

¿UN CASO DE ATIPICIDAD, O DE TENTATIVA INIDONEA?

Por: Hernán Munilla Lacasa

- Sumario:** I- Introducción.
II- El caso planteado.
III- Crítica de la postura. Nuestra opinión.
IV- Conclusiones.

I- Introducción:

Este clásico dilema de la dogmática penal, mantiene intacta su vigencia. El motivo, se explica sencillamente. Si el juez resuelve en favor de la teoría de la atipicidad, el hecho quedará impune. Por el contrario, si entiende que hubo tentativa inidónea, serán aplicables las penas del art. 44 del Código Penal. O absolución, ó condena: he ahí la importancia y la permanencia del tema, de donde resulta crucial determinar qué se entiende por delito imposible o tentativa inidónea.

Materia de inagotables estudios, una gran cantidad de juristas, de todas las épocas y latitudes, han dedicado muchas páginas, variadas teorías y agudas críticas, en procura de explicar el fundamento y los alcances de su punición. Actualmente las diferencias no han sido del todo superadas, aunque es oportuno reconocer que se han alcanzado plausibles niveles de uniformidad.

No es de extrañar que existieran y existan, aún, las aludidas discrepancias, en la medida en que reparemos que la razón de ser del

delito imposible, su contenido y extensión, como síntesis de formulaciones puramente dogmáticas, responden en esencia a motivaciones que deben buscarse en los dominios de la política criminal, cuyos postulados abrevan, antes bien, en la consagración de derechos superiores acrisolados en la Carta Magna (arts. 18 y 19 de la C.N.).

Es natural que el debate ocurra, pues toda norma de alcance general, cuya aplicación pueda traducirse, o no, en una penalización de acciones desvaliosas¹, difícilmente escape al riguroso análisis de los autores y de los Tribunales encargados de su interpretación.

No obstante reconozcamos que ya ha sido expuesto todo o casi todo cuanto podía elucidarse en relación al delito imposible, las líneas que a continuación exponemos, que en modo alguno buscan colmar las expectativas de tan compleja materia, se inspiran en la lectura de un interesante fallo dictado por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 9 de la Capital Federal.

II- El caso planteado:²

Se trató de un individuo que intentó sustraer un pasacassettes de un vehículo estacionado en la vía pública, para lo cual rompió el vidrio del ventilete trasero, no pudiendo consumar su acción ante la llegada al lugar del propietario del rodado.

¹ Todos los supuestos de impunidad contemplados en el art. 34 del C.P. ofrecen un vasto campo para el análisis y la confrontación, sobretodo en materia de “error” de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición.

² Causa nro. 69, in re: “Britos, Anibal s/robo en grado de tentativa, resuelta el 5 de octubre de 1993.

Pero lo relevante del caso, y lo que en definitiva promueve este comentario, no es la frustración de la conducta por la súbita aparición del dueño del automóvil, que podría o no haberse presentado en escena, sino que el pasacassettes en cuestión no se encontraba en el interior del vehículo.

El renombrado Tribunal, integrado por los doctores Luis García, Luis María Cabral y Fernando Ramírez, encuadró el caso como un supuesto de atipicidad, aunque en definitiva condenó al imputado por el delito de daño (art. 183 del Código Penal).

En sus fundamentos sostuvo que a la luz de la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional, las reglas de la tentativa de los artículos 42 y 44 del Código Penal, presuponen que el hecho motivo del juicio haya afectado, de algún modo, un bien jurídico. Agregaron los magistrados que establecido que el aparato no se encontraba en el auto, la conducta del imputado, aunque subjetivamente reprochable, de ningún modo, ni siquiera en forma abstracta, ponía en peligro la relación de disponibilidad con la cosa. Concluyen señalando, finalmente, que la ausencia del objeto excluye la tipificación de la conducta como robo y debe resolverse por las reglas de la carencia de tipo.

