

La peligrosidad revelada por el delincuente frente a la noción de peligro como criterio decisorio del merecimiento de pena:

El art. 44 último párrafo del C.P. y su vigencia en un Derecho Penal de Acto y de Culpabilidad.

Nombre de autor: Abogada Andrea Marcela Bottino

Sumario: 1) Introducción. Planteo de la Cuestión. 2) Origen del art. 44 in fine en nuestro Código Penal. 3) La discusión en torno a la tentativa inidónea. Breve reseña de las diferentes construcciones teóricas elaboradas a los fines de legitimar el castigo de la tentativa 4) Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código Penal Español. 5) Conclusiones.

1) Introducción. Planteo de la cuestión:

Como ha dicho Muñoz Conde “La Dogmática jurídico penal cumple una de las mas importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado, que aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La Dogmática jurídico- penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático”¹.

Tomando como punto de partida lo señalado, abordaré el estudio de La Tentativa Inidónea, más precisamente me centraré en lo atinente a los fundamentos de su punición, así como a la determinación de los límites de la potestad punitiva estatal. En nuestro Código Penal la tentativa inidónea se encuentra regulada, en el art. 44 último párrafo, bajo la expresión de delito imposible². Según surge del precepto legal mencionado, así como de los antecedentes legislativos de su introducción, resulta clara la influencia del positivismo criminológico en su redacción, tal como lo señalaré seguidamente.

El tema de la tentativa inidónea es conocida en toda la doctrina tanto argentina como extranjera, como una de las cuestiones más debatidas dentro de la teoría del delito, arribándose a diferentes propuestas de solución, según el modelo adoptado en torno a toda la teoría delito y de la pena. Encontrándose desde posiciones radicalmente

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo 1992*, J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona p. 43 citando a Muñoz Conde en *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona 1975 p136

² El art. 44 último párrafo CP Argentino expresa: “ 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”.

opuestas, como así también algunas otras que, intentan utilizar criterios intermedios combinando algunas de ellas a los fines de encontrar soluciones armónicas acordes a un derecho penal de acto.

2) Origen del art. 44 in fine en nuestro Código Penal:

El precepto legal analizado no se encontraba en el Proyecto de Rodolfo Moreno, aunque luego apareció en el proceso de sanción del Código Penal a propuesta de la Segunda Comisión de Senadores, sin darse explicación alguna así como tampoco los fundamentos de tal inclusión³.

Cabe traer a consideración brevemente que el Proyecto sufrió modificaciones en atención a que - invocándose razones de política criminal- se debía dar muchísima más importancia, a los fines de la determinación de la pena, al elemento interno del delito esto es a la naturaleza del móvil que ha guiado al delincuente, que al daño material causado por el delito. Luego el Senado modificó su dictamen teniendo en vista nuevos elementos de juicio. Se hicieron modificaciones, siendo una de las más trascendentales, la referente a la peligrosidad del sujeto que delinque⁴. Añadiéndose en dicha oportunidad el cuestionado párrafo al art. 44.

La falta de explicación fundamentadora en relación al referido artículo, ha querido ser suplida por la doctrina, así Moreno ha justificado el precepto transcrito, diciendo que la ciencia moderna toma en cuenta para la defensa social, no solo el hecho producido sino las condiciones del individuo que los ejecuta. En el caso del delito imposible, ya sea por usarse medios inidóneos o por cualquier otra causa, resulta indudable que si bien el delito no ha podido tener lugar, se ha revelado la existencia de un sujeto que puede ser peligroso⁵.

Continuando con los fundamentos de la introducción del cuestionado precepto legal, al cual cabe atribuírsele una génesis peligrosista, González Roura quien ha sido denominado por De la Rúa como el autotitulado introductor de la Norma, invoca razones de defensa social. Critica la tesis objetiva y señala que “el delito no es más que el accidente que pone de manifiesto la peligrosidad del sujeto, que es de lo que hay que defenderse”, concluyendo en que es una solución netamente subjetiva que consulta

³ CAVALLERO, Ricardo Juan, *El Delito Imposible, La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Universidad año 1983, p. 112.

⁴ JIMENEZ DE ASUA, Luis *Tratado de Derecho Penal tercera Edición Actualizada, Concepto de Derecho Penal y de la Criminología Historia y Legislación Comparada*, Buenos Aires, Editorial Losada S.A. 1964 t.I p. 1045/1048.

⁵ CAVALLERO, *El Delito Imposible...* ob. cit. p.112.

ampliamente las necesidades defensivas como las características particulares de cada caso”.

