

**TITULO: ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO ELABORADO POR LA COMISION PARA LA REFORMA DEL CODIGO PENAL DE LA NACION, CREADA POR DECRETO DEL P.E.N. NRO. 103/2017.**

**TEMA: PARTE GENERAL:** Tentativa y desistimiento voluntario -arts. 42 a 44-.

**AUTORES: RODOLFO BARBARO Y DANIEL PAGNOTTA**

### **TEXTO VIGENTE**

Artículo 42.- 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 44.

Artículo 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

Artículo 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiera 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 fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuere 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.

### **TEXTO PROPUESTO POR LA COMISION ACTUAL**

Artículo 42.- Al que con el fin de cometer un delito determinado hubiere comenzado su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, se le impondrán las penas determinadas en el artículo 44.

Artículo 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena si desistiere voluntariamente del delito.

Artículo 44.- En el supuesto previsto en el artículo 42, la pena que correspondiera al agente, si hubiere consumado el delito, se reducirá en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo.

Si la pena fuese de prisión perpetua, la pena de la tentativa será de quince (15) a veinte (20) años de prisión.

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

#### **TEXTO PROPUESTO POR LA COMISION FORMADA POR DECRETO 678/2012**

Tentativa y desistimiento

1. 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.

2. El autor o partícipe de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito o impidiere su consumación.

#### **ANALISIS DE LA COMISION FORMADA POR RESOLUCIONES 303/04 y 136/05:**

La comisión resolvió mantener, en general, las disposiciones sobre tentativa y desistimiento voluntario (título V, arts. 36, 37 y 38), en el entendimiento de que no han generado mayores inconvenientes interpretativos. Sólo se han introducido dos modificaciones. La primera en orden a la penalidad del delito tentado, previéndose una disminución de la escala conminada en la mitad del mínimo y del máximo de la pena

correspondiente al delito consumado. Aún cuando de acuerdo a las pautas del Código Penal del 1921 se estimó correcto el criterio según el cual primero se fija el mínimo de la pena y después el máximo, la Comisión ha considerado adecuada una reducción de la penalidad en la mitad del mínimo y la mitad del máximo, uniformando así las variantes interpretativas existentes sobre el texto actual. A esos efectos, se ha estimado que cualquier razón político criminal de determinación de la escala de la tentativa debe someterse a los principios constitucionales y, en este sentido, la lesividad y el distinto grado de conflictividad obligan a establecer una pena claramente diferenciada entre un delito consumado y otro tentado. En segundo lugar, se establece que en caso del llamado delito imposible la pena podrá eximirse o reducirse al mínimo legal teniendo en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico. De este modo, se elimina toda referencia expresa o implícita a la “peligrosidad”, propias de un derecho penal de autor, lesionando los principios constitucionales que condicionan la actividad legislativa y jurisdiccional penal de un Estado de Derecho, tal como recientemente lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Fermín Ramírez c. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). Asimismo, se adopta un criterio uniforme en orden al diverso entendimiento de los supuestos de “delito imposible”, al quedar referenciada su configuración sólo por el peligro al bien jurídico, resultando atípicos otros supuestos.

## **ANALISIS DEL TEMA**

Entendemos que los artículos sobre la tentativa en la legislación vigente en general son correctos a la vez que es necesario en un ordenamiento penal redactar en forma clara los distintos artículos que comprenden un código penal. En este sentido, solo mencionamos y criticamos que no se hace mención en el artículo 43 del C.P. de aquél que impide la consumación de un delito. También creemos que el artículo 44 en su redacción actual resulta ser poco preciso al fijar la escala penal que los operadores judiciales deben tener presente a la hora de mensurar la pena.

### **-PROPUESTA DE REDACCION (la variante es lo subrayado)**

Artículo 42: 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 44.

Artículo 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito o impidiere su consumación.

Artículo 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito, se disminuirá en un tercio en su mínimo y máximo.

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 la tentativa será prisión de diez a quince años. Si el delito fuere 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.

### **-DESARROLLO**

En torno al art. 44 cuya redacción proponemos se haga variar, entendemos que respecto del fundamento penal de la tentativa es importante destacar que dicho instituto como injusto material significa que sólo puede ser punible cuando existe un injusto penal. Debe tenerse en cuenta que con el desarrollo de la doctrina del injusto personal se fortaleció el fundamento de que la tentativa es un ilícito punible, ya que una persona dentro del ámbito jurídico –que constituye el mundo jurídico, con su actuar- procede a violar un elemento de la libertad existencial (bien jurídico) legalmente reconocido. De este modo, una concepción material exige que deba darse una unión entre elementos objetivos y subjetivos. En este sentido, no hay duda alguna de que ello exige que se den iguales criterios que en el delito consumado, lo cual nos ha inclinado por incrementar la pena del delito tentado en el mínimo de la escala penal respectiva.

El fundamento de la punibilidad de la tentativa es el mismo del delito consumado. En ambos casos se trata de una reacción al quebrantamiento de la ley, y por ende con ello se busca la supresión del peligro que la acción acarrea para la vigencia de la norma. Por ello es que somos de la idea de que la escala penal a aplicar en el instituto de la tentativa no debe variar demasiado de la escala a aplicar en el delito consumado.

Respecto del artículo 43 del C.P. cuya redacción también hemos modificado, entendemos que no es exacto en términos lógicos que aquel individuo que desistiere voluntariamente del delito quede comprendido en dicho instituto y no así aquel que, ya iniciado el iter criminis impidiere su consumación.

En primera medida se destaca que el desistimiento voluntario tiene como presupuesto elemental que el hecho haya quedado en la etapa de tentativa, esto es: que no se haya consumado. Una vez que se ha consumado el hecho, no tiene el autor posibilidad de encuadrar su conducta en lo dispuesto por el artículo 43 del Código Penal, debido a que ya se ha dañado el bien jurídico. De este modo a los efectos del desistimiento y como una noción previa, la acción del autor no debe haber llegado al grado de la consumación. En este punto la cuestión no ofrece dudas. Como bien dice Roxin, “la tentativa es impune cuando el autor desiste voluntariamente”. Pero la forma del desistimiento es muy diferente en la tentativa inacabada y en la acabada. En la tentativa inacabada es suficiente renunciar voluntariamente, o sea un simple terminar. Cuando el asesino que ya ha apuntado a la víctima con la pistola, repentinamente lo piensa mejor y baja el brazo dejando correr a la víctima, entonces él es impune. Es muy distinto con la tentativa acabada. Cuando el autor ya ha hecho todo lo que creía necesario para causar el resultado, o sea cuando por ejemplo, ha puesto la bebida envenenada frente a la víctima, solamente puede alcanzar la liberación de pena cuando impida que se produzca el resultado interviniendo activamente. Entonces antes de que la víctima haya tomado la bebida, tiene que tirarla o prevenir oportunamente a la víctima. Con ello, la idea básica de la regulación legal es sencilla. Casi en iguales términos la doctrina ha sostenido que es necesario que el autor evite el perjuicio al bien

jurídico, pero se debe diferenciar la tentativa concluida de la tentativa no concluida. En la primera, el autor deberá desandar el camino delictivo, en cambio en la segunda, basta con que el autor no continúe con su acción. De tal suerte sostenemos que la norma debe ser clara al referirse al accionar que lleva a cabo el autor ya sea en forma activo cuanto pasivo.

**-JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA:**

Art. 43. La configuración del denominado desistimiento, a los fines de la no punibilidad de la tentativa, exige que el autor lo realice voluntariamente y que además, en el supuesto más avanzado del iter criminis, evite el resultado ilícito al que su actuar se encaminaba, circunstancia que no se verifica si se continúa con todos los actos propios del objeto perseguido. (Cámara nacional criminal y correccional sala 1ra. 14/08/2000-Lago Silvia, LL 2001-C-463) ( C. ,B. N. s/ Recurso de Casación, Tribunal casación penal de la provincia de Buenos Aires.) (Cámara Criminal de Comodoro Rivadavia, 17/04/2000 –V.R.J. y otros.)  
Edgardo Alberto Donna, derecho penal parte general, Tomo VI, tentativa omisión. ///  
Horacio J. Romero Villanueva, Código penal de la Nación comentado.