

UM

Facultad de Derecho, Ciencias
Políticas y Sociales

UNIVERSIDAD
DE MORÓN

Asociación de Magistrados y
Funcionarios del departamento
Judicial de Morón

Curso de Posgrado

*Abogado Especialista
en la Función Judicial*

Monografía:

“EL DELITO IMPOSIBLE”

Cátedra de **Derecho Penal**

Titular Dr.: **Jorge Ricardo Puricelli**

Alumnos:

Antonio Claudio Mele

Eduardo Nicolás Pechia

DELITO IMPOSIBLE

*“El crimen mayor, es aquel que se comete con
conciencia de impunidad” Hobbes*

INTRODUCCIÓN:

Cuando elegimos el tema nos pareció que el delito imposible debe analizarse desde un doble aspecto, por un lado su constitucionalidad y por otro que su punibilidad no depende de la culpabilidad, sino de la presencia o ausencia de peligrosidad, conforme la norma que regula dicha materia.

Dentro del primer aspecto, su estudio se vincula con los principios de lesividad y legalidad, contenidos en los arts. 18 y 19 CN, en tanto que en el segundo de ellos, es su apartamiento al sistema de la culpabilidad para utilizar un concepto proveniente del positivismo criminológico que la doctrina contemporánea, trata de erradicar de nuestro sistema penal.

La defensa contra el delito no debe sin embargo alterar el sistema de los valores morales sobre el que se basa la ley penal y que es el paradigma de la responsabilidad individual. Esto debe subrayarse ante la perturbación de los principios sobre los que la comunidad humana ha puesto sus bases. El reconocimiento y la reafirmación de los valores humanos, que substancian el imperativo penal, es una exigencia fundamental para la supervivencia de la civilización en este tiempo en el que, con el avance del progreso tecnológico, aumenta el número y la variedad de los comportamientos ilícitos. Las modernas conquistas sociales, que se concretan en una expansión de las posibilidades del hombre, parecen en verdad acompañarse de una erosión del respeto de las normas morales y de una mayor discrepancia entre sistema normativo y sistemas de valores.

Desde el punto de vista del interés del grupo social, el sistema penal se considera como dirigido a controlar las manifestaciones delictuosas y a reducirlas al máximo posible.

A través del presente trabajo, trataremos de dilucidar los interrogantes señalados

precedentemente.

1 EVOLUCION HISTORICA:

Antecedentes históricos, doctrinarios

y legislación comparada:

Cuestión previa terminológica:

La fórmula *delito imposible* es, en verdad, contradictoria, en razón de que una conducta dolosa que carece de aptitud, *ex ante* para realizar el tipo objetivo no puede en modo alguno calificarse de delito, porque, a lo sumo será una tentativa. La fórmula *delito imposible* es, obviamente, un contrasentido.

No obstante que tanto del punto de vista técnico como lingüístico parecemos más ajustada la denominación *tentativa inidónea*, debe tenerse en cuenta que nuestro Código penal emplea la denominación *delito imposible* (art. 44).

Antecedentes históricos:

a) El derecho romano:

La tentativa se castigó en Roma tal cual como el delito consumado en los casos graves como regla general, según entiende la *communis opinio*.

Si bien se trata de un concepto controvertido, puede afirmarse que la diferenciación entre el delito consumado y el tentado alcanza algún grado de evolución durante el imperio. Blasco Fernandez de Moreda expone como resultado de sus investigaciones que “la represión de los actos de tentativa se extendió del *crimen maiestatis* a otros graves y públicos *contra tenorem rationis*, *contra rationem iuris*, *propter publicam utilitatem*. En el

área de los crímenes *extra ordinem*, desenvueltos a partir del reinado imperial de Augusto, los magistrados pudieron sancionar con *poena extraordinaria* –fuera de los casos castigados por la ley con pena ordinaria- los casos de delito intentado, en que, los actos externos puestos en obra, se considerasen peligrosos para la paz pública o la seguridad individual, y así Claudio Saturnino dejó escrito: *punintur consilia, ut coniurationes et latronum conscientia; quosque alios suadendo invisisse seeleris est instar*. Y es de la suerte como en el derecho romano, llegóse a distinguir, conceptualmente y en orden al grado de penalidad, el *flagitium perfectum* y el imperfecto”.

b) Los prácticos:

Fue entre los prácticos italianos donde empezó a perfilarse una noción de la tentativa, elaborada mientras buscaban el equilibrio entre el elemento subjetivo y el objetivo o daño.

De ahí la conocida fórmula de Alberto Gandino (siglo XIII), en virtud de la cual quien ideara, obrara y consumara sería castigado; si, por el contrario, idease y obrase, pero no consumase, habría que distinguir, si quiso y pudo, o si quiso y no pudo. El que quiso y pudo perfeccionar el delito y no lo perfeccionó, merecía gracia. El que quiso, pero no pudo concretar el crimen proyectado, debía ser castigado, porque, en los delitos, cuenta la mala voluntad y no el éxito (*Tractatus de maleficiis, de poenis reorum*, nº 2).

Escribía Farinacio, referido a lo que hoy llamamos delito imposible, que estaba exento de pena quien tratase de delinquir de modo que, de haber proseguido su intento, no pudiera resultar daño para nadie: *si fuisset secutum, nemini nocuisset* (*Praxis et Theor, criminalis, de homicidio, quaest. 124*).

c) Desarrollos ulteriores:

El derecho germánico en la célebre *Constitutio Criminalis Carolina* (año 1532)

contenía una definición general de la tentativa que distinguió claramente la tentativa de la consumación, basándose en la tradición medieval italiana que dominó hasta el siglo XIX. El art. 178 de la Ordenanza de Carlos V, exigía que los actos de tentativa pudieran ser apropiados para la consumación del maleficio, de donde se desprende que dejaba al margen de la punición a la tentativa inidónea.

La dogmática penal del siglo XIX debió abordar el problema de la inclusión o no de los actos preparatorios en la tentativa punible y fundamentalmente la cuestión de la tentativa inidónea. La respuesta variaba según se viera el fundamento jurídico-penal de la tentativa en la voluntad criminal del agente, o en la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo.

En la controversia sobre la punibilidad de la tentativa inidónea se enfrentaban ya a comienzos del siglo XIX una tendencia objetiva y otra subjetiva. La primera negaba la punibilidad, la segunda la propiciaba con ciertas limitaciones.

Existen códigos como el de Colombia que no define el delito imposible, limitándose a establecer una pena atenuada para su autor y hasta a permitir se le exima de represión, según el grado de peligrosidad que con su conducta revelare.-

d) En las legislaciones española y argentina:

Finalmente, el código franquista de 1944, pena como la tentativa los casos de imposibilidad de ejecución o de producción de delitos. La vigencia simultánea de este código y de la ley de vagos y maleantes, ha planteado a los intérpretes la cuestión de saber si, el precepto contenido en el art. 9 de la última, por el que se decretan medidas de seguridad para los autores de tentativa imposible, puede estimarse o no que aún subsista.

En Argentina, el art. 44 dice “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”

José Peco, estima la fórmula legal, “harto vaga” ¿Debe proscribirse de la doctrina y de las leyes la denominación “delito imposible”, universalizando la de tentativa inidónea?

Ernst Von Beling, sostiene que delito imposible en cuanto actuar inidóneo, resulta impune por atípico, no adecuado al tipo delictivo legal. En todo delito imposible hay error del agente, al determinar su acción.

El profesor de Palermo, Giuseppe Maggiore, mantenedor de la distinción entre el delito imposible y el putativo, vinculándoles substancial y respectivamente al error factis y al error iuris, trata, una y otra institución, al analizar en su sistema la culpabilidad.

