo y la mitad del máximo, quedando los valores en 2 años y medio a 5 años de prisión.

3.8.2. Principio de legalidad.

Este principio se encuentra establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, que en su parte pertinente refiere que “Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (...)”³⁵, lo cual se funda en una garantía de las personas frente al poder punitivo del Estado. Dicha garantía se ve reflejada en

³⁵ Constitución de la Nación Argentina. Ley n° 24.430. Artículo 18.



el aforismo *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*, lo que significa que no habrá delito y por ende, no se podrá aplicar una pena si no existe una ley previa tipifica una conducta como delictiva en forma previa a que se cometa el hecho. Ello se refleja en el principio de seguridad jurídica por el cual, debe establecerse de antemano las conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y por ello debe estar sujeta a pena, y a la vez, establecerse las penas a las que estará sujeta las violaciones a las diferentes normas, y en relación con la tentativa, establecerse de antemano, y en forma unívoca, las penas a la que estará sujeto el autor en estos casos.

Lo enunciado concuerda con lo expuesto por Righi (2008), quien da cuenta que más allá del reproche que merezca una conducta desplegada por un sujeto y del perjuicio que éste haya causado a la sociedad, ningún hecho podrá ser castigado si previamente no se encuentra prevista una pena para dicha conducta en la ley, por lo que no solo debe estar previamente descrito el comportamiento contrario a la norma y expresado en una ley, sino también debe estar prevista de antemano la clase y gravedad de la pena con certeza.

Un ejemplo para la comprensión de la aplicación de este principio es que en el caso de una persona que cometiera el delito de homicidio simple, la conducta típica se encuentra establecida previamente en el artículo 79 del C.P. que le atribuye una pena de 8 a 25 años de reclusión o prisión. En dicho supuesto, las personas conocen de antemano que la acción de quitarle la vida a una persona se encuentra penada por ley y la cuantía de la pena, ya que la ley se presume conocida por todos los integrantes de la sociedad en un estado de derecho.



Ahora bien, en el caso de delitos sometidos a penas divisibles en razón del tiempo como el citado y que sean cometidos en tentativa, no estaría definida de antemano la pena, ya que dependería del criterio que sostenga el juez competente de cada jurisdicción, lo que atenta contra la seguridad jurídica. Esta falencia no ocurre en un caso de homicidio agravado, ya que la sociedad inmersa en el Estado de derecho, conoce de antemano que de consumir dicho delito, arriesgará una pena de prisión perpetua y en el supuesto de que dicho delito sea tentado, arriesgará una pena que fluctuará entre 10 y 15 años de prisión.

Este principio se relaciona con el principio de reserva o intimidad, establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional³⁶, que reserva una esfera de impunidad, aludiendo a que el ámbito de lo punible debe encontrarse previamente determinado por la ley, ya que las acciones desplegadas por las personas, por más aberrantes, inmorales o perjudiciales que sean, si no se encuentran tipificadas en la ley penal como delito, no estarán sujetas a pena. (Lascano, 2005)

Bidart Campos (2004) refiere que el este principio “guarda nexos con la esfera de libertad jurídica según la cual, para la persona humana, lo que no le está prohibido le está permitido”. (p. 70)

3.8.3. Principio de Proporcionalidad de las penas.

Este principio establece que la gravedad de la pena debe ser congruente a la gravedad del injusto, y es por ello que en el caso de tentativa, al no producirse una lesión al bien jurídico

³⁶ Constitución de la Nación Argentina. Ley 24.430. Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.



protegido por el ordenamiento jurídico, sino la puesta en peligro del mismo, la sanción se reducirá proporcionalmente. La incertidumbre se suscita en que al no poder definirse concretamente cual será la pena aplicable a los delitos tentados sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, no podrá determinarse si existe una adecuada proporcionalidad en la reducción de la pena cada caso en concreto.

Teniendo en cuenta que en el caso de que el delito sea tentado, si bien debe castigarse al autor a fin de desalentar la reincidencia en la violación al ordenamiento jurídico que desplegó con su conducta, se cree que al no lesionarle un bien jurídico, al momento de reducir la pena y teniendo en cuenta este principio, debería aplicarse el mal menor al incuso que cometió el delito.