III- Crítica de la postura. Nuestra opinión:

Como vemos, el Tribunal mencionado se enrola en la corriente dogmática que sólo admite la configuración de la hipótesis punitiva del art. 44 del C.P. para los casos de inidoneidad en los medios, y niega su aplicación para los casos en los que falta el objeto, los cuales constituyen, según esta postura, supuestos de atipicidad (Mangel am Tatbestand).

A continuación explicaremos las razones que nos llevan a discrepar con la solución adoptada por los distinguidos jueces sentenciantes.

Nadie discute que toda acción humana desvaliosa mediante la cual se pone en marcha el “iter criminis”, sin que llegue a transitarse enteramente por causas ajenas a la voluntad del autor, merece el consecuente y proporcional castigo penal de la figura de que se trate (art. 42 y 44 del C.P.).

Son incontestables los fundamentos que justifican la punición de la tentativa “strictu sensu”, que no son muy distintos de los que explican la penalización del delito consumado³.

Sin embargo, el legislador permite al Juez reducir aún más la escala penal y hasta eximir de pena, de acuerdo con el grado de peligrosidad revelado por el autor (art. 44 in fine del C.P.), si la acción desvaliosa emprendida carece intrínsecamente de la idoneidad necesaria para perfeccionar el recorrido delictual.

Sin definir ni especificar la norma aludida los alcances de esta ampliación punitiva, es decir qué supuestos de inidoneidad comprende (aunque no disimula la concepción peligrosista que la consagra)⁴, la doctrina ha desarrollado diversas hipótesis que pueden sintetizarse de la siguiente

³Debemos reconocer, empero, que el estudio de las distintas teorías que explican la incriminación de la tentativa, por un lado, y del delito consumado, por el otro, exceden el marco propuesto para este trabajo.

⁴ Si bien es cierto que esta disposición se inspira claramente en la teoría subjetiva peligrosista, no por ello peca de inconstitucional, y una prueba de tal aserto es que su redacción se mantiene incólume desde la sanción del código. Sin embargo, justo es reconocer que ha sido necesario un gran esfuerzo de la doctrina y jurisprudencia para armonizar en forma congruente ambos textos.

manera, a saber: a) inidoneidad en los medios (envenenar con una sustancia inocua); b) inidoneidad en el sujeto (no puede cometer el delito tipificado en el art. 265 del C.P. quien no reviste la calidad de funcionario público); y c) inidoneidad o inexistencia del objeto.

Sólo nos referiremos a esta última categoría, pues en ella se inscribe la teoría de la falta de tipo (Mangel am Tatbestand), que nos interesa analizar en estas líneas, y en la que, por lo demás, se enrola el fallo anotado.

Siempre los extremos son desaconsejables. Una acerbada posición peligrosista, prescindente de toda afectación al bien jurídico protegido, incriminaría etapas del iter criminis muy alejadas de la secuencia final de la acción, ampliando así riesgosamente el espectro punitivo a conductas no exteriorizadas y por ende carentes de relevancia penal⁵.

En nuestro derecho positivo, concepciones semejantes tropiezan con los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, que consagran el principio de “nullum crimen sine lege” y el principio de legalidad⁶.

⁵ Tal el caso de von Buri (enrolado en el subjetivismo), Ferri, Garófalo, entre otros. Ver detallada reseña de las distintas teorías en el importante trabajo de Hugo Sierra, en L.L. 1975-B-1099.

⁶ “Nadie será penado por lo que piensa”, es la traducción del conocido principio “cogitationis poena nema patitur”, que desde siglos atrás marca el rumbo de la buena doctrina. Gladys Romero, en su trabajo intitulado “El delito imposible frente al principio “nullum crimen sine lege”, en “Rev. de Derecho Penal y Criminología”, nro. 3, año 1968, p. 36, explica las razones que la llevan a considerar que el art. 44 del C.P. aprehende únicamente el supuesto de inidoneidad en los medios.

Como contrapartida, una postura excesivamente objetivista, que sólo pose su atención en el resultado producido, extrayéndolo del contexto volitivo que ha diseñado y ejecutado el actor, sería igualmente contrario a derecho pues dejaría impunes determinadas acciones desvaliosas que han tenido comienzo de ejecución y que, aún de manera abstracta, han creado un peligro al bien jurídico protegido.