2 CONCEPTO, LÍMITES y NATURALEZA:

La definición técnica del delito imposible:

Se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende al designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad “de origen “ de los medios empleados para realizarla, o bien, la inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean.

Sabemos que la tentativa comprende actos idóneos en el comienzo de ejecución y existencia de objeto jurídico. Pero resulta que en el delito imposible esos actos son inidóneos; es decir, se ubican por debajo del nivel típico mínimo requerido por la tentativa. Vale decir, no hay tipo sino apariencia de éste.-

Por lo pronto señalaremos que la afirmación de que la inexistencia de objeto constituye hipótesis de falta de tipo y no delito imposible, se contradice con el criterio de la legislación comparada que niega tal distinción; considerando la inidoneidad del medio y la inexistencia de objeto como delitos imposibles.

Entre nosotros un autor como Soler, no distingue entre medio y objeto a los fines del delito imposible e, incluso, también remite al delito imposible los actos en que en la doctrina alemana, a partir de Beling, se denominan carencia de adecuación..-

Habría propósito de envenenar y actos externos, pero no comienzo de ejecución porque esto supone actos idóneos, es decir, conducta apta para lesionar un bien jurídico. El delito imposible es conducta inapta para lesionar.

Esto es lo que discurre Zaffaroni cuando pretende equiparar el delito imposible a la tentativa. El aspecto subjetivo será igual para uno y otro fin de cometer un delito determinado; pero falla el aspecto objetivo: el delito imposible carece de comienzo de ejecución típica. No se comienza nada relevante. Zaffaroni distingue entre comienzo de ejecución útil e inútil. El comienzo de ejecución siempre debe ser útil. De lo contrario, no es comienzo de ejecución.

Para asimilar al delito imposible, desde el punto de vista constitucional, es preciso entenderlo como una excepción única a la regla general que exige la estricta acuñación típica previa (no hay delito sin tipo). Así, el delito imposible se manifiesta como una forma atípica excepcional. Por ello el ámbito de su aplicación debe ser severamente controlado. Estas afirmaciones no deben asombrar si se piensa que el delito imposible es el único supuesto cuya punibilidad depende de la peligrosidad del autor y no de la suma de los elementos constitutivos del delito . Para mayor abundamiento, no debe olvidarse que la responsabilidad objetiva representa también una excepción al principio nulla poena sine culpa, que algunos pretenden de raigambre constitucional. Sin embargo rige en nuestro sistema legal aquella clase de responsabilidad.

Un punto que conviene aclarar es el referente al grado de la inidoneidad del medio o la inexistencia del objeto en el delito imposible. En principio señalemos que en ambos supuestos debe exigirse una inidoneidad e inexistencia absolutas. Desde luego, este

concepto admite excepciones que, como tales, se apreciarán sin que ello desvirtúe la regla general que hemos sentado. Por ejemplo el azúcar representa un medio absolutamente inidóneo para matar, pero suministrado a un diabético de especiales características, puede ser mortal o poner en riesgo su salud. Lo mismo podría decirse del agua; pero suministrada copiosamente a un enemigo sediento puede causarle un estremecimiento mortal. Pero vayamos a un ejemplo límite, casi alucinante: el apuñalamiento de un cadáver que previamente había sido sometido a un tratamiento crónico.

Respecto del medio no existe dificultades mayores para exigirlo absoluto (agua, sal, azúcar, harina, cuchillo de teatro, rezos) Pero donde surgen cuestionamientos es con relación al objeto inexistente. Tal como se expresa, el objeto jurídico no debe existir, lo que implica afirmar que no se halle en otro lugar o que, por casualidad, se haya desplazado en el espacio en el momento de la eventual lesión. Por ello es que los supuestos de existencia relativa deben considerarse tentativa frustrada. Si por casualidad o deliberadamente la supuesta víctima no se hallaba en el lugar de la agresión, el hecho es tentativa porque comenzó la ejecución de delito posible que circunstancias de lugar frustraron. Claro que la inexistencia de la víctima en el momento témporo-espacial puede asumir amplios supuestos, puesto que en un caso podría hallarse en un país vecino, pero en otro podría haberse trasladado al baño u otra habitación. Pero este último supuesto hace ver lo riesgoso de hacer residir la existencia o inexistencia del objeto en el aquí y ahora porque con ese criterio se soslayaría situaciones evidentes de tentativa. Quien dispara sobre algo que cree una persona, la que por casualidad se halla en otro lugar adyacente, comete tentativa. El que pretende apoderarse de cosas que por casualidad no estaban en dicho lugar realiza una tentativa de hurto. Ej.: caja fuerte vacía, etc.

Mientras un hecho sea posible de realización estaremos en el marco de la tentativa.

La imposibilidad no la improbabilidad es lo que signa al delito imposible. El delito

imposible sólo presenta visos de legalidad posible.

Esta imposibilidad puede darse a) por una deficiencia intrínseca de la acción, físicamente considerada y que puede residir tanto en la actuación voluntaria como en el resultado material propuesto; b) por una inadecuación de la acción a una figura legal, por no corresponder aquella exactamente a la forma en que la propia ley está concebida.

Hay delito imposible, cuando aquél no se consuma por un error de hecho acerca de la idoneidad de la acción.

Se advierten dos características esenciales, una subjetiva y otra objetiva: ***el error y la inidoneidad.***

Para nuestra ley, según lo hemos visto, es particularmente importante separar la tentativa del delito imposible, porque ambos son objeto de distinto tratamiento. En toda tentativa los hechos resultan inidóneos *ex post facto*.

En el delito imposible el error se hallaba como ínsito en el plan, y el autor, por la vía elegida, *no podía llegar* a la violación propuesta.

Para que exista un delito es preciso lesionar un bien jurídico o ponerlo en peligro abstracto o concreto. En el delito imposible los actos no tienen, en el caso concreto, capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley. Zaffaroni afirma que sólo en la tentativa existe peligro por el bien jurídico; pero agrega que el común fundamento para la prohibición de la tentativa y del delito imposible es el carácter amenazador que ambas presentan. En este pensamiento también se admite que el delito imposible no crea un peligro para el bien jurídico.

El sentimiento de inseguridad, el carácter amenazador o el mínimo de impresión que suelen emplear nuestros autores para señalar lo antijurídico del delito imposible, no parece referirse al hecho y sí a la subjetividad del autor. Esto último lo veremos al tratar la pena del delito imposible en función de la peligrosidad.

Habiendo demostrado que en el delito imposible lo antijurídico es sólo aparente, la consecuencia sistemática sería afirmar que tampoco existe culpabilidad.

La culpabilidad no existe, es solo aparente.-

La apariencia de culpabilidad dolosa, puesto que no hay criminalidad en el hecho. En defensa del principio nulla poena sine culpa se ha sostenido que el delito imposible requiere culpabilidad puesto que no podría castigarse a sujetos inimputables en tentativas inútiles. El delito imposible no requiere un sujeto culpable, pero si le exige imputable a fin de que posea aptitud espiritual para asimilar la coerción penal. La eficacia de la pena requiere como mínimo un sujeto imputable. Por esto es que el delito imposible a los fines de la pena requiere un sujeto imputable.-

Por ejemplo para Creus, en principio los delitos de mera actividad no podrían fundamentar un delito imposible. Consecuentemente, sólo podemos hablar de delito imposible o tentativa inidónea respecto de los delitos en que el autor ejecuta su acción en procura de un resultado (de lesión o de peligro) trascendente a dicha acción.

La doctrina nos proporciona un concepto amplio y otro restringido de *delito imposible*. El primero se da en todos aquellos casos en que, por la circunstancias propias de la acción, es imposible llegar a la consumación, ya por defecto de la acción misma, ya por defecto del objeto sobre el cual recae. Según el segundo el delito imposible se circunscribe a los casos de inidoneidad de la acción por su insuficiencia para producir el proceso causal que conduzca al resultado, es decir aquellos que se resuelven con *insuficiencia del medio*.