Un ejemplo de desproporción respecto de las penas es lo que ocurre en lo previsto en el artículo 872 del Código Aduanero³⁷, que prevé la misma pena tanto para la tentativa de contrabando que para el hecho consumado, lo que denota una fuerte contradicción con el espíritu de la tentativa y distinción con el resto del ordenamiento jurídico. (Lascano, 2005)

3.8.4. Principio *In dubio pro reo*.

Respecto al principio *In dubio pro reo*, el mismo es consagrado una garantía constitucional fundamental inmersa en el derecho procesal penal que resguarda al individuo frente al poder punitivo del Estado, ya que en caso de duda respecto a los hechos, por insuficiencia probatoria por ejemplo, se favorecerá al reo. Ello es debido a que basado en el

³⁷ Código Aduanero de la República Argentina. Ley 22.415. Artículo 872.- La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que corresponderán al delito consumado.



principio de inocencia, es el Estado a través de los fiscales quienes deben probar su culpabilidad en el hecho que se investiga, y no el imputado probar su inocencia.

Este principio se encuentra consagrado en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina que estipula que “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”.³⁸ “El principio mencionado juega en cuanto a los hechos y no respecto de la aplicación del derecho; aunque ciertos autores lo extienden a la interpretación jurídica”. (Melendo, S. cit. Por D’Albora, 1993)

Si bien este principio se encuentra dentro de la órbita del derecho procesal en tanto es aplicado generalmente en los casos de insuficiencia probatoria, podría hacerse expansiva dicha protección para que en caso de existir diversas interpretaciones para determinar la escala penal correspondiente en los delitos tentados, sea de aplicación aquella que favorezca al reo, a fin de no infringir el derecho esencial de protección a su libertad.

Con relación a lo descripto, se han generado discrepancias doctrinarias respecto de si el citado principio es de aplicación solo en el ámbito del derecho procesal en la aplicación respecto de la prueba en el proceso, empero, Nuñez (1960) citado por Lascano (2005) sostiene que:

Así como la valoración de la prueba puede conducir a la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado, la interpretación tampoco está exenta de llevar a igual situación sobre la voluntad de la ley. Concluye “La restricción interpretativa por duda no sólo opera para evitar la interpretación analógica de la ley penal o su extensión

³⁸ Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, artículo 3.



interpretativa más allá del marco real del hecho, sino, también, en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él”. (p.186)

Lo expuesto se refuerza con la interpretación a la que se arribó en los autos 105257, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tuvo en cuenta este principio al referir que:

Resulta relevante considerar la función propia del derecho penal, que no es otra que la de legitimar el poder punitivo del Estado, contenerlo y limitarlo, por lo que debe entenderse que es en el ámbito de los principios que se derivan de la exigencia - legalidad formal, máxima taxatividad legal e interpretativa, entre otros y de aquellos principios que impiden groseras tensiones con los derechos del hombre, tales como el principio de buena fe y *pro homine*, que indica que en caso de duda se ha de decidir en sentido más garantizador del derecho de que se trata - , es donde encuentra que el criterio de reducción asumido resulta más acorde al Estado Constitucional de Derecho.³⁹

Creus (1992) asegura que este principio puede trascender la órbita del derecho procesal penal y ser utilizado para interpretar la ley, pero no para crear una ley a favor del reo, sino para elegir de entre las posibles interpretaciones que pueda hacerse sobre la misma, elegir la que más lo favorezca, o sea, en caso de duda sobre que interpretación deberá darse a la ley, deberá prevalecer la interpretación que se presente como más restrictiva, sobre todo cuando la interpretación verse sobre cuestiones atinentes a la libertad de las personas.

³⁹ Cfr. SCJ de Mendoza - Sala II (30/08/2012) “Fiscal c/Geredus Peralta, Federico Gastón y N.N. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 105257. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>



Teniendo en cuenta las disyuntivas interpretativas que se han suscitado en la temática, a los fines de su dilucidación, debería acotarse el ámbito de punibilidad a sus mínimas manifestaciones.

Ello por tres razones: 1) por una convicción político criminal que indica que la ley penal de un estado de derecho tiene asignada por principal función la de limitar y reducir al poder punitivo –en virtud de los males que este genera- a sus expresiones más tolerables y racionales, 2) por estricta aplicación del *principio in dubio pro reo o favor rei*, que indica que en caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado, 3) por rígido apego a la ley procesal en materia interpretativa, por cuanto establece que “Toda disposición legal que coarte la libertad personal, restrinja los derechos de la persona, limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales o exclusiones probatorias, deberá ser interpretada restrictivamente”. (Juliano & Laino, párrafo 3)

Por lo expuesto se entiende que si bien el citado principio es aplicado en la órbita del proceso basado en dudas de hecho, nos sirve de base para interpretar que la legislación ha entendido que así como en caso de dudas respecto a los hechos, se debe favorecer al imputado, si se tiene dudas respecto del alcance o interpretación de una norma, también debería estarse en lo más favorable al reo.