Sin desconocer los meritorios postulados de von Hippel y von Liszt, destacados exponentes de la teoría objetiva moderna, creemos que la teoría de la falta de tipo, que se nutre en aquella, incurre en desafortunados excesos interpretativos⁷.

La principal objeción que merece formularse, es que equipara dos supuestos que, a nuestro entender, son claramente diferenciables.⁸

Es correcto sostener, como lo hace esta corriente dogmática, que el ladrón que intenta apoderarse de una cosa propia no comete el delito de hurto, pues el tipo acuñado en el art. 162 del C.P. exige que la cosa sustraída sea “ajena”. Lo mismo ocurre con quien intenta matar a un muerto: no se configurará el delito de tentativa, idónea o no idónea, de homicidio, pues faltará la “persona viva” que requiere el art. 79 del C.P..

⁷ Son los precursores de esta teoría, Reinhart Frank, Alexander Graf zu Dohna y Ernest von Beling.

⁸ Esteban Righi, rechaza la distinción que aquí propiciamos, aún cuando no ahorra críticas para la postura que defiende la no punibilidad por falta de tipo, pues considera que ambos supuestos -a los que enseguida nos referiremos- deben ser penalizados como tentativa inidónea, sustentándose en los postulados de la teoría subjetiva, la cual, a su entender, encuentra punto de apoyo en el art. 44 del C.P..

Hasta allí estamos de acuerdo. Pero asimilar estos supuestos en los que falta el tipo, con el caso del ladrón que equivocadamente hurtó el bolsillo vacío, o con el homicida que disparó su arma de fuego contra la cama desocupada en la que momentos antes se hallaba la víctima, importa desmerecer el concepto de peligro, o mejor dicho, de puesta en peligro de un bien jurídico determinado.

En el primer caso los bienes jurídicos aludidos nunca habrán corrido peligro de ser vulnerados, mientras que en la segunda hipótesis, ninguna duda cabe de que tal peligro, concreto o abstracto, según el supuesto, ciertamente habrá existido.

Permítasenos señalar, aunque resulte sobreabundante, que no pretendemos soslayar el principio de necesaria afectación del bien jurídico (art. 19 C.N.), mediante la punición de una mera transgresión al deber, exteriorizada a través de una conducta penalmente irrelevante. Se trata de conciliar la intangible garantía constitucional con la no menos palpable fórmula diseñada en el art. 44 del C.P., que por definición acepta la incriminación de una acción virtualmente inútil para dañar, en forma directa, cualquier bien jurídico.

Entonces, ¿por qué se pena una conducta que es eficazmente irrelevante para afectar el bien jurídico? El fundamento de la punición radica en que realmente ha existido una determinación causal que en su inicio se exhibió apta para alcanzar el propósito trazado por el autor, pero a la sazón se comprueba que la acción emprendida era incapaz de perfeccionarse. En otras palabras, existió un auténtico peligro abstracto para el bien jurídico. Por tal motivo y ante la impostergable necesidad de evitar la

realización de acciones típicas que pueden derivar en tentativas idóneas o en consumaciones, el legislador resuelve punir la tentativa inidónea.

La teoría de la falta de tipo enseña que habrá atipicidad cuando se verifique una presencia incompleta de los elementos de la figura. Sus sostenedores explican con acierto que la inidoneidad del objeto (cometer adulterio con la propia mujer, hurtar la cosa propia, querer matar a un muerto) debe resolverse como un caso de falta de tipo. Pero también hemos señalado que esta teoría no alcanza el mismo grado de convencimiento cuando asimila los casos expuestos a otros bien distintos, que pueden denominarse “no presencia del objeto”. A nuestro criterio, éstos últimos bien podrían constituir supuestos de tentativa idónea, o tentativa inidónea, pero nunca de atipicidad.