El concepto amplio llevaría a considerar muchos supuestos de falta de tipo como supuestos de delito imposible, ya que en la falta de tipo el impedimento no es materialmente causal ni proviene, por tanto, de la inidoneidad de la acción en orden al resultado, sino del defecto de otras características que son necesarias para la tipicidad. Disparar sobre un cadáver o apuñalarle constituye delito imposible.

Por supuesto que, en última instancia, cuando la acción es causalmente inidónea con respecto al resultado, hay también una ausencia de acción típica, pero es precisamente esa particular circunstancia –y sólo ella- la que da lugar a la consideración del delito imposible.

El concepto de delito imposible es hoy mayoritario en nuestra doctrina, tanto el “finalismo” de Zaffaroni, como el “causalismo” de Nuñez, coinciden en ese criterio: “la imposibilidad del delito no puede surgir de la inidoneidad del objeto sobre el que recae ... sólo provenir de la inidoneidad del comportamiento” (Nuñez).

Para Bacigalupo, la disposición del art. 44, párrafo 4º del Código Penal, no consagra un instituto especial, por lo cual no puede tampoco existir una diversidad (entre tentativa idónea e inidónea), prejurídica vertida en conceptos irreductibles; todo es la misma tentativa; la inidónea: “sólo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor desvalor del resultado ...una diversidad de penas no tiene por qué determinar una distinción conceptual”.

Al fin “toda tentativa es inidónea”, porque apreciada *ex post* no ha producido el resultado como lo propone Zaffaroni. En realidad lo que ocurre es que en la tentativa hay una interferencia causal, **y en el delito imposible una ineficacia causal sin interferencia alguna.**

Relacionado con el tema, se presenta la distinción entre la inidoneidad *relativa* y *absoluta* de la acción.

En la primera la inidoneidad se reduce al caso concreto: en él la acción ha sido inidónea para consumar el delito produciendo el resultado, pero si no se hubiesen dado las circunstancias dentro de las cuales se realizó, en otras distintas hubiese podido ser idónea (por ej. El azúcar administrado para matar creyendo que era arsénico, hubiese podido producir la muerte de haber sido diabético el sujeto pasivo).

En la segunda la inidoneidad no depende de las circunstancias en que se incluye la

acción, sino de la total ausencia de potencialidad causal, cualesquiera que fuesen tales circunstancias.

La peligrosidad mentada por el art. 44, párrafo 4º del Código Penal, es una peligrosidad que tiene que revelar el delincuente *con la propia acción que constituye el delito imposible*.

El delito imposible como supuesto de error, siendo un caso particular de tentativa es indispensable que, por lo menos, el autor haya emprendido la acción inidónea *con el fin de cometer un delito determinado*, lo que implica que tiene que actuar desconociendo dicha inidoneidad; si el agente no se halla en esa situación, estaremos al margen de la punibilidad.

El error se apoya en la creencia de la idoneidad de la acción como productora del resultado querido, que es lo que permite considerar que el autor se ha propuesto cometer un delito determinado.

El último párrafo del art. 44 dispone: “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”.

Hay tentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado. La única diferencia que hay entre la tentativa idónea y la inidónea, es que, en la última hay una absoluta incapacidad de los medios aplicados para la producción del resultado típico.

Apreciada *ex-ante*, al menos en el concepto del autor, toda tentativa es idónea, en tanto que apreciada *ex-post*, es decir, con el conocimiento del curso posterior de la causalidad que tiene el juez al momento de la sentencia, toda tentativa es inidónea. En toda tentativa hay un error del autor acerca de la idoneidad de los medios.

Los casos en que el delito es meramente imaginario, sea porque faltan elementos del tipo o porque la conducta no es antijurídica existe sólo en la mente del autor, son casos de

delitos putativos, por errores de tipo o prohibición invertidos, que en modo alguno pueden ser alcanzados con una pena.

Ahora bien, Zaffaroni, en el caso, formula las siguientes distinciones básicas, con las cuales queda a salvo la constitucionalidad del dispositivo legal: a) hay supuestos de *tentativa aparente* –en que directamente no hay tentativa– por *ausencia de tipo* o, más certeramente, *ausencia de tipicidad* (sistemática) que pueden presentarse, 1. Cuando *faltan algún elemento del tipo* legal o sistemático (*ausencia del tipo en sentido estricto*), 2. Cuando falta la cosa elegida como medio (*atipicidad por falta de medio*), y 3. Cuando *ex ante* el medio elegido carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho (*atipicidad por falta de medio idóneo*); b) son casos de *delito imposible* del último párrafo del art. 44, cuando *ex ante* el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante *ex post*, dada, 1. La forma muy inadecuada en que se usó el medio, 2. Un muy grave defecto de éste, 3. Un accidente del objeto, o 4. Una previa neutralización del peligro, se determina una *imposibilidad absoluta de consumarlo*, c) por último cuando el medio *ex ante* fue idóneo y hubo peligro, y *ex post* no se comprueba ninguna imposibilidad absoluta de consumarlo, existe la tentativa cuya punición se rige por los tres primeros párrafos del art. 44.

Cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático significará subsumir como tentativa *un hecho que no es comienzo de ejecución*, lo que resultaría inconstitucional tanto por violar el *principio de legalidad* (no es delito el comienzo de ejecución de lo que no puede ser delito) como el de *lesividad* (esa construcción abarcaría conductas que no ponen en peligro ningún bien jurídico).

La tesis según la cual la ausencia de medio es irrelevante si no la pudo conocer *ex ante* el autor ni un tercero razonable, se corresponde más bien con la *teoría de la impresión*.

Alejandro Nocetti Achaval, sostiene que es mayormente aceptado que la idoneidad

requerida se exige únicamente en los medios utilizados para alcanzar el fin ilícito pretendido, y que, si la inidoneidad recae en el objeto al que se dirige la conducta, carece de interés analítico el posterior encuadre legal de la maniobra debido a que ésta habría devenido atípica por carecer de un elemento indispensable para conformar su aspecto objetivo.

Esto siempre que la ley no exija un medio determinado, ya que, en caso de que así sea, la inidoneidad del medio implica también un caso de ausencia de tipo.

Agrega que cualquier forma de tentativa importa la iniciación de la ejecución y la no producción del resultado por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. El caso de imposibilidad sólo representa una atenuación de la pena motivada en el menor disvalor del resultado en que él se comprueba. El máximo disvalor del resultado, lo da la consumación (lesión al bien jurídico); el intermedio, la tentativa idónea (comienzo de ejecución sin peligro real para el bien jurídico).

Rogelio Moreno Rodriguez, define al delito imposible como el delito que no puede ser consumado por inexistencia del objeto, o falta de idoneidad del medio empleado. El delito imposible puede abrir el camino a la punibilidad no así el delito putativo.

NUÑEZ, en su “TRATADO DE DERECHO PENAL, t. II, Lerner, 1978”, sostuvo que, terminológicamente la ley también hace la distinción, pues no habla de tentativa imposible o tentativa inidónea, sino de *delito imposible*.

El delito imposible es, también, una ampliación de la imputación penal perfecta; vale decir, es, como la tentativa, una imputación imperfecta de los delitos configurados en las leyes penales. No es, como se pretende por lo general, una ampliación del ámbito de la imputación penal delimitado por ese elenco legal de delitos. Por consiguiente, no puede haber delito imposible punible si la inidoneidad consiste en la atipicidad de la conducta del autor.