3.9. Conclusión parcial.

En esta instancia se advierte como se han invertido inconmensurables esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales a fin de lograr interpretar de manera correcta lo dispuesto por el



legislador en la redacción del artículo 44 del C.P. y lograr una uniformidad en la jurisprudencia, donde en cada tesitura, diversos juristas basados en fundamentos razonables han explicitado y fundado su postura en cuestiones de derecho.

Por otro lado, doctrinarios como Zaffaroni y Gil Lavedra, quien en su momento fue Ministro de Seguridad, han propuesto que la solución para evitar discrepancias en las interpretaciones la solución más adecuada es la modificación del artículo en estudio, a fin de no dejar lugar a dudas respecto de la reducción de la escala penal en los supuestos de tentativa.

Más allá de quien se encuentre en mejor posición para fundamentar su postura o cuál es el fundamento que se acerca más al espíritu de la ley que tuvo en cuenta el legislador al redactar el artículo analizado, lo cierto es que en tanto se continúe condenando a personas que cometan el mismo delito tentado, en base a diferentes escalas penales en distintas jurisdicciones de la Nación, tanto a nivel provincial como federal, es innegable que se estará atentando contra principios constitucionales fundamentales de la persona humana.

Lo expuesto pareciera acarrear una suerte de lotería en la cual se deja de lado la seguridad jurídica de las personas y garantías constitucionales dispuestas en la ley suprema de la Nación, ya que dependería de la fortuna del condenado esperar que el encargado de condenarlo adopte una postura al interpretar el artículo 44 del C.P. que resulte más favorable a su pronta libertad, lo que además de parecer descabellado, menoscabaría el derecho a la igualdad de otros justiciables que en sus mismas condiciones, sufran una pena más severa. Lo soslayado visualiza que además entraría en discordancia con el principio de legalidad que procura que el justiciable conozca de



antemano cuales son las conductas prohibidas por la norma y que sanción acarreará el hecho de incumplirla.

Si bien a nivel federal se estableció mediante fallo plenario lo que se conoce como doctrina Villarino, con el fin de unificar la jurisprudencia a un criterio único a la que deben adherir el resto de los tribunales federales dispuestos en las distintas provincias, se ha visto como en algunas jurisdicciones provinciales a la fecha, se han negado a aplicar esta postura, fundando sus posturas en forma adversa y aplicando otros criterios. En estos casos es cuando se ve alterado el principio de igualdad, ya que en una misma provincia pueden adoptarse distintos criterios y someter a las personas a distintas penas.

Por otro lado, se sostiene que basados en el principio *in dubio pro reo*, y ante la visible discrepancia interpretativa a la que ha dado lugar el artículo analizado, donde se puede visualizar que entre las doctrinas aplicadas e intentos de modificación de la penalidad de la tentativa, nos encontramos con seis criterios distintos, mientras no se modifique la ley, deberá aplicarse la postura que más favorezca al justiciable.

Es por ello que de todas las doctrinas utilizadas a la hora de condenar a los autores de delitos tentados, quizás la doctrina Villarino sea la que más se ajusta a favorecer al condenado, ya que si bien la misma posee una sanción máxima más elevada que otras posturas, en la práctica judicial se observa que son excepcionales las situaciones en la que los jueces condenan a la persona acercándose al límite superior de la pena del delito en abstracto, sino que se comienza analizando la situación del imputado partiendo desde el mínimo de la pena, y de allí teniendo en



consideración lo dispuesto en el artículo 40 y 41, el juez ira mensurando la sanción a la que arribará basado en su discrecionalidad, pero sin dejar de lado la razonabilidad de la misma.



Conclusión final.