Quien con intenciones de cometer un homicidio ingresa a la finca donde se encuentra la víctima, penetra en su dormitorio y dispara su arma de fuego contra la cama donde lo hacía durmiendo, descubriéndose luego que la víctima se había trasladado momentos antes hacia otra habitación, evitando del tal modo recibir los impactos de bala que le estaban dirigidos, como decimos, quien así actúa, habrá cometido una conducta atípica, irrelevante para el derecho penal, según los sostenedores de la teoría de la falta de tipo, pues en tal caso estará ausente la circunstancia de hecho que exige la descripción típica, es decir, “la persona que es objeto o sujeto pasivo del delito de homicidio”⁹.

Conforme este criterio igual solución debería adoptarse para quien penetra en un automóvil con la finalidad de apoderarse de un pasacassettes, no encontrando el mismo en el lugar adaptado funcionalmente para su uso, pues el aparato se hallaba debajo del asiento, donde el autor no

⁹ Ricardo Juan Cavallero, “El delito imposible”, pág. 129.

buscó. Semejante sería el caso de quien introduce su mano en el bolsillo interno del saco, cuando el dinero se hallaba en el externo.

En todos los supuestos brindados, y en muchos otros que podrían presentarse, el objeto del delito no se hallaba presente donde el autor lo imaginaba al momento en que comienza a ejecutar su acción. Para la postura que estamos analizando tales casos serían atípicos, aunque la penalización pudiera finalmente adjudicarse por infracción a otras figuras delictivas. Para nosotros, en cambio, los ejemplos dados deberían ser considerados lisa y llanamente como tentativas idóneas (“strictu sensu”), en los términos del art. 42 del C.P..

¿Por qué? Porque la persona, el pasacassettes y el dinero a los que nos referimos en los ejemplos, si bien no se hallaban en el lugar físico donde los creyó el autor, objetivamente existió una proximidad tangible que colocó a tales objetos en una verdadera situación de peligro. Las acciones típicas pudieron haberse consumado perfectamente, *ex ante*, si el autor hubiera actuado con un mínimo mayor de diligencia. Es decir, *estaba dentro de sus propias facultades lograr el perfeccionamiento de los delitos intentados*.

Se trata, entonces, de *errores vencibles* que deben ser reprochados a título de tentativa idónea. De lo contrario, estaríase premiando una leve desatención del autor en su faena delictiva, al tiempo que se castigaría la mayor sagacidad de la víctima, que, por muy poco, logró poner su persona o su patrimonio fuera del alcance del agente. En todos los casos dados, pudo el delincuente introducir su mano en el otro bolsillo, o fijarse debajo del asiento del automóvil, o desviar la mira de su arma unos pocos metros para conseguir el resultado; sin embargo, omitió tales acciones por

circunstancias ajenas a su voluntad, resultando así de aplicación el dispositivo legal establecido en el art. 42 del C.P..

Si a los ejemplos antes dados les efectuáramos una ostensible modificación, tornándose aplicable, a nuestro criterio, el 44 del C.P.. Veamos.

Si la víctima de homicidio, en lugar de encontrarse a pocos metros del escenario del crimen, hallárase en un lugar distante, ya sea en un cine, en el interior del país o en Europa, evidentemente el bien jurídico protegido no habría corrido el mismo peligro que en los casos anteriores. Otro tanto se puede decir de los restantes ejemplos, de la billetera y del pasacassettes, que en vez de ser llevados en el saco o el interior del automóvil, fueron dejados en el domicilio de sus dueños. La pregunta, en tal caso, sería la siguiente ¿igualmente persistiría para tales bienes un peligro de ser vulnerados?.

Entendemos, a diferencia de la teoría de la falta de tipo, que en estos últimos supuestos existió un peligro abstracto, que es precisamente el que pretende conjurar el art. 44 del C.P., a través de la penalización del delito imposible.