El artículo 44, resulta inaplicable si el delito que el autor se propone cometer es imposible porque el hecho ejecutado carece de alguna exigencia de la correspondiente figura delictiva; sea que esa exigencia se refiera a la persona o cosa sobre que recae la acción, sea que se refiera al sujeto activo, a la acción, a los medios o a las circunstancias de tiempo, modo o lugar exigidos por la figura penal. Castigar al autor en estos casos, no sólo implica reprimir al margen de los delitos previstos por la ley penal, sino, también, castigar una especie de delito putativo, pues la criminalidad sólo existe en la creencia del autor. La imposibilidad contemplada en el artículo 44, se refiere a la inidoneidad de la conducta desplegada por el autor para consumar el delito previsto como tal por la ley y que el autor tiene el propósito de cometer.

Se dice que esa inidoneidad es absoluta (o abstracta) cuando por su naturaleza, el medio empleado o el modo elegido para delinquir resulta inepto en general para consumar el delito a que tiende.

Por el contrario, se habla de inidoneidad relativa (o concreta) cuando no siendo el medio o el modo inepto en general por su naturaleza, con el medio utilizado o en el modo elegido no se puede consumar el delito en las circunstancias concretas del caso. El golpe de puñal es apto en general para matar, pero pierde esa capacidad si la víctima elegida está resguardada por una pared o por una sólida cota o si no está presente en el lugar y en el tiempo de la acción homicida. Es posible hurtar, pero ya no lo es en el modo elegido en el caso concreto si el ladrón no encuentra nada de lo que quería apoderarse. El veneno es apto para matar y ciertos gérmenes lo son para enfermar, no obstante ambos son inocuos frente al inmunizado.

El delito imposible se funda en la idea de una imposibilidad causal propia de la acción u omisión del agente. Cualquiera que sea el carácter de la inidoneidad concurrente, el delito es imposible si con arreglo a las circunstancias del caso concreto, la acción u

omisión no podía consumar el delito a pesar de que el autor hubiera hecho todo lo que le era dable hacer. Si esto sucede, se puede afirmar que no hubo tentativa punible, porque el derecho protegido por la pena no corrió peligro efectivo de ser lesionado. La imposibilidad causal debe ser propia de la acción u omisión y no debida a la interferencia de una causa extraña que la volvió inocua. Aquí reside, justamente, la diferencia esencial entre la no consumación del delito por causas ajenas a la voluntad de autor, determinante de la punibilidad de la tentativa, y la no consumación del delito por imposibilidad, determinante del delito imposible. Corresponde a un juicio de hecho, ayudado por la experiencia, decidir cuando existe una u otra situación.

La actuación de un agente provocador no vuelve imposible el delito. Cuando para provocarlo se ha realizado de modo no delictivo alguna de las condiciones que exige la respectiva figura legal, resulta claro que el defecto de consumación típica no se debe a la propia inidoneidad de la acción u omisión del autor, sino a la interferencia de una causa ajena a su voluntad, como es la realización por mano ajena de parte del tipo legal. Sí, por el contrario el agente provocador no ha tenido intervención de esa especie, su intervención tampoco especializa el caso y se frustra la acción del autor, no es porque aniquile su capacidad causal, sino que actúa como causa impeditiva del delito ajena a la voluntad de aquel.

Por último Luís Jimenez de Asua, señaló que, el verdadero delito putativo es el que Binding llamó “error al revés”, y que ha sido seriamente investigado por Gerland.

En estos casos se trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable.

En realidad, no se trata de un delito imposible, porque son idóneos el medio y el objeto.

Ahora bien; las hipótesis que han sido estudiadas como “delito provocado”, no caben

en la opinión de la mayoría de los autores, cuyo criterio sigue Blasco, en la esfera del delito putativo, porque “la imposibilidad de consumación delictual, cuando es apreciable, se presenta como imposibilidad radicalmente natural, física, material, y no pira y estrictamente jurídica”.

3 TEORÍAS:

Consideraciones previas:

La carencia de un concepto que señale los elementos característicos del delito imposible crea en nuestro derecho evidentes problemas de interpretación. La ley penal solamente alude al *nomen juris* de esta forma delictiva.

El delito imposible no figuraba en el Proyecto original. Fue incluido por la Segunda Comisión de códigos del Senado; pero no se suministraron explicaciones escritas ni verbales y ni siquiera se refirió a él la Comisión Especial de la Cámara de Diputados.

El delito imposible no es una subespecie de tentativa. Por ello no pertenece al género tentativa. Es una estructura jurídica autónoma con sus propios elementos conceptuales.-

En el *iter criminis*, luego de superados los actos preparatorios, se bifurcan dos vías: una de un delito, y otra el delito imposible que comienza algo que es delictivamente imposible. Apelando a una metáfora diremos que por la vía de la tentativa se va a una estación determinada: en tanto que el delito imposible se desliza inexorablemente por una vía muerta.

La tentativa representa un verdadero comienzo de ejecución de un terminado delito; en tanto que el delito imposible es el aparente comienzo de ejecución de un determinado delito.

La teoría de la falta de tipo:

Están fuera del ámbito típico de la tentativa inidónea aquellas hipótesis carentes de los requisitos que el tipo exige en el medio o en el objeto.

La tesis de que en estos casos hay una ausencia del tipo, fue formulada por Frank, Dohna y Beling. Para éste último, que es el creador de la teoría del tipo, el defecto del tipo (*Mangel am Tatbestand*) es la presencia incompleta de los elementos del tipo en un caso concreto.

Para la concepción de Beling, con el designio de substituir la distinción establecida por los secuaces de la tesis objetivista tradicional entre la imposibilidad absoluta y la relativa, redujo la problemática del delito imposible a un supuesto de “ausencia del tipo”, frente a otro –constitutivo del delito imposible sensu stricto para él- de deficiencia intrínseca de la acción, físicamente considerada, ya en lo que afecta a la actuación voluntaria, como en lo tocante al resultado material propuesto. Habría “atipicidad” y consiguientemente carencia de hecho punible, cuando, por no corresponder de manera exacta la acción al modo, cualidades y condiciones en que la ley previera –ya en el tipo fundamental de delito consumado, ya en sus formas “subsidiarias”, “accesorias” o “incompletas” de conato- no cupiese hablar de actos de ejecución, e sea de realización del núcleo del tipo, es decir, del tipo en si mismo.-

Pero, como se ve, la apreciación de la “ausencia del tipo” por “atipicidad” de los medios y objetos (fuera de los supuestos específicos que se indicaron) mas que un criterio distintivo entre la tentativa “sensu stricto” y la inidónea o el delito imposible, como Beling pretendía, se presenta cual la resultante de juzgárseles “legalmente inadecuados”, a consecuencia de una previa apreciación (de carácter evidentemente “naturalístico”) de su “inidoneidad material”.

Así las cosas, se comprende y justifica la oposición que la tesis del discípulo y

sucesor de Binding en la cátedra de Munich, despertó en preclaros penalistas germánicos, al pretenderse atribuir al concepto de la “ausencia del tipo”, un valor funcional desorbitado; así como también el que, en tal aspecto, se la vaya abandonando rápidamente.-

Tiene se base en el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* (art. 18 C.N.). Explica Nuñez, el delito imposible sólo es compatible con la finalidad del agente de cometer un delito determinado, determinación que sólo es posible a través de los tipos legalmente individualizados.

La carencia del tipo se corresponde con aquellas hipótesis en que el acto de ejecución del designio del agente no reúne los requisitos típicos del medio empleado o del objeto al cual se dirige.

Querer llevar al ámbito del delito imposible punible conductas claramente atípicas, importaría vulnerar gravemente el principio de legalidad (art. 18 C.N.), como asimismo el principio de necesaria afectación del bien jurídico que determina el límite material de lo injusto (art. 19 C.N.).

Como conclusión, trátase de falta de tipo tanto en la hipótesis en que el hombre a quien se quiere matar es ya un cadáver, como cuando el hombre está vivo, pero no se encuentra en el lugar en que lo ha supuesto el plan del autor, porque en ambos casos está ausente la circunstancia de hecho que exige el tipo, es decir, la persona, que es objeto o sujeto pasivo del delito de homicidio (art. 79 C.P.), y por ende, no puede haber afectación del bien jurídico, por más impresión que uno u otro hecho puedan producir.

Esta falta, obviamente, debe ser anterior al comienzo de los actos de ejecución, porque si ocurre contemporánea o posteriormente, no pueden borrar la tentativa ya realizada.

Criterios diferenciadores:

Planteadas las cosas de la suerte, se ha llegado a la fase crucial del dilema con que estamos enfrentados: distinguir que actos pueden constituir tentativa, en su propio y mas estricto sentido, de aquellos otros que dan vida al instituto jurídico penal que se ha denominado tentativa inidónea o delito o crimen imposible stricto sensu.

Para discernirlo, la doctrina preconiza criterios que de una parte y como ya vimos, se fundan en la apreciación de la idoneidad o inidoneidad de la acción y, de otra, se concretan en la referencia de la inidoneidad, al momento en que la misma puede considerarse inicialmente existente.-

El criterio de la idoneidad:

En toda tentativa de delito, dase concretamente una inidoneidad de la acción, inidoneidad constituida por aquellas circunstancias o condiciones independientes de la voluntad del sujeto activo, que determinaron la no producción del resultado materialmente dañoso. El concepto de lo por naturaleza, esencialmente idóneo o inidóneo, choca en la realidad con lo relativo al fenómeno al que califica.

Habrá inidoneidad absoluta cuando, atendido el propósito del autor y las modalidades de su plan para llevarle a cabo, los medios empleados o el objeto sobre el cual se empleen sean ordinaria y permanentemente, por esencia o naturaleza, material, físicamente ineficientes para causar el resultado criminal pretendido, a no ser que, en atención a circunstancias y condiciones específicas concurrentes en el caso, medios y objeto, aparezcan de manera indubitada normal, materialmente aptos al efecto. En suma: comprobada la inidoneidad de una acción para producir el resultado querido por el autor, lo que en última instancia habrá de permitirnos establecer si nos encontramos ante una tentativa stricto sensu o un delito imposible, es el hecho de si, la inidoneidad surgió simultáneamente o con posterioridad al instante en que podría hablarse de un comienzo de ejecución del acto

delictuoso (típico) o bien antes, como un error incrustado en el plan del agente para llevar a cabo su criminal propósito.-

El delito putativo y el autor inidóneo:

La cuestión del tratamiento del error sobre la idoneidad del autor en los delitos especiales propios resulta discutida.

Quienes rechazan la teoría de la carencia de tipo y, además admiten que el deber especial que determina la exigencia de una específica calidad de autor, en los delitos especiales, es una característica o elemento del tipo, deben concluir en que la inidoneidad del autor, en los delitos especiales, son auténticos elementos del tipo, sino que ella determina la incumbencia de una deber especial para el sujeto, deber que sólo puede ser infringido por aquel a quien incumbe su cumplimiento.

De manera que la tentativa de autor inidóneo no es punible porque constituye un delito putativo.

El límite entre la tentativa idónea y la inidónea:

El ámbito de la tentativa inidónea:

En la búsqueda del concepto de delito imposible y su ámbito propio han sido eliminadas las hipótesis de inidoneidad e inexistencia del objeto y la falta del medio calificado por el tipo (carencia de tipo), como asimismo la del autor inidóneo (delito putativo), por lo que ya estamos en condiciones de afirmar que *el ámbito de la tentativa inidónea en nuestro derecho vigente se reduce a la hipótesis de inidoneidad fáctica de los medios.*

Cuando se habla de medios, no debe creerse que se alude simplemente al instrumento de que el autor se vale, sino a la conducta misma, al comportamiento del autor.

Teorías subjetivas y objetivas:

Expresa Bettiol que “la inidoneidad de la acción, en lo atinente al delito imposible, debe apreciarse en concreto. La acción debe encuadrarse en el conjunto de todas las condiciones y circunstancias en que se ejecuta. La inidoneidad debe ser específica, particular, relativa al caso concreto. En cambio, si en el caso concreto la acción resultó idónea pero el evento no se verificó, cuando concurren otros requisitos, nos hallaremos ante el delito tentado”.

El criterio distintivo:

Será decisivo encontrar el criterio distintivo según las ideas de peligro y perturbación.

Pues bien, para establecer la peligrosidad de la conducta será menester acudir a la concepción que ha tenido la fortuna de dominar la idea de peligro desde que fuera formulada, hasta la actualidad: la *prognosis póstuma*.

El procedimiento lógico empieza por situar al juzgador *ex ante*, lo cual significa que debe colocarse en el momento de la acción y juzgar como si el resultado todavía debería verificarse.

Situado en el momento de la acción como si el resultado todavía debía verificarse, el juez debe emitir el juicio o pronóstico sobre la peligrosidad de la acción. Si, en tales condiciones, le asigna peligrosidad, es decir, posibilidad de realización, habrá tentativa idónea (peligro); si, en cambio, le confiere mínima o ninguna posibilidad de concreción, estaremos en presencia de un delito imposible (perturbación).

Para formular el pronóstico, quedarán excluidas las circunstancias descubiertas por el curso posterior de los acontecimientos.

Por otra parte, el pronóstico debe tener en cuenta las circunstancias generalmente cognoscibles o sólo conocidas por el autor en el momento del acto de ejecución, las que exigen indagar cual fue el modo en que el autor imaginó el curso del hecho.

A su vez, al considerar el plan del hecho, el juez debe tener en cuenta las circunstancias generalmente cognoscibles por el hombre medio dotado de conocimientos medios, lo que permitirá evaluar si el agente ha incurrido en error y cuál ha sido su carácter.

Sólo cuando advierta que el autor incurre en un error vencible, podrá el juez que se ha trasladado a la situación existente al momento del acto, asignarle ninguna o mínima posibilidad de realización. En cambio, si el error acerca de la idoneidad del comportamiento es invencible, su existencia sólo podrá ser apreciada *ex post*, es decir, *ex ante* no podría constatarle al juzgador, quien apreciará la conducta como peligrosa.

El mínimo de impresión y perturbación:

En ausencia de un mínimo de impresión en la comunidad y de perturbación del bien jurídico, falta al delito imposible el fundamento político de su punibilidad y, en todo caso, resultará de aplicación el *principio de insignificancia* (*minima non curat praetor*) que según entendemos, constituye, en nuestro derecho vigente, un caso de atipicidad conglobante.

No vemos motivo alguno para dar tratamiento diferente ya se trate de la tentativa absurda como de la tentativa supersticiosa, la aberrante representación de las relaciones causales generalmente conocidas, la burda falta de entendimiento del autor, descarta la impresión en la comunidad como asimismo la afectación al bien jurídico.

Teoría subjetivista en Alemania:

La denominada *teoría subjetiva de la tentativa*, formulada por von Buri a partir del

año 1862 estima como punible la acción de la tentativa cuando, conforme la opinión subjetiva del autor, puede servir para concretar su propósito.

Esta concepción se basa en la teoría de la equivalencia de las condiciones que von Buri sostiene respecto a la relación causal. Según ella, la circunstancia de quedar el hecho en tentativa pone en evidencia la total imposibilidad de distinciones entre conductas idóneas e inidóneas de tentativa. Por ello, la punición ha de basarse en la voluntad y no en el peligro objetivo.

La teoría subjetiva alcanzó, sobre todo, un influjo predominante en la práctica del Tribunal del Reich. Así, el 24 de mayo de 1880 resolvió que existe punibilidad a causa de tentativa de aborto, aun cuando el medio utilizado no sea idóneo para conseguir el fin propuesto, ya que no hay duda de que en la tentativa la ley se arma contra la manifestación de la intención del reo; para la punibilidad de la tentativa no se requiere otro elemento, sino que la acción haya sido emprendida por el agente en la creencia de que aquélla habría conducido al fin deseado. El 10 de junio de 1880 el tribunal estimó punible la tentativa de infanticidio sobre un niño muerto expresando que “si el delito intentado se considera en contraposición al consumado, lo que se torna decisivo es solamente la intención del agente que resuelve ejecutar su propósito, mientras es del todo inconsecuente andar buscando, en la capacidad objetiva del sujeto pasivo, si la consumación era posible o imposible”. El 1º de julio de 1882 se penó la tentativa de aborto sobre una mujer no embarazada y también se resolvió que la tentativa de homicidio en un cadáver es tentativa con objeto inidóneo.

La teoría subjetiva alemana encuentra el fundamento penal de la tentativa en la voluntad manifestada contraria al derecho, para la cual resulta decisivo, no la real puesta en peligro del bien jurídico protegido por el derecho, sino lo *injusto de la acción* realizada con el propósito criminal manifestado.

La teoría subjetiva es la concepción que con mayor énfasis propicia la punición de la

tentativa inidónea.

La Doctrina Objetiva:

Para esta doctrina, sostenida por Carrara, Romagnosi, Genesi y Feuerbach, el elemento objetivo de la tentativa consiste en el peligro para los bienes jurídicos protegidos. Ese peligro debe ser real y objetivo; de ahí que el concepto de tentativa envuelve el de *idoneidad*. Si la acción, por alguna deficiencia intrínseca, carecía de la idoneidad para lesionar, no habrá existido peligro, ello es, daño posible, y, en consecuencia, el hecho no constituirá tentativa, no será un hecho punible.

Pero sea cual sea la causa de esa idoneidad, la distinción fundamental es a la que separa los medios *absolutamente inidoneos* de aquellos que lo son sólo *relativamente*.

Son absolutamente inidóneos los medios que “no habrían tenido nunca potencia de violar el derecho agredido sobre cualquier sujeto pasivo a que se dirigiesen”. En cambio “se dirán *relativamente inidóneos* aquellos que no hayan tenido en sí capacidad de conducir a término el delito querido, por las condiciones de sujeto pasivo sobre el cual se dirigía la acción delictuosa, o por excepcionales circunstancias que acompañaron el hecho; pero que habrían bien podido y podían conducir al cumplimiento del delito, si hubiesen sido dirigidos o se dirigieren sobre otros sujetos pasivos, o se acompañaren de otras circunstancias.

Para esta concepción, es delito imposible aquella tentativa emprendida con medios absolutamente inidóneos o dirigida a un objeto inidóneo para constituir la lesión jurídica.

Conforme al sistema objetivo, seguido por la dogmática clásica, el daño es un elemento esencial en el delito.

Sobre esta base se asienta toda la doctrina del delito imposible; según que haya o no peligro, así será o no punible la tentativa, y la idea del peligro, aplicada a la idoneidad, divide a ésta

en absoluta y relativa.

La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos medios actúan hacen imposible, por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producirlo en un caso concreto.

Doctrina Positivista:

Para esta doctrina, expuesta por Garófalo, como es sabido, la sanción criminal no se funda en el elemento objetivo, sino en la *peligrosidad del sujeto* (no la del hecho). Por tanto, el delito imposible, será punible según la peligrosidad demostrada por el agente y con absoluta prescindencia de la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados. Esta es precisamente la solución del Código Penal en su art. 44, disposición en la cual se traduce cierta influencia positivista.

La más importante de las teorías intermedias es la de Liszt. Según él, la tentativa es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho y tiene su esencia en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad, de donde se deduce que la tentativa no peligrosa no es tal tentativa, y, por consiguiente, no es punible. Hasta aquí parece seguir las huellas clásicas, pero luego señala diferencias que en los más importantes casos prácticos le llevan a las mismas soluciones que la teoría subjetiva.

Es necesario el peligro concreto.

Este ejemplo de von Liszt aclara su pensamiento; “La tentativa de aborto, de parte de una mujer que no está embarazada, es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible, la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto es punible si

la muerte no es ineludible”.

Teoría de la impresión:

A nuestro juicio, la tentativa inidónea reconoce una delimitación objetiva, en virtud de la cual sólo pueden encontrarse en su ámbito aquellas conductas que puedan producir un mínimo de impresión en la comunidad y de perturbación del bien jurídico protegido.

En ausencia de un mínimo de impresión en la comunidad y de perturbación del bien jurídico, falta al delito imposible el fundamento político de su punibilidad y, en todo caso, resultará de aplicación el principio de insignificancia (*minima non curat praetor*) que, según entendemos, constituye, en nuestro derecho vigente, un caso de atipicidad conglobante.

Pues bien, sostenemos que no alcanzan a pasar el umbral penal aquellas tentativas que el hombre prudente no puede tomar en serio porque el autor incurrió en un error burdo, grosero, sobre la base de una aberrante, “totalmente desacertada representación, de los nexos causales generalmente conocidos” (Wessels, p.112; Jescheck, lug. Cit.; Rudolphi, p. 180).

Ello comprende tanto a la *tentativa absurda*, como querer envenenar con un inofensivo comprimido para el dolor de cabeza, querer demoler un edificio con alfileres o querer provocar un aborto con una infusión de manzanilla, como a la *tentativa supersticiosa*, por ejemplo, querer matar a otro por conjuración con el diablo, o con espíritus malignos o cualquier otra forma de pensamiento mágico.

No vemos motivo alguno para dar tratamiento diferente a estas dos hipótesis, porque ya se trate de la tentativa absurda como de la tentativa supersticiosa, la aberrante representación de las relaciones causales generalmente conocidas, la burda falta de entendimiento del autor, descarta la impresión en la comunidad como asimismo la afectación al bien jurídico. Tan aberrante es el error de quien cree que el té de manzanilla

puede causar un aborto, como el de quien cree que puede causar un aborto, como el de quien cree que puede ocasionar ese mismo resultado el acto de la hechicera.

Ej.: Primero

- a) Supongamos que el autor quiere matar a su enemigo con un revolver cuya mirilla se encuentra desviada. Naturalmente que con buen criterio y conforme las circunstancias generalmente cognoscibles, el tercer observador percibirá el peligro para el bien jurídico. Hay tentativa idónea.
- b) En cambio, si realiza el disparo a distancia mayor que la que alcance el arma, su error (vencible) pudo ser superado y el juzgador no percibe peligro para el bien jurídico, pero el hecho impresiona y perturba. Hay tentativa inidónea.
- c) Por fin, si el autor dispara su revólver contra un avión que vuela a seis mil metros de altura incurre en un error grosero, de modo que el juez no lo puede tomar en serio, el hecho no impresiona a nadie, no afecta bien jurídico alguno. Hay atipicidad.

Ej.: Segundo

- a) Ya hemos visto que quien quiere envenenar a otro con una sustancia inofensiva, incurre en tentativa idónea si su error fue invencible, por ejemplo porque el azúcar se encontraba en el envase correspondiente al veneno.
- b) También vimos que si el error es vencible, porque por ejemplo el autor extrajo una sustancia inocua del botiquín, a cuyo lado estaba el veneno, hay delito imposible.
- c) En cambio, si el autor da a su enemigo (que no es diabético) azúcar, a la que por error grosero, considera causalmente eficaz para ocasionarle la muerte, su conducta es atípica, nadie la puede tomar en serio.

La pena del delito imposible:

La pena sobre la que deberá hacerse la disminución, no es la pena del delito consumado, porque, si así fuera, como destaca Nuñez, resultaría que si el delito consumado estuviera castigado con una pena perpetua, no habría cómo establecer la escala penal del delito imposible.

De modo entonces que la pena sobre la que deberá hacerse la disminución es la escala penal de la tentativa la cual se disminuye en principio, en la mitad, tanto en su mínimo como en su máximo, pudiendo el mínimo ser fijado en el mínimo legal de la especie de pena de que se trate.

En cuanto a la exención de pena, trátase de una causa personal de exclusión de la pena (excusa absolutoria) establecida por razones político-criminales en beneficio del autor no peligroso.

Fundamentos de la pena:

La construcción que venimos elaborando tiene, su confirmación en la propia ley penal, el art. 44 in fine condiciona la imposición de la pena, se dosifica o exime, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.

Si hemos demostrado que en el delito imposible, tipo, ilicitud y culpabilidad no son reales sino aparentes, resulta obvio que la pena se aplicará en función de la peligrosidad revelada por el agente y no por una conducta antijurídicamente culpable. Soler se afana en eliminar toda idea de peligrosidad en el delito imposible y por la otra, someterlo a pena, lo ha llevado a legislar arbitraria y superabundante en este punto. Así distingue una especie denominada tentativa inidónea y otra delito imposible.

Otra cosa sería discutir la constitucionalidad de la punición del delito imposible. Si carece de ilicitud, no ofenderían el orden ni la moralidad ni perjudicarán a un tercero, que son las condiciones para la intervención de los magistrados.

En nuestra opinión, la solución debe provenir de lege ferenda, mediante una reforma que suprima el delito imposible, lo torne impune, sin más, y reste la posibilidad para el juez de aplicar medidas de seguridad, según la peligrosidad del sujeto, mediante la ley italiana.

El delito putativo presenta similitudes con el delito imposible. Ambos carecen de tipicidad, ilicitud, y culpabilidad. Sin embargo presentan diferencias, aunque sutiles. El primero es lo que se llama un delito imaginario. El sujeto erróneamente cree que su actividad es delictiva cuando, en realidad su hecho no está previsto por la ley. En este sentido, son conocidos los ejemplos del que pretende cometer estupro con una mujer mayor de quince años: apoderarse de la cosa propia creyéndola ajena; autolesionarse creyéndolo delictivo; practicar el bestialismo o la homosexualidad creyéndolo delictivo, etc. En estos casos la imaginación del agente o su error crean artificialmente el delito inexistente.

Por el contrario, en el delito imposible el error del sujeto, no crea el delito que, en otras condiciones, sería factible o posible. El yerro opera sobre la elección del medio o la existencia del objeto: por ejemplo: pretender envenenar con bicarbonato o clavar el puñal en un muñeco, creyéndolo persona.-

La falta de un criterio uniforme y aun ampliamente dominante en la cuestión, obliga a considerar como un evidente progreso en la técnica legislativa penal, la incriminación típica expresa del delito imposible o tentativa inidónea, que se abre vía en los modernos códigos. Con ello, su punición (que ante la divergencia de criterios teóricos y jurisprudenciales que muestran la doctrina y la praxis comparada en la ampliación de los códigos que no le aluden taxativamente, puede tacharse no pocas veces de viciosa por seguir los rumbos de la analogía o de la interpretación extensiva) escapa a toda crítica amparada en

el dogma “nullum delictum nulla poena sine proevia lege”

Pero dijo, debe substituirse la referencia que en la misma se hace al “delito imposible” por la contraída al “designio criminal no consumable por inidoneidad natural de los medios e inidoneidad o inexistencia física del objeto pasivo material de la acción”.

En cuanto a la penalidad imposible, lo mas acorde con las tendencias político-criminales en boga, parece ser, que se otorgue un amplio arbitrio al juez, bien para aplicar en toda su extensión, o atenuándola, la correspondiente a la tentativa incompleta, substituida por una medida de seguridad o preventiva apropiada o incluso eximir de toda medida punitiva y asegurativa al acusado cuyos actos revelaren carencia total de peligrosidad, de acuerdo con el criterio que Garófalo propugnara en la materia.-

En la tentativa inidónea hay afectación de bien jurídico tutelado al igual que en la tentativa idónea. La diferencia que media entre ambas es que en la tentativa inidónea es menor la afectación por la notoria inidoneidad del medio. De cualquier manera, la *perturbación se puede sufrir y nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello.*

El fundamento de la punición de la tentativa inidónea no es otro, pues, que el fundamento de la punición de la tentativa en general.

Contra esta opinión se sostiene que en la tentativa inidónea no hay bien jurídico tutelado y que el único fundamento de la punición es la peligrosidad del autor.

En la tentativa inidónea hay un bien jurídico tutelado que resulta afectado, en forma de perturbación.

El fundamento es sólo peligrosidad del autor, resulta absolutamente insostenible. En la tentativa inidónea debe haber culpabilidad. Las reglas de la individualización de la pena

del art. 41 CP se alteran respecto de la tentativa inidónea. Que la ausencia de peligrosidad del autor opere como causa personal de exclusión de pena no significa que la pena se funde en la peligrosidad.

En este punto nuestra ley fija claramente un criterio que se funda en la aceptación de la doctrina objetiva.

La disminución de la pena en el delito imposible:

La influencia objetivista se traduce aún en la penalidad fijada para el delito imposible, en el cual es obligatoria la disminución de la pena *a la mitad*.

La disposición establece, además, que el juez queda facultado para reducir la pena al mínimo legal o *eximir* de ella, según el grado de peligrosidad que el sujeto revele.

La expresión “minimum legal” solamente puede significar “mínimo legal de la especie de pena de que se trate”.

La exención de pena:

Siendo en nuestra ley el criterio peligrosista un fundamento sólo parcialmente aceptado, será prudente, en este punto, como índice de la peligrosidad, atender a las circunstancias objetivas del hecho.

Sin embargo, con la doctrina de la peligrosidad subjetiva de la ley, que no ha de confundirse con la de la peligrosidad objetiva, según suele designarse a la de von Liszt y von Hipper, no hay ningún caso de tentativa imposible que quede, *en principio excluido* de pena.

Por su parte Mezger, después de sostener “conceptualmente” la equiparación de todos los casos de delito imposible, excluye de la punibilidad justamente las conocidas hipótesis de falta de adecuación.

La peligrosidad es el fundamento mismo de la pena. Ello no quiere decir que la pena no responda a la culpabilidad del autor; lo que quiere decir es que si a esa culpabilidad no se suma la peligrosidad no hay apoyatura legal para la punibilidad.

Ricardo C. Nuñez, sostuvo que el proceso formativo del precepto no nos dice nada acerca de cuál es la función real que desempeña a los efectos del castigo del delito imposible, el *principio de peligrosidad del delincuente*.

La doctrina italiana clásica aceptó la punibilidad del delito imposible sólo si el autor utilizó medios que, aunque no resultaron idóneos en el caso particular para consumar el delito intentado, eran aptos para consumarlo en otros; el delito imposible será punible sólo si el autor usó medios *relativamente inidoneos*. Su fundamento era que el uso de medios absolutamente inidóneos no podía despertar el temor de una lesión al derecho que se quiso agredir, por la ineptitud del acto para causarla, cualquiera fuera el sujeto pasivo del atentado y cualesquiera que fueran las circunstancias en que éste se realizase. La misma tesis sostuvo, también, pero con discrepancias, la doctrina clásica alemana, aunque sus numerosos argumentos no sobrepasaron la claridad y precisión científica del de los italianos.

Julio Herrera, decidido partidario de la tesis de que sólo el uso de medios relativamente inidóneos autoriza el castigo del delito imposible propugnó sin embargo, la punibilidad de su autor, aunque no como autor de tentativa, sino de un delito “sui generis”, en el caso del uso de medios absolutamente inidóneos, si aquel demostraba perversidad.

Para admitir que a los efectos de la punibilidad del delito imposible, el art. 44 ha sustituido el principio de la *idoneidad de los medios usados por el autor*, por el de la *peligrosidad del autor*, no encontramos otra razón que lo impida.

Las discrepancias entre las escalas de valores que interesan a la esfera moral y a la licitud jurídica (reservada a la función normativa del derecho), que aumentan con la aceleración del ritmo de los cambios sociales, constituyen una antinomia en la que la fractura entre el sistema penal y la realidad social es a menudo aguda. Esta fractura es, al menos en parte, colmada por procesos de interpretación de la norma.

La cuestión puede ser puesta en los términos de contraste-conciliación entre el bien de la certeza del derecho y aquel de la justicia del caso concreto. También en este sector de enorme interés la información social y criminológica puede ayudar al legislador y al operador del derecho a corregir los desequilibrios y a prevenir las incongruencias.

El régimen ordinario establecido por la ley (art. 44 del C.P.), para el delito imposible es el de su punibilidad.

La ley no define al delito imposible ; se limita a disponer como procederá el juez “si el delito fuera *imposible*”.

Sucede a veces que el resultado no se produce en consideración a que, por las circunstancias del hecho aquel *no podía* producirse; era imposible en el caso concreto su producción.

La doctrina nacional, mayoritariamente, como hemos visto, ha creído que la expresión delito imposible del último párrafo del art. 44 debía entenderse como tentativa inidónea y que el fundamento de ésta era la peligrosidad del autor.

El art. 19 CN impone como condición elemental para la habilitación del ejercicio del poder punitivo, que *ex ante* el medio haya sido idóneo y, por ende, que haya habido peligro.

Partiendo de estos requisitos constitucionales, debe concluirse que el último párrafo del art. 44 trata el caso en que, pese a que *ex ante* el medio haya sido idóneo y el observador tercero pueda haber creído que existía un peligro para el bien jurídico, *el delito haya sido imposible, o sea, la consumación o perfeccionamiento del delito haya sido imposible. Se*

deduce de ello que el último párrafo del art. 44 impone una distinción *ex post*, referida al grado de probabilidad de lesión al bien jurídico, en consonancia *con la extensión del daño y del peligro causados* a que se refiere el art. 41.

El Código indica que existe un *injusto de menor entidad en la tentativa* cuando *ex post* se verifica que la consumación del delito era imposible.

Un delito es, ordinariamente, un hecho antisocial, vale decir contrario a las condiciones fundamentales de la convivencia humana con relación a un determinado nivel de civilización, pero independientemente de las particulares modalidades de la forma política (Mortara, “*Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*”, Milán, Vallardi, 3º Ed. 1907 n. 23, ps. 23-24).

Y el delito, teniendo por objeto de negación cada una de estas ramas, viola en todas ellas el derecho. Asimismo, ni el *individuo*, ni la *sociedad humana* son el *objeto* del delito, sino el derecho que asegura y protege la existencia y el desarrollo de la vida humana, individual y social.

El “*delito no consiste en la violación de un derecho subjetivo, sino en la transgresión de una norma que impone un determinado modo de actuar*” (Cívoli, *Lezioni di diritto penale*, parte primera, p. 162), “*consiste en la desviación de las normas de conducta conforme a la conciencia jurídica popular y a las cuales el legislador tácitamente se refiere en sus comunicaciones penales*” (*Manuale*, n. 484, p. 1301)

Todo lo cual sirve para señalar que, la antijuricidad de la tentativa y del delito frustrado se caracteriza, fundamentalmente, por el disvalor de acción. De aquí se sostiene que es tentativa –y, por ende punible- no sólo aquella que se ejecuta con medios idóneos para alcanzar el resultado típico y contra un objeto material susceptible de ser lesionado por el ataque, sino también la que, a la inversa, se realiza con medios o contra un objeto inidóneo. Por lo tanto, bajo este aspecto la tentativa inidónea constituye tentativa punible,

evitándose con ello, la violación a los principios constitucionales enunciados (lesividad y legalidad).

Este punto de vista, lejos de resultar unánime, ha desencadenado por años un arduo debate que ha dividido a la ciencia penal, sin divisarse una fórmula de solución que ponga fin a la discusión doctrinaria.

Por todo ello, un futuro Código debería replantear a fondo el problema de la tentativa inidónea, definiendo claramente qué debe entenderse bajo esa denominación, y no dando una mera regla de aplicación de pena. La exclusión de la inidoneidad absoluta tendrá que quedar fuera de toda duda. Además de eso, en términos generales, es imprescindible decidir cuando la naturaleza del bien jurídico tutelado merece que se reprima también la tentativa, abandonando el actual método de incriminación genérica, ya que respecto a muchas infracciones carece de sentido político criminal castigar la tentativa, y esto tanto con respecto a la tentativa inidónea como a la idónea, abandonando el sistema de peligrosidad y volviendo a la culpabilidad, tanto como fundamento, como límite de la pena. El sistema sería, pues, de doble norma: una general definidora y otra especial que acompañaría a determinados tipos estableciendo la punibilidad de la tentativa en ese concreto delito. Que en todo intento de lesionar un bien jurídico haya un desvalor de acción y de resultado no quiere decir que político-criminalmente sea aconsejable castigarlo siempre.

Bibliografía:

Núñez, Ricardo, “Tratado de Derecho Penal” - Tº II, Ed. Lerner, 1978.

“Principios de Derecho Penal”, Luis Gimenez de Asua, Ed. Lexis Nexis.

Baigún-Zaffaroni, “Código Penal, Tº 2” Ed. Hamurabi, 2002.

Zaffaroni, Eugenio, “Derecho Penal - Parte General”, Ed. Ediar, 2002.

Soler, Sebastián, “Derecho Penal Argentino” Ed. TEA, 1973.

Creus Carlos, “Derecho Penal - Parte General” Ed. Astrea, 1999.

Creus, Carlos - La Ley - 1992, E, 410. “Delito Imposible - Tentativa - Tentativa Inidónea”.

Bacigalupo Enrique, Derecho Penal - Parte General, Ed. Hamurabi, 1999.

Opúsculos de Derecho Penal y Criminología “El Delito Imposible” Humberto S. Vidal, Ed. Lerner, 1986.

“El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal”, Arturo Rocco, Ed. B de F, 2001.

Günter Stratenwerth, Derecho penal - Parte General I “El Hecho Punible”, Ed. Di Plácido, 1999.

Giuseppe Di Gennaro y Franco Ferraculi, “El Campo de Acción de la Criminología en el Sistema Penal Italiano - Posibilidades Actuales y Perspectivas Operativas”.

“Derecho Penal, Parte General”, Gonzalo Quintero Olivares, Ed. Marcial Pons, 1992.

“El Delito Imposible” Ricardo Juan Caballero, Ed. Universidad, 1983.

La Ley, Tº 90, pag. 601 “Tentativa - Delito Imposible”.

El Derecho, Bs. As., 27 de junio de 1997.

“Diccionario de Ciencias Penales” Rogelio Moreno Rodriguez, Ed. Ad-Hoc SRL.

“Enciclopedia Jurídica Omeba”, Tº VI, 1975.

“Nuevo Pensamiento Penal”, Ed. Astrea, 1972.

Jurisprudencia anotada “Delito: Tentativa de delito imposible” Bs. As. Julio 26 de 2000, nº 6204, pag. 23.