Tras haber llevado a cabo un recorrido por las vicisitudes del instituto de la tentativa en el derecho penal, se vislumbra la importancia de su estudio, ya que el mismo es aplicado a la mayoría de los delitos penales. A raíz de ello se entiende que la correcta individualización de la pena en estos supuestos ha sido motivo de grandes discusiones doctrinarias que hasta la fecha no han logrado un consenso a fin de unificar la pena para dicho supuesto. Es por ello que se analizó y confrontó la jurisprudencia de tribunales nacionales y provinciales de la República Argentina con el objeto de determinar si el juez cuenta con criterios claros para determinar cuál sería la escala penal adecuada a aplicar en los delitos tentados sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, sin que ello afecte principios constitucionales fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la hipótesis, se planteó basado en la redacción ambigua del artículo 44 del C.P. respecto de la cuantía de la sanción en el caso de delitos sujetos a pena divisible en razón del tiempo, que al desarrollarse diversas posturas en cuanto a la interpretación de dicho artículo, los jueces no cuentan con criterios claros para determinar la pena de la tentativa en estos supuestos, por lo que queda al arbitrio de los magistrados adoptar la postura que crean más conveniente respetando sus íntimas convicciones, lo que genera disparidad en las sentencias que juzguen a personas distintas por el mismo delito debido a que las escalas penales diferirán dependiendo de la postura que adopte el juzgador en cada caso.

En cuanto al análisis de las posturas que se han tenido en cuenta a lo largo de los años para sancionar a quienes cometen delitos tentados, se ha visto en las justificaciones llevadas a



cabo por prestigiosos juristas sobre cuál debería ser la forma adecuada de interpretar el artículo 44 del C.P., que todas ellas tienen fundamentos jurídicos que parecieran ajustarse a derecho, pero a la vez, las críticas al resto de las posturas también tienen fundamentos adecuados.

Lo cierto es que más allá de la postura que adopte un juez al momento de condenar al justiciable, si ella no se unifica en todo el territorio argentino, tanto en tribunales provinciales como federales, no cabrá dudas que se están afectando principios constitucionales fundamentales para la persona humana.

Esto es así ya que el principio de legalidad se vería vulnerado de no determinar la pena para la tentativa antes de que se cometa el delito, y de aplicarse diferentes penas privativas de la libertad a personas que cometieren el mismo delito, la tan mentada igualdad de trato ante la ley se vería quebrantada, ello por más que se juzguen diferentes delitos tentados pero se adopten posturas diferentes para determinar las penas.

Se entiende que la ley establece en forma previa a la consumación de los delitos, cuales son las conductas típicas sancionadas por la ley y sus penas, por lo que el juez tiene determinado de antemano ante la conducta típica, el mínimo y máximo de la pena entre la que puede fluctuar su decisión, lo que no ocurre cuando esos delitos son tentados, ya que en estos casos, además de someter a la discrecionalidad del juez la sanción con la que retribuirá al imputado, deberá optar por una u otra postura, lo cual inferirá entre los máximos y mínimos de la pena.

Por lo expuesto, imponer un criterio único de interpretación resulta fundamental, ya que en caso de no ser contestes las reducciones de pena para similitudes de casos, se estaría atentando no solo contra los principios constitucionales mencionados, sino también, con la



libertad de las personas, al imponer penas de mayor cuantía solo basado en la jurisdicción en la que se cometa el delito.

Si bien se analizó como en ciertas provincias e incluso a nivel federal se dictaron acuerdos plenarios o acordadas para la interpretación de la pena de la tentativa en los delitos sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, a fin de suplir los criterios individuales de los jueces en cuanto a la toma de diferentes posturas, de igual forma, los criterios entre las distintas jurisdicciones podrían no concordar entre sí, como sucede en la actualidad.

Por ello, en el presente trabajo de investigación, tras analizar la doctrina y jurisprudencia atinente al caso y concluir que los jueces no han arribado a un consenso en cuanto a la interpretación del artículo en estudio, por lo que no cuentan con criterios claros al momento de aplicar la reducción de la pena en los supuestos de tentativa, se propone lograr la determinación de antemano del monto mínimo y máximo entre la que puede fluctuar la decisión del juez. Ello para evitar que sea posible aplicar distintas escalas penales para la imposición de penas a diversas personas que cometan el mismo delito tentado, ya sea mediante la modificación en la redacción del artículo en estudio en forma unívoca o mediante la toma de postura de un criterio único de interpretación en todo el territorio nacional.

De esta manera se evitaría atentar contra la seguridad jurídica y se desplazaría de la órbita de la discrecionalidad del juez de turno y los vaivenes de las corrientes dogmáticas que predominen en un momento determinado, la facultad de interpretar el sentido y alcance del artículo 44 del C.P., limitando su poder de decisión solo a imponer la sanción penal basado en los criterios del artículo 40 y 41 del C.P.. Si bien no se discute que la ley es lo que los jueces



dicen que es, si no se arriba a un consenso entre ellos, la violación a principios constitucionales será inminente.

Para ello, se sostiene que al determinar la escala penal adecuada para reducir la escala penal en los supuestos de tentativa, debe acogerse el principio constitucional *in dubio pro reo*, a fin de que se opte por la reducción que más favorezca al justiciable, ya que no sería justo inclinarse por una penalidad que lo sancione más severamente, al no verse lesionado los bienes jurídicos protegidos por la norma.

Por todo lo expuesto, se cree que la forma correcta para evitar vulnerar derechos de las personas sometidas a la jurisdicción argentina, sería la modificación del artículo en estudio y que éste imponga una reducción para el mínimo y máximo de cualquier delito que pueda cometerse en tentativa, basado en una proporción adecuada y que no quepa a duda su correcta interpretación e individualización de la escala penal a aplicar en estos casos. Se arriba a dicha deducción, ya que se ha observado que desde la redacción del artículo 44 del código ritual en el año 1921 a la actualidad, ya transcurridos noventa y ocho años, no se ha logrado una uniformidad en la escala penal a aplicar al reducir la pena en los delitos tentados, por lo que continua siendo motivo de discusión.

En base a ello y tras analizar todas las posturas que han surgido en la jurisprudencia del país y aplicado en las sentencias de los distintos tribunales, se cree que la que más se adapta a nuestro derecho sería la llamada doctrina Villarino que fija una reducción de la pena mínima y máxima determinada para cualquier delito en abstracto en la mitad y un tercio respectivamente, por lo que debería reformarse el texto del primer párrafo del artículo 44 del C.P. por el siguiente:



“La escala penal en los delitos sujetos a penas divisibles en razón del tiempo, en caso de ser tentado se reducirá en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo”.

Con ello, se limitará al juez a aplicar la reducción de la escala para todos los casos en forma uniforme, ya que se ha visto que por más que mediante fallos plenarios se ha fijado un criterio de adopción de la escala penal, no resultó eficiente para crear uniformidad en todo el territorio, por lo que al modificar el artículo 44, no se continuará condenando a personas que cometan delitos tentados con diversas escalas penales, en pos de salvaguardar las garantías constitucionales con las que cuenta el reo.



Referencias:

Doctrina:

- Autalán, A., Autalán, V., Cueto, A., Picazo, L., & Suquilvide, J. (2005). *Revista Argentina de Humanidades y Ciencias Sociales*. Recuperado el 16 de 04 de 2019, de https://www.sai.com.ar/metodologia/rahycs/rahycs_v3_n2_08.html
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal - Parte General* (Segunda edición ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bidart Campos, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar.
- Clares, A. (13 de noviembre de 2015). *Una duda razonable. Blog de derecho penal y procesal penal*. Recuperado el 5 de mayo de 2019, de <https://unadudarazonable.com/2015/11/13/el-dolo-de-impetu/>
- Creus, C. (1992). *Derecho Penal - Parte General* (Tercera edición ed.). Buenos Aires: Astrea.
- D'Alessio, A. J., & Divito, M. (2014). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- David, A. (2006). El desistimiento de la tentativa: Fundamento de su impunidad y naturaleza jurídica.
- De la Rúa, J. (1963). *Cuadernos de los Institutos n° 74*. Recuperado el 10 de 05 de 2019, de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: <http://www.acaderc.org.ar/instituto-de-historia-del-derecho/publicaciones>
- Fontan Balestra, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.



- Gelli, M. A. (2003). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada* (Segunda edición ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Gonzalez Roura, O. (1925). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Abeledo.
- Gonzalez, A. (2002). *Naturaleza Jurídica de la tentativa*.
- Grisetti, R., & Romero Villanueva, H. (2018). *Código Penal de la Nación Comentado y Anotado*. Buenos Aires: La Ley.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General*. (J. Cuello, & J. L. Serrano Gonzalez de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A.
- Juliano, M., & Laino, N. (s.f.). Escala aplicable en caso de Tentativa | Ministerio de la Defensa Pública - Biblioteca. Recuperado 12 octubre, 2018, de <http://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2712>
- Lascano, C. J. (2005). *Derecho Penal - Parte General*. Córdoba: Advocatus.
- Ledesma, G. (2004). *Derecho Penal: Introducción y parte general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Maurach, R., Gössel, K., & Zipe, H. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Medina de Vitozzi, V. L. (22 de 08 de 2014). *Pensamiento Penal*. Recuperado el 27 de 09 de 2018, de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/08/doctrina39595.pdf>
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Libro de estudio parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Segunda edición ed.). Montevideo - Buenos Aires: B de f.



- Moccia, S. (2003). *El Derecho Penal entre el Ser y Valor - Función de la pena y sistemática teleológica*. Montevideo - Buenos Aires: B de f.
- Nuñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. (Quinta edición ed.). (R. E. Spinka, Ed.) Buenos Aires: Lerner.
- Nuñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal - Parte General* (Cuarta edición ed.). Buenos Aires: Editora Córdoba.
- Palacios Vargas, R. (1979). *La tentativa*. Mexico D.F.: Cardenas.
- Pessoa, N. (1998). *La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*. (Segunda edición ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Righi, E. (2008). *Derecho Penal Parte General* (Primera edición ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del Tipo Penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Soler, S. (1853). *Derecho Penal Argentino* (Tomo II ed.). Buenos Aires: TEA.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino* (Vol. II). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Welzer, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. (C. Fontán Balestra, Trad.) Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zafaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal, Parte General* (2da Edición ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (1994). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2007). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.



Legislación:

Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal. (s.f.). Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal. Recuperado 12 octubre, 2018, de <http://www.profprocesalpenal.com.ar/archivos/9460cc66-proyectocodigopenal.pdf>

Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179

Código Procesal Penal de la Nación, ley 23.984, artículo 3.

Diario Judicial. (1999, 29 diciembre). La reforma del Código penal artículo por artículo. Diario Judicial. Recuperado 12 de octubre de 2018 de <http://www.diariojudicial.com/nota/36638>

Jurisprudencia:

Acuerdo N° 3 /95 en Plenario n° 2, causa de la Sala III "VILLARINO, Martín P y otro s/ recurso de casación s/ tentativa”

Cam. Crim. 2Nom, Sala Unip. (06/08/2010), “Varela o Cruz, Claudio Agustín o Maximiliano Salvador p.s.a. Robo calificado con armas en grado de tentativa.

Cámara de Casación Penal de la Nación. (21/09/1994), Sarmiento, Eduardo s/ recurso de casación, causa n° 189 Sala I, registro n° 295, rta. el 21/9/94

C.S.J.N., "Veira, Héctor R s/violación, recurso de hecho", Fallos V. 8XXIV del 8/9/92 -voto mayor mayoría.

Excma. Cámara 5° en lo Criminal de Cba (23/03/1988), “Ponce, Omar Ignacio y otro p.ss.aa. Extorsión en grado de tentativa”.



Excma. Cámara 5° en lo Criminal de Mza. (21/03/1988), “Fc/Moreno Lastra, Carlos A. p/Tentativa de Robo”, 134118. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

Fiscal C/Ilia, Hector Reynaldo y otro p/Robo con armas engrado de tentativa..., 80103 (Suprema Corte de Justicia de Mendoza 13 de 10 de 2004). Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

Fiscal C/Moreno Lastra, Carlos A. P/Tentativa de robo, 134118 (5° Cámara en lo Criminal - Primera Circunscripción, 21/03/1988). Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php>.

SCJ de Buenos Aires, 04/10/1983, “Scoffano, Adrian H. P.” La Ley, 1984-C

SCJ de Mendoza - Sala II (30/08/2012) “Fiscal c/Geredus Peralta, Federico Gastón y N.N. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 13028471488. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

SCJ de Mendoza - Sala II (14/03/2017) “Fiscal c/Flores Noguera, Matías Fernando p/Robo Agravado s/Casación. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 79999. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

SCJ de Mendoza - Sala II (20/05/2010) “Fiscal c/Cortez Camargo, Humberto Rodolfo p/Robo Agravado s/Casación.”, Expte n° 11179; Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>



SCJ de Mendoza - Sala II (30/08/2012) “Fiscal c/Geredus Peralta, Federico Gastón y N.N. p/Robo Agravado S/Casación”, Expte n° 105257. Disponible en <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php#>

T.S.J. Sala Penal.(25/07/2012) “Saquilán s/recurso de casación”, S.N° 180.