Es cierto que ahora el autor carecía, “ex ante” de la posibilidad fáctica de consumar su plan delictivo; pero si hubiera tenido el dominio no sólo del acto sino del resultado, estaríamos nuevamente frente a la tentativa “strictu sensu”, y no frente al delito imposible que por definición descarta la efectiva posibilidad de consumación.

La pregunta que a continuación se nos formularía es: ¿de qué forma ha corrido peligro la persona que se hallaba caminando por las calles de París, si el atentado homicida en su contra fue perpetrado en Buenos Aires? ¿Acaso el “no ser” no equivale al “no estar” (Schotensack)?¹⁰.

El “no ser” alude al concepto de bien jurídico: si no hay tipicidad no hay delito, y por ende el bien jurídico permaneció incólume. Mientras que el “no estar” alude al objeto o al sujeto del delito, que sí existe, pero hállese en un lugar diferente al que lo creyó el autor. Por tanto son nociones ontológicamente diferentes. Una, la primera, responde a la caracterización de “bien jurídico”, entendido éste como relación fáctica de disponibilidad entre sujeto y objeto tutelado. La segunda, responde a la noción de corporeidad intrínseca, trátase de cosa o de destinatario de la acción. El bien jurídico, a no dudar, se afecta cada vez que existe una amenaza contra la aludida posibilidad de disposición, recordando aquí las acertadas palabras de Stratenwerth, que la puesta en peligro del bien jurídico “*comienza ya con la primera acción preparatoria y crece hasta la consumación del delito*”¹¹.

A ello añádese que la noción de peligro abstracto obviamente descarta la causación real de un daño para el bien jurídico. Por lo demás, su evaluación siempre habrá de ser retrospectiva, o sea, considerado el peligro *ex post*¹². El delito imposible, por constituir un tipo de peligro

¹⁰ Comparte esta postura Alfonso Reyes Echandía, “Tipicidad”, Edit. Temis, pág. 162, Jimenez de Asua, “Tratado de Derecho Penal”. T. VII, pag. 781, y Cerezo Mir “Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa”, pag. 27, citado por Reyes Echandía, entre otros.

¹¹ “Derecho Penal, parte general-I, pag. 207.

¹² En tal sentido, entre otros, Zaffaroni, “Teoría del Delito”, pág. 244.

abstracto, como ya dijimos, participa de los elementos que distinguen a esta clase de delitos, los cuales son definidos por la previsión de un no daño y una “presunción” de peligro que se basa en la experiencia, en el casuismo, en la estadística.

Para Maurach, que se enrola en la Teoría de la impresión, la tentativa inidónea pone en peligro la paz jurídica general, mediante la actuación de una voluntad contraria a derecho.¹³

La amenaza para el bien jurídico es también para Zaffaroni el fundamento de la punición de la tentativa, sea idónea o inidónea¹⁴.

¹³ Maurach-Gossel-Zipf “Derecho Penal, parte general”, pág. 54. También Jescheck participa de esta postura en su Tratado de Derecho Penal, parte general. T.II, pag. 700.

¹⁴ Ver su “Tratado de Derecho Penal”, T. IV, p. 477. Este autor distingue si el objeto existe o no, considerando que, en el primer caso, de no mediar un error sumamente burdo, se incurrirá en tentativa inidónea. Agrega asimismo el concepto de “perturbación” como una tercer forma de afectación al bien jurídico, en supuestos en que el daño es notoriamente menor. De allí concluye que en el delito imposible hay una acción típica tanto formal como *materialmente*. Ver esto último en “Teoría del Delito”, op. cit. pag. 693. Carrara también distingue “el caso en que el sujeto pasivo no estaba en el lugar a donde se dirigía la acción, del caso en que estaba allí y debía estarlo, verosímilmente, en el momento de cometerse el delito, pero por un accidente fue quitado de allí o no fue colocado en ese sitio. Así, si la casa invadida por el ladrón permanecía de ordinario desocupada, el ladrón obró aventuradamente y a sus actos no podrá aplicarse el criterio de tentativa. Pero si en ese sitio existían de antemano los objetos que deseaba robar y que por obra de los dueños habían sido colocados en otra parte, esta circunstancia que configuraría el caso fortuito que impide su consumación del hecho, no puede quitarle a este el carácter de tentativa” (Teoría de la tentativa, pág. 119). Cavallero también acude al concepto de “perturbación” al referirse a la tentativa inidónea (op. cit. pag.120), mientras que Nelson Pessoa se refiere a esta misma conceptualización como un “riesgo” para el bien jurídico (“El delito imposible”, Edit. Hammurabi, pag. 49). Debe remarcarse que estos dos últimos autores consideran que si no se encuentra presente el objeto sobre el que recae la acción, se trataría de casos de