En sentido coincidente aunque con algunos detalles en lo referente a sus concepciones, cabe citar a Eusebio Gómez quien entiende que todas las distinciones entre imposibilidad absoluta y relativa son incompatibles con la peligrosidad, que es el criterio que debe presidir la represión. Las circunstancias personales y de hecho podrán consentir la atenuación de las sanciones por la menor peligrosidad revelada e incluso la impunidad del agente si éste no fuera peligroso. Con una postura muy cercana a la teoría peligrosista de Garófalo, Gómez sostiene que el hecho de que la tentativa imposible no comporte peligro, no justifica la indiferencia del derecho ante su producción, cuando de la misma surge la prueba de un sujeto peligroso del cual la sociedad debe defenderse⁶.

3) La discusión en torno a la tentativa inidónea. Breve reseña de las diferentes construcciones teóricas elaboradas a los fines de legitimar el castigo de la tentativa

En relación a nuestra doctrina nacional no debe desconocerse la gran importancia y aportes en el tratamiento de la presente cuestión, por parte de destacados doctrinarios argentinos. Sin embargo, por razones de brevedad expositiva, me referiré específicamente algunos de ellos. En cuanto a la posición adoptada por Ricardo Núñez, me referiré a su pensamiento adecuado y actualizado por los Dres. Roberto E. Spinka y Félix González. Sostiene el autor, que la disposición no trata de la tentativa imposible sino del delito imposible, atendiendo a lo que surge del artículo en cuestión así como también a la razón del castigo de la tentativa que se encuentra en la peligrosidad de los actos ejecutados del delito, en relación al bien protegido por la ley. Siendo característico del párrafo en cuestión que el delito sea imposible, mal puede pensarse que el mismo supone la existencia de una tentativa.

El delito imposible contiene la finalidad de cometer un delito determinado y la falta de consumación por causa ajena a la voluntad del autor. Carece de comienzo de ejecución. En cambio sí realiza aberrantemente actos tendientes a lograr su designio, sea que su error o ignorancia recaiga sobre la idoneidad del medio elegido, naturaleza del objeto o su propia calidad personal o funcional requerida por el delito que tiene el propósito de cometer.

En cuanto al fundamento del castigo, entiende que constituye un injerto irregular en el sistema del Código Penal, un caso de delictuosidad puramente subjetiva.

⁶ CAVALLERO, *El Delito Imposible....* ob. cit. p.113/14.

Luego, concluye en relación al castigo del delito imposible, que este no se funda como en la tentativa, en el peligro que los actos ejecutados crean para el bien protegido, porque siendo inidóneos esos actos, la posibilidad de peligro queda descartada. El criterio para determinar la pena aplicable al autor en el caso concreto es la peligrosidad revelada por el delincuente, la peligrosidad en el sentido de mayor o menor probabilidad de que el sujeto delinca. Sostiene que aquí juegan sistemáticamente los artículos 40 y 41 del CP⁷.

Zaffaroni distingue entre la apariencia de tentativa o no tentativa y el delito imposible o tentativa inidónea, sostiene así que la tipicidad del delito tentado depende de que se cumplan los requisitos objetivos y subjetivos del tipo en la medida requerida para los puros actos ejecutivos, es decir que requiere la ejecución del delito de que se trata, por lo que hay atipicidad cuando la tentativa es solo aparente, cuando solo parece que se está ejecutando un delito pero en realidad no se lo ejecuta; lo cual sucede cuando faltan ab initio los elementos propios de la tipicidad objetiva, es decir que existe un error de tipo al revés. No hay comienzo de ejecución cuando falta el objeto o sujetos típicos, lo mismo cuando falta el medio, o cuando el mismo es conforme al plan concreto absurdamente inidóneo, como en la tentativa mágica. En estos casos la pretensión de tipicidad choca contra el principio de legalidad al faltar el comienzo de ejecución exigido por la ley, y contra el art. 19 de la CN, al faltar el peligro para el bien jurídico. Para el autor es distinto el caso de la tentativa inidónea o delito imposible, que si bien todas las tentativas parecen ser idóneas ex ante e inidóneas ex post, en el delito imposible si bien hay tipicidad objetiva y ex ante el medio aparece como idóneo, ex post se verifica una aberrante inidoneidad del medio para consumar el delito. Sostiene que la penalidad se cuantifica en razón del daño o peligro causado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 41 1º párrafo C.P., y como en los casos de aberrante inidoneidad del medio ex post se verifica una imposibilidad absoluta de causar cualquier daño, la ley establece una escala penal menor⁸.

Analizando la cuestión desde la perspectiva doctrinaria extranjera comenzaré citando a Cancio Mellíá para quien el marco común de la regulación de la tentativa, se ve caracterizado en lo esencial por la tensión entre el comienzo objetivo de la conducta

⁷ NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de Derecho Penal, Parte General* 4ª edición actualizada por SPINKA, Roberto E. y GONZÁLEZ, Félix, Córdoba, 1999, Marcos Lerner Editora Córdoba, p. 232/237.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *“Estructura Básica del Derecho Penal”*. Buenos Aires, 2009, Ediar, p 156/157vta.-

y los elementos subjetivos que acompañan a la exteriorización de esa conducta⁹. En el ámbito de la discusión dogmática originada sobre todo en Alemania, donde más precisamente se da un problema análogo al de nuestro art. 44 in fine, en relación a lo dispuesto por el art. 23 III del Código Penal Alemán StGB¹⁰, podría decirse que son tres los modelos que se han desarrollado a los fines de la explicación de la tentativa, así se han expuesto teorías de carácter objetivo ya sean de orientación mas formal (en tanto requieren la ejecución de actos pertenecientes al tipo) o material (puesta en riesgo del bien jurídico protegido); también teorías que sostienen como punto de partida de punición de la tentativa la manifestación de la voluntad subjetiva del autor dirigida a la realización del hecho; y en un tercer lugar teorías que superan la contraposición objetivo- subjetivo, que introducen en la construcción también elementos en los que se consideran los efectos del hecho tentado en el conjunto de la comunidad jurídica en general, combinando en función de ello elementos objetivos y subjetivos¹¹.

Brevemente me referiré en forma simplificada a estos diferentes grupos de teorías:

a) Teorías Objetivas: para estas teorías la razón que fundamenta el castigo en el delito tentado se encuentra en el peligro que el mismo, crea para el objeto de la acción, el cual se construye sobre la idea de relación causal posible entra acción y resultado.

La llamada antigua teoría por Mezger, busca su asiento desde Feuerbach (Lehrbuch, 4º Edición 1808) en que la acción, según su naturaleza externa, se halle al exteriorizarse en relación causal con el delito que el sujeto se propuso cometer y por ende, que sea objetivamente peligrosa. Con Mittermaier (en 1816) esta doctrina trató de precisarse con la distinción de inidoneidad absoluta y relativa.¹² Las tentativas absolutamente inidóneas por no crear peligro no son punibles a diferencia de las relativamente inidóneas que si lo son. Medida para la distinción de inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista ex post, vale decir el del juez¹³.

⁹ CANCIO MELLIÁ, Manuel, “*Consideraciones sobre una Regulación Común Europea de la Tentativa*”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 15, XIII, p 425, citando a Tiedemann, FS Lenckner . 432.

¹⁰ El art. 23.III StGB expresa: “Cuando el autor, por incomprensión básica, haya ignorado que la tentativa, por el tipo de objeto o de los medios que debían emplearse para realizar el delito, no puede llevar a la realización de este, el tribunal podrá prescindir de aplicar la pena o atenuarla según su justo parecer (art 49 apartado II)”.

¹¹ CANCIO MELLIÁ, Manuel “*Consideraciones...*” ob cit. p. 425/426.

¹² JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal, El Delito y su Exteriorización*, Buenos Aires, 1907, Editorial Losada S.A., t VII , p. 665.

¹³ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General*, trad. Carlos Fontán Balestra , Buenos Aires, 1956, Roque Depalma Editor, p. 196.

La moderna teoría objetiva (teoría de la peligrosidad objetiva v. Liszt y v. Hippel) La tentativa es peligrosa, si un hombre comprensivo hubiera considerado probable el resultado en el momento del hecho. El punto de vista del juicio es aquí ex ante¹⁴. Al respecto Welzel presenta aquí un ejemplo aclaratorio: tentativa de homicidio con un arma de fuego que un tercero había descargado secretamente. Según la teoría de la peligrosidad resulta una tentativa peligrosa, según la teoría objetiva anterior una tentativa absolutamente inidónea.

Según las teorías objetivo- materiales merece pena la tentativa peligrosa objetiva- concreta. Por lo que la tentativa no es peligrosa si de una prognosis objetiva ex post solo se reconoció una posibilidad de éxito muy reducida. Resulta decisiva la valoración que hace el Juez quien debe analizar el hecho desde una posición de observador imparcial con anterioridad a la ocurrencia del hecho¹⁵.

Desde otra perspectiva Farré Trepát afirma que una tentativa debe considerarse peligrosa y por tanto punible cuando a través de un juicio ex ante, la producción del resultado parece posible. Si por el contrario la posibilidad de producción del resultado queda excluida la tentativa no es peligrosa, y por lo tanto impune¹⁶.

b) Teoría subjetiva: esta tesis entiende que una acción es idónea para constituir una tentativa criminal, cuando atendiendo al criterio del propio agente, se considera que su conducta es apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva. Así conforme a la teoría de Von Buri, quien desde mediados del XIX la sostuvo insistentemente, la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de la voluntad, ya que carece de resultado y cualquiera que sea el medio idóneo o inidóneo debe sancionarse ya que en todos los casos se revela una intención criminal. Para Von Buri es indiferente que el agente se sirva de medios idóneos o inidóneos para la realización de su voluntad o que haya dirigido ese medio contra un objeto idóneo o inidóneo. Desde el momento que el agente este convencido de que son idóneos, no hay razón para su impunidad¹⁷.

Desde de la dirección monista subjetiva, fundada por Armin Kaufmann, en la cual podemos citar a Struensee, Horn, Zielinski, Sancinetti, se han llegado a las

¹⁴ WELZEL, Hans, *Derecho Penal Parte General* ..- ob. cit. p 196.

¹⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2010, Rubinzal Culzoni , t.VI *Tentativa y Omisión* p.101/102 citando obra de los autores Maurach -Gössel -Zipf, *Derecho penal Parte General* , trad de la 7ª Edición alemana ...,Buenos Aires 1994 ,IV,135.

¹⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*.. ob. cit. p 106 citando obra de la autora Farré Trepát, Elena *La tentativa del delito*, Bosch, Barcelona 1986,p285/286.

¹⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luís, *Tratado de Derecho Penal, El Delito y su Exteriorización*, Buenos Aires, 1907, Editorial Losada S.A., t VII , p. 670/71

conclusiones mas extremas, limitando lo injusto típico a un desvalor de acción subjetivamente entendido (desvalor de intención) que hace que la norma tenga por objeto la resolución activa y desde el momento en que al autor crea haber hecho todo lo necesario para la consecución del resultado, el ulterior desarrollo del suceso dependa del azar. Se le reprocha a esta concepción que el contenido típico de lo injusto es, diferente según que el autor realice el resultado típico o que su hecho permanezca en el estadio de la tentativa o que tan solo – como en los casos de una tentativa inidónea no peligrosa – haya sido imaginado. Se les critica que Kaufmann y sus seguidores han perdido de vista el principio del hecho¹⁸.

Por el contrario la dirección que parte de un concepto de injusto dualista - subjetivo, dentro del cual citaré a Gallas quien sostiene que el desvalor de acción no puede agotarse en el desvalor de la intención. A esta última debe añadirse la oportunidad real de la realización del resultado, es decir solo el intento acabado (ex ante) idóneo proporciona el pleno desvalor de acción de un delito de resultado, así, deben haberse cumplido los elementos objetivos de la actividad o al menos aparecer como posibles¹⁹.

c) La teoría de la impresión: intenta encontrar una línea intermedia entre las tesis objetiva subjetiva, a los fines de fundamentar la punición en la tentativa, y que dieran solución los temas de la tentativa irreal y a la tentativa inidónea regulada de nuestro Código Penal en el último párrafo del art 44, así como también del 23, III del Código Alemán StGB. Estas posiciones intermedias parten siempre de las teorías subjetivas hasta llegar a lo que se ha denominado teorías de la impresión. Afirman que habrá tentativa punible cuando la acción contraria a Derecho sea idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico²⁰.

Así a esta teoría seguida entre otros por Jescheck, Muñoz Conde, Rodríguez Mourullo, Meyer, entre los puntos deficientes que se le atribuyen se encuentra que la misma no nos dice cuando la exteriorización de voluntad causa la impresión que justifica el castigo. Hirsch, afirma que las críticas a la teoría subjetiva también deben aplicarse a la teoría de la impresión ya que ésta es solo una modificación de aquella, debido a que la diferencia con la teoría objetiva no esta basada en el peligro concreto de la acción sino solo limitando a la teoría subjetiva bajo aspectos psicológicos y

¹⁸ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal Obras Completas Libro Homenaje Tomo III*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni- Editores p 238/41.

¹⁹ HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho Penal Obras Completas* ob.cit. Citando a Gallas p 243/244.

²⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2010, Rubinzal Culzoni , t.VI *Tentativa y Omisión* p.53 citando obra de los autores Maurach –Gössel.

sociológicos. Se trata –según el autor- solo de una solución provisoria, por lo cual con conceptos generales se modifica la teoría de subjetiva. Refiere Hirsch que se trata de una salida de emergencia ya que al ser una variación de la teoría subjetiva, al contrario de la teoría objetiva “no se deriva de un disponerse a realizar una acción concretamente riesgosa o peligrosa, sino que supone solo una limitación a la teoría subjetiva bajo aspectos sicosociales”²¹.

d) Bacigalupo, basando su posición en la dogmática funcionalista, sostiene que en las leyes que declaran punible a la tentativa inidónea no hay diferencia conceptual alguna entre la tentativa idónea y la inidónea. Señala el autor que ambas formas de tentativa importan que el autor ha iniciado la ejecución y el resultado no se ha producido por circunstancias ajenas a su voluntad. Ambas están definidas en la misma disposición legal. El caso de imposibilidad sólo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado que en él se comprueba. Cuando el autor suponga que concurre un elemento del tipo (de hecho o de derecho), que luego resulta inexistente y que por eso impida la consumación, estaremos ante un caso de tentativa, sea inidónea o idónea. Por el contrario, cuando el autor suponga erróneamente la antijuricidad de su hecho, ello determinará un delito putativo. En relación al autor inidóneo la cuestión es muy discutida. Parte de los autores se inclinan por no admitir aquí tentativa sino sólo un delito putativo y, por lo tanto impune, así Welzel, Armin Kaufmann; Stratenwerth; Gladys Romero; el mismo Bacigalupo. En relación al ámbito de la inidoneidad de los medios, se refiere al problema de la utilización de medios mágicos o supersticiosos; sin duda aquí también se trata de una acción que no alcanza el objetivo propuesto por el autor por razones ajenas a su voluntad. Sin embargo, existe acuerdo general sobre la impunidad de estos casos en que el autor utiliza medios irreales, aunque los fundamentos dados son diversos. Los casos de inidoneidad del objeto son aquellos en los que el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación, y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente. Luego Bacigalupo refiere a la carencia de tipo, señalando que una parte de la teoría española piensa que los casos de inexistencia o inidoneidad del objeto determina la ausencia de tipicidad del comportamiento, así Jiménez de Asúa, Núñez Barbero, Rodríguez Mourullo, entre otros, destacándose al primero de ellos quien ha desarrollado la "teoría de la falta de tipo" según la cual solo puede hablarse de

²¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2010, Rubinzal Culzoni , t.VI *Tentativa y Omisión* p.55/57 citando obra del autor Hirsch Hans Joachim..

tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el resultado típico. Cuando además del resultado típico, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo; consistirá en una ausencia de tipicidad y, por lo tanto, la acción no será punible²².

e) Siguiendo con el análisis de las distintas tesis, cabe mencionar a las nuevas teorías objetivas”, dentro de las cuales se encuentra la posición de Hirsch, para quien lo decisivo es el modo en que la situación se representa desde el punto de vista ex ante, de una persona promedio razonable puesta en el lugar del autor, y si para esta persona también fuera exigible representarse que la realización de la acción típica es realmente posible, es decir que se pueda afirmar (ex ante) la peligrosidad concreta de la acción, entonces entra en consideración un comienzo de ejecución de la acción en cuestión y con él una tentativa. Desde esta posición: los casos de tentativa idónea no se distinguen bajo puntos de vista dogmáticos de los casos de tentativa inidónea, ambos tienen el mismo fundamento punitivo el cual no se encuentra en la teoría subjetiva sino en esta nueva teoría objetiva. El problema se encuentra según esta posición en la tentativa inidónea no peligrosa tratándose la misma de “circunstancias en las cuales el dolo conectado con el comienzo de ejecución no puede conducir desde un principio y según el punto de vista ex post, a la realización del tipo y que tampoco representa ex ante un riesgo para ello”. Señala Hirsch que para estos casos resulta significativo el criterio que sostiene la posición dominante en Alemania en general sostiene respecto del fundamento de punición de la tentativa: el peligro para el conjunto del orden jurídico”. El problema según la visión de Hirsch estaría en la ubicación de la tentativa inidónea no peligrosa. Aquí no hay comienzo de ejecución, sino que el autor se lo ha imaginado. Lo único que hay es voluntad de actuar que no es peligrosa en relación con el hecho concreto. Debe analizarse si esta tentativa debe ser castigada. Se pone de relieve la cuestión del autor y su ánimo, y la compatibilidad con un Estado de Derecho. Concluye Hirsch en que solo la nueva teoría derivada del comienzo de ejecución objetivo determinado desde el punto de vista ex ante ofrece la solución real y correcta”²³.

Cabe situar a Roxín, también dentro de estas nuevas teorías objetivas, proponiendo lo que él llama la nueva solución diferenciadora, y afirma sobre las teorías

²²BACIGALUPO, Enrique, *anual de Derecho penal Parte General*, Exposiciones referidas a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1996, Editorial Temis S.A. p. 170/173.

²³ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General...* ob cit. p 110, citando Obras de Hirsch, Hans Joachim.

de Mir Puig, Hirsch -entre otros- que no peligrosa es una tentativa cuando el mencionado juicio del tercero reconoce ex ante que no puede darse el resultado. Sostiene que el problema se encuentra que según el Derecho vigente, es punible también la tentativa inidónea no peligrosa, según lo dispuesto en los art. 22 y 23 del Código Penal Alemán. Sostiene Roxín que aquí el castigo no se hace según el pensamiento de la peligrosidad sino solo que el legislador ha considerado mantener la punibilidad cuando una persona se decide por el delito aunque su acción no sea peligrosa. Bajo consideraciones de prevención especial, esta conducta es menos sancionable que la tentativa peligrosa.²⁴.

Próximo a Roxín se encuentra Gössel, quien afirma que la tentativa inidónea es aquella que bajo ninguna circunstancia puede conducir a la consumación del delito, pero que es punible ya que quien da principio a la realización del tipo conforme a su representación o con el fin de cometer un delito, comienza su ejecución, aún en el caso de inidoneidad²⁵. Sostiene Gössel- al referirse a la inexistencia de un tipo penal de tentativa independiente- que todos los estadios previos al perfeccionamiento del delito contradicen la misma norma de conducta. Por eso todos esos estadios deben relacionarse con el correspondiente perfeccionamiento, del cual son accesorios, y por eso es que no hay un tipo penal de tentativa independiente, sino solamente el tipo penal respecto del delito tentado en su consumación. Que cuando en el art 22 StGB, se define a la “tentativa” como “comienzo inmediato” hacia la realización del delito, se toma como base una idea de delito como un suceso progresivo captable procesalmente y con una finalización temporal, el cual reconoce distintas fases de evolución en la realización del tipo penal y sin regreso respecto de la realización aunque sea solo parcial, de aquellos elementos que lo designan como punible. Allí reside una decisión legislativa que no puede dejarse a un lado. Luego expresa que la figura jurídica de la tentativa inidónea es compatible con ello: así como cada acción con medios inidóneos aspira a una meta propuesta y en la persecución de ese fin puede avanzar, así lo mismo una acción con el fin de lesionar un bien jurídico²⁶.

²⁴ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General...* ob cit. p 110/111, citando Obra de Roxin, Claus

²⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General...* ob cit. p 113/114, citando Obra de Maurach-Gössel, siguiendo los lineamientos de Gössel.

²⁶ GÖSSEL, Kart Heinz, “*Consideraciones teórico normativas sobre la punibilidad de los delitos no consumados*” Revista de Derecho Penal, 2009-1 Consecuencias jurídicas del delito- I Director Edgardo Alberto Donna, p.520/522.

4) Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea en el Código Penal Español

La redacción del artículo 16 del Código Penal Español - año1995-²⁷ ha traído diferentes posiciones en la doctrina, en cuanto a la punición de la tentativa inidónea ya que ha desaparecido la referencia expresa que contenía la redacción anterior en relación a esta cuestión. Así, podemos encontrar puntos de vistas subjetivos -entre los que puede citarse a Cerezo Mir-, objetivos- Núñez Barbero, Antón Oneca, Mir Puig-, y criterios subjetivos-objetivos- así Rodríguez Mourullo-

Dentro de las posturas señaladas y mas precisamente la objetiva, me referiré a la seguida por Mir Puig, por entender –siguiendo al autor- que la construcción que él desarrolla en torno a la cuestión, resulta la mas adecuada a un Derecho Penal preventivo que impone un Estado Social y Democrático de Derecho. Señala Mir Puig que el Derecho debe penar comportamientos que ex ante, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa ex ante en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito. Señala el autor que la apariencia de inidoneidad ex ante implica por otra parte la realidad de la peligrosidad estadística del hecho. Tratándose de un peligro abstracto, a diferencia del peligro concreto que concurre en la tentativa idónea, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, si no que basta la peligrosidad típica de la conducta. En relación a los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el resultado, Mir Puig sostiene que tal objetividad solo puede entenderse en el sentido de intersubjetividad que supone que el observador ideal debe valorar la viabilidad del intento con arreglo a su interpretación de los hechos y a los conocimientos nomológicos ordinarios, pero ha de contemplar el intento con los datos de la situación que conoce el autor, si no se quiere dejar sin castigo todos los casos en que objetivamente no es seguro ni muy probable que el intento produzca el resultado. En opinión de Mir Puig esta es la posición asumida por el art. 22 de StGB Alemán, y el que entienden autores como Bacigalupo, entre otros citados por el autor²⁸.

Siguiendo a Rafael Alcácer Guirao, podemos afirmar que el peligro es una referencia esencial en el sistema del delito en la actualidad, la idea del peligro esta

²⁷ El art 16 del Código Penal Español expresa: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

²⁸ MIR PUIG, Santiago, “*Sobre la Punibilidad de la Tentativa..* ob. cit. p.5.

implícita en el propio fin que de forma casi unánime viene atribuyéndose al Derecho Penal, esto es la protección de bienes jurídicos. Señala el autor que a pesar de lo afirmado en la moderna dogmática jurídico penal no existen contornos precisos ni definidos de los modos de enjuiciamiento de dicho peligro, pero pareciera haber mayor claridad en torno a las formas de enjuiciamiento, esencialmente dos: ex ante y ex post²⁹. Finalmente Mir Puig señala -coincidiendo en esta cuestión con Alcácer- que el tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto. Como en todo delito de peligro abstracto, basta la peligrosidad ex ante de la conducta y es evidente que el bien jurídico que se pretendía lesionar no ha resultado próximo a aquella conducta. La razón última del castigo de la tentativa inidónea es la misma que ha llevado a castigar los delitos de peligro abstracto. En relación a éstos últimos Mir Puig cita el ejemplo del que conduce bajo el efecto de bebidas alcohólicas o drogas, para luego señalar que existe una relación estadística abrumadora entre el consumo de alcohol y los accidentes de tránsito; así sostiene que aunque en el caso concreto resulte (ex post) que ninguna persona concreta haya entrado en el radio de acción de la conducción bajo los efectos del alcohol, ésta conducción encierra una clase de peligro ex ante en el caso concreto, dice: pertenece a una clase de conductas que estadísticamente muestran una alta frecuencia de lesividad y son estadísticamente peligrosas.

Según lo expuesto, debe señalarse que el peligro estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto, es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea -si no es irreal o supersticiosa-, porque ninguna tentativa que queda en tal podía en el caso concreto producir la consumación. No puede contraponerse, pues, la tentativa idónea a la inidónea diciendo que la primera implica un verdadero peligro en el caso concreto, mientras que la inidónea sólo entraña un peligro estadístico. Así como tampoco debe existir una menor necesidad de castigo de la tentativa inidónea desde el punto de vista de su peligrosidad³⁰.

5) Conclusiones:

Debe tenerse presente que en la tentativa se castiga un intento fallido, siendo necesario como ya se expresó que dicho intento no solamente exista en la mente del

²⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael “ Enjuiciamiento del Peligro, Tentativa y Delitos de Peligro” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 9 A, Buenos Aires, editorial Ad Hoc p 416/417.

³⁰ MIR PUIG, Santiago, “*Sobre la Punibilidad de la Tentativa ..*” ob.cit. 12/14.

autor, sino que intersubjetivamente pueda hablarse de un intento, bastando para ello que una persona razonable situada en la posición del autor no considere irracional el intento.

Seguidamente y teniendo presente que toda norma pretende evitar la lesión de un bien jurídico penal, deberá dirigirse sus destinatarios antes de que ellos hayan realizado la conducta que puede producir al lesión; sino el mensaje normativo llegaría demasiado tarde (ex ante).

En cuanto a la punición de la tentativa para protección de bienes jurídicos, debe tenerse presente que aunque ninguna tentativa que queda en tal podía realmente lesionar el bien jurídico penal correspondiente, debe admitirse que la prohibición bajo pena de tentativa, puede contribuir a disuadir el emprendimiento de acciones que puedan efectivamente acabar lesionando el bien jurídico penal, cuando mas insegura sea la consecución de la consumación. Ello es válido tanto para la tentativa idónea como para la inidónea puesto que el autor ha de incluir entre los factores que puedan malograr su intento los posibles errores en que pueda incurrir y que hagan inidóneo su plan.

Finalmente, como he manifestado al comienzo de la presente exposición la tentativa inidónea tal como se encuentra regulada en el art. 44 último párrafo de nuestro Código Penal resulta manifiestamente violatoria de un derecho penal de culpabilidad y de hecho. La peligrosidad revelada por el delincuente no debe ser el fundamento de ningún castigo. En consecuencia el mencionado párrafo debería ser excluido de nuestro Código Penal.

Bibliografía consultada:

-BACIGALUPO, Enrique, Manual de Derecho penal Parte General, Exposiciones referidas a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela, Tercera reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1996, Editorial Temis S.A.

-CAVALLERO, Ricardo Juan, El Delito Imposible, La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino, Buenos Aires, Editorial Universidad año 1983.

-CEREZO MIR, José, Derecho Penal Parte General, Montevideo –Buenos Aires, IB de F Editorial,

-LASCANO, Carlos (h), Derecho Penal Parte General, Libro de estudios, Lección 14, Despontín, María Inés, Etapas de realización del delito, 1º edición, 1º reimpresión, Córdoba 2005, Editorial Advocatus.

-DE LA RÚA, Jorge, Código Penal Argentino Parte General, Córdoba 1972, Lerner Ediciones.

-DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, 2010, Rubinzal Culzoni , t.VI Tentativa y Omisión .

- HIRSCH, Hans Joachim, Derecho Penal Obras Completas Libro Homenaje Tomo III, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni.

-JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís Tratado de Derecho Penal tercera Edición Actualizada , Concepto de Derecho Penal y de la Criminología Historia y Legislación Comparada, Buenos Aires, Editorial Losada S.A. 1964 t.I .

-JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, Tratado de Derecho Penal, El Delito y su Exteriorización, Buenos Aires, 1907, Editorial Losada S.A., t VII .

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, Parte General 8ª Edición, 2ª reimpresión Montevideo- Buenos Aires , IB de F Editorial.

-NÚÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte General 4º edición actualizada por SPINKA, Roberto E. y GONZÁLEZ, Félix, Córdoba, 1999, Marcos Lerner Editora Córdoba.

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo J.M. Bosch Editor S.A. reimpresión 2002

-SOLER, Sebastián , Derecho penal Argentino, Buenos Aires 1976, Tipográfica Editora Argentina, t II, p. 218/219.

- STRUENSEE, Eberhard, Dolo Tentativa y Delito Putativo (traducción Marcelo Sancinetti) Buenos Aires, Mayo 1991, Hamurabi José Luís Depalma, Editor.

-WELZEL, Hans, Derecho Penal Parte General, trad. Carlos Fontán Balestra , Buenos Aires, 1956, Roque Depalma Editor.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “Estructura Básica del Derecho Penal”.Buenos Aires, 2009, Ediar.

Artículos:

-ALCÁCER GUIRAO, Rafael “Enjuiciamiento del Peligro, Tentativa y Delitos de Peligro” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 9 A, Buenos Aires, editorial Ad Hoc p 416/417.

-ALCÁCER GUIRAO, Rafael “¿ Protección de Bienes Jurídicos o Protección de la Vigencia del Ordenamiento Jurídico?” Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal nº 11, Buenos Aires, editorial Ad Hoc p 293/335

-GÖSSEL, Kart Heinz, “Consideraciones teórico – normativas sobre la punibilidad de los delitos no consumados”, “Consecuencias Jurídicas del Delito – I Doctrina Jurisprudencia, Actualidad; Donna Edgardo”, RDP Buenos Aires 2009-1p. 507/522.

-MIR PUIG, Santiago, “Sobre la Punibilidad de la Tentativa en el nuevo Código Penal”(enlínea)RECPC 03-06 (2001) Dirección: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html (consulta 22/04/10)

-RIGHI, Esteban “La punibilidad de la tentativa en la reforma penal” Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal N° 6 p. 81/95.

- SANCINETTI, Marcelo A. ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? A la vez una fundamentación de la punibilidad de la tentativa, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 1 y 2, Buenos Aires p.51/72.

-CANCIO MELLIÁ, Manuel “Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 15, p 419/34.

- CÓDIGO PENAL ARGENTINO

-CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

- CÓDIGO PENAL ALEMÁN StGB