Súmase a lo expuesto que la preparación del plan delictivo por parte del autor, desde su propia representación del hecho, ha sido eficazmente puesta en marcha y objetivamente enderezada a lograr la finalidad prohibida; se ha iniciado un recorrido causal peligroso a través de la utilización de medios idóneos. Como bien dice Jorge Sandro, en el delito imposible existe *“un peligro concreto en la etapa de los actos preparatorios y comienzo de ejecución fortuitamente inútil pese al plan estadísticamente hábil del autor, hecho que significa intervención desvaliosa en la situación social protegida jurídicamente”*. Y abonando su concepción agrega *“el comportamiento inútil fue precedido inmediatamente de una preparación concretamente peligrosa para el bien jurídico, signo de la eficacia abstracta del plan del autor en orden a la consumación (desvalor de resultado)”*¹⁵.

Qué duda puede haber de la real sensación de temor, de alarma, que habrá de experimentar el viajero, aún en París, de enterarse del atentado efectuado en su contra. ¿No constituiría una franca manera de alentar la perpetración de un nuevo y certero ataque, premiar el error *indudablemente vencible* que padeció el autor, mediante el dictado de una sentencia que aplique el principio de atipicidad? A no dudar, esta pregunta habrá de formularse no sólo la atemorizada víctima, sino la sociedad en su conjunto.

atipicidad.

¹⁵ “Garantías constitucionales, dolo y tentativa inidónea”, en Doctrina Penal, año 1984.

Claro está que no postulamos la desatinada fórmula distintiva, entre casos de inexistencia absoluta o meramente ocasional, que Cavallero, con severa crítica, adjudica a Manzini y Maggiore¹⁶.

No se trata de establecer un sistema de medición aritmético, basado en la distancia o en el tiempo, para estructurar la diferenciación entre tentativa idónea o inidónea (v.g., si la víctima se hallaba a 5 mts. habrá tentativa strictu sensu, pero si estaba a 6 mts. un delito imposible; lo mismo, si se marchó del lugar del atentado hacía 5 minutos (tent. idónea), ó en 6 minutos (tent. inidónea).

Tales distingos, que son calificados de “recusable empirismo” y de “arbitrarios” por el autor argentino mencionado, con base en Vannini y Antolisei, en realidad son llevados intencionadamente a ese extremo para que parezcan lo que son: irrisorios.¹⁷

Los autores extranjeros citados, e injustamente criticados, al menos en este punto, explican algo bien diferente. Manzini¹⁸ parte de una clara e inobjetable distinción: *“una cosa es que falte el objeto material del*

¹⁶ Cavallero, op. cit. pág. 129.

¹⁷ Nótese, sin embargo, que Antolisei, si bien adjetiviza de tal forma el criterio diferenciador propiciado por Vannini, Marciano y Pannain (no menciona a Manzini ni a Maggiore), termina por aceptar que *“si la presencia del objeto aparecía (ex ante) como improbable -inverosímil- se dará el delito imposible, en los demás casos, el hecho será sancionado”*. Y concluye afirmando, a diferencia del criterio esbozado por la Teoría de la atipicidad, que *“debe considerarse responsable de tentativa de hurto al carterista que en un autobús introduce la mano en el bolso vacío de un viajero”* (confr. Francesco Antolisei “Manual de Derecho Penal”, pág. 359, Edit. Uteha, 1960).

¹⁸ Tratado de Derecho Penal, T.III, pág. 207 y ssgtes.

delito y otra que el delincuente no sepa o todavía no haya podido encontrarlo”, para agregar que en estos últimos casos el delito es *relativamente imposible*. El enunciado, como los ejemplos que anota para graficarlo, demuestran que la única premisa válida e irremplazable para demarcar los conceptos en pugna, hay que hallarla en la apreciación de cada caso en particular, prescindiendo de clasificaciones esquemáticas y preconcebidas.

Maggiore aporta un razonamiento semejante¹⁹, señalando que la insuficiencia causal de la acción debe ser ponderada circunstancialmente por el juez. No le falta razón al notable profesor de la Universidad de Palermo, desde que la idoneidad es un concepto intrínsecamente relativo, el cual, expresa el autor, habrá que determinarlo en cada caso, *“según las contingencias concretas y las situaciones particulares”*.

No deben espantarnos las dificultades, ineludibles por cierto, que presenta la casuística, pues todas las conductas desvaliosas conllevan particularidades imprescindibles de abordar por el juzgador, generalmente en orden a la tipicidad o la culpabilidad, que definirán la impartición de un reproche punitivo ó de una absolución. Como bien apunta Sandro, tales dificultades *“no invalidan el criterio ni restringen el verdadero ámbito de tutela del tipo penal”*²⁰.

En resumen, la inidoneidad relativa a la que se refiere Manzini²¹, o la inexistencia meramente ocasional o eventual (Maggiore), no son postulados genéricos, divorciados de las circunstancias objetivizadas en

¹⁹ “Derecho Penal”, T. I, pág. 546.

²⁰ op. cit. pág. 481 y sgtes.

cada caso concreto. Por el contrario, tales referencias deben ser meritadas a la luz de consideraciones de índole subjetiva (no todas las subjetividades son censurables) como el grado de previsibilidad en torno a la no presencia del objeto (análisis ex ante) y la incontrovertible alarma social generada por la ejecución de una acción, cuya repetición, a través de ulteriores implementaciones más eficaces, no debería ser estimulada.

En consecuencia, se debe juzgar *en concreto* la peligrosidad *abstracta* que dimana de toda acción inidónea por no presencia del objeto. Como dijimos, tal evaluación no puede resultar de un cálculo pre-establecido y aritmético de probabilidades, sino de un juicio de real factibilidad, en el que no pueden dejar de mensurarse los diversos factores, propios y comunes, que concurren en cada caso particular. La presencia habitual del objeto contra el cual se dirige la acción; la consecuente previsibilidad planeada ex ante por el autor; la incidencia y entidad del error de hecho sufrido por éste; el orden normal de las cosas, como expresión del principio de causalidad adecuada (Scarano)²²; los recaudos adoptados por el sujeto pasivo, en definitiva, el peligro corrido por el bien, constituyen, todas ellas, pautas que no pasarán inadvertidas al juzgador, a la hora de establecer si existió tentativa idónea o inidónea.

Para finalizar, la presentación de un ejemplo será útil para graficar las diferentes tesituras analizadas. Una persona acaba de salir de un

²¹ Erik Heller, citado por Oreste Araujo “La Tentativa”, Montevideo 1958, pág. 187/8, señala que cuando no se encuentre el objeto allí donde se busca, lejos de configurarse un caso de inidoneidad, hay solamente una falta de individualización del objeto.

²² Luigi Scarano “La Tentativa”, Edit. Temis, a partir pág. 257 desarrolla la Teoría de la causalidad adecuada, que constituye, para este destacado autor, la postura que mejor explica esta áspera faceta de la tentativa.

banco y es asaltada por otra, a mano armada, quien le exige la entrega del dinero, en la creencia de que ha efectuado una importante extracción en moneda extranjera, cuando en realidad realizó solamente un depósito y no lleva consigo ni tan siquiera un peso para entregar al delincuente.

Quienes predicán las bondades de la Teoría de la atipicidad, sostendrán que tal conducta no es configurativa del delito de robo, pues faltará la “cosa ajena” que reclama el “tipo” en cuestión, aún cuando pueda inscribirse en otra figura del catálogo penal (amenaza calificada). Téngase en cuenta que si no existiera esta última posibilidad, aquella acción resultaría impune.

Es cierto que el autor careció, “ex ante”, de la posibilidad de gobernar el devenir causal propuesto. No estaba en condiciones de modificar el acontecer fáctico, cualquiera fuera la actitud asumida, por la sencilla razón de que la víctima no traía dinero consigo. Pero tal conclusión es válida extraerla ex post facto.

Analizado el caso “ex ante” por un tercero imparcial, deberá convenir que una persona que sale de un banco, es muy probable que lleve dinero encima, máxime si se tiene en cuenta que en esta modalidad de atraco, intervienen combinadamente otros elementos que, desde adentro, “marcan” a la posible víctima. Existió, por tanto, un error vencible por parte del autor, y de sus cómplices, si los hubo, pues creyó -o creyeron- que la persona seleccionada llevaría una suma de dinero inusual, lo cual hacía más atractivo el asalto. De cualquier forma, a no dudar, la víctima sería despojada de todos los valores que portara, cualquiera fuera su cantidad. Obviamente no estaba en los planes del autor la posibilidad de no apoderarse ni siquiera de un

centavo; de lo contrario hubiera aguantado acometer a otro cliente mejor provisionado.

Estadísticamente, no es frecuente que ocurra lo expuesto en el ejemplo²³. En abstracto, a no dudar, ha existido una palpable amenaza para el patrimonio de la víctima (bien jurídico), puesto que no sólo hubo una preparación peligrosa de la acción emprendida por el autor, sino que la misma fue efectivamente exteriorizada y dirigida a la perpetración de un acto desvalioso. El desenlace fortuito, imprevisible, y obviamente ajeno a la voluntad del agente, que impedía ab initio la consumación de la acción intentada, justifica la punición de esta verdadera tentativa inidónea, en los términos del art. 44 del C.P..

IV- Conclusiones:

“Se requieren todavía largas meditaciones por parte de otras inteligencias superiores a la mía”, dijo Francesco Carrara al referirse a las dificultades para arribar a un criterio uniforme en materia de idoneidad en la tentativa. La prueba más cabal de tales escollos, que aún limados con el correr del tiempo se muestran reacios a disiparse en forma definitiva, nos la proporciona un disonante repertorio jurisprudencial.

El mismo caso resuelto por el Tribunal Oral nro. 9 y que motiva estas líneas, referido al ladrón que pretende apoderarse del inexistente pasacassettes que creía se hallaba en el interior del automóvil, ha sido juzgado en otras dos oportunidades, con diversas soluciones.

²³ Es lo que sucede con todos los casos de delito imposible.

Así, la Sala I de la Cámara del Crimen, con fecha 17/12/90, entendió que se trataba de una tentativa inidónea de robo²⁴, mientras que la Sala V del mismo Tribunal, el 29/9/92, consideró que el hecho configuraba una verdadera tentativa strictu sensu²⁵. Es decir, el mismo hecho ha sido interpretado jurisprudencialmente de las tres formas posibles: como tentativa idónea, como tentativa inidónea y como un caso de falta de tipo. Por nuestra parte nos volcamos a favor de la tentativa inidónea, siempre y cuando el objeto buscado no se hubiera encontrado, dentro del mismo ámbito, en otro lugar distinto del que creyó el autor, por ejemplo debajo del asiento, puesto que si así fuera, el delito habría quedado en grado de tentativa.

Las destacadas meditaciones vertidas en torno al tema con posterioridad a la formidable reflexión volcada por el maestro de Pisa, demuestran que no se trata de un problema de carencia de inteligencias “jurídicas” superiores, sino de una cuestión que concierne especialmente al campo de la política criminal, en la cual preponderan connotaciones de índole social y político cultural, siempre fluctuantes y contradictorias.

²⁴ In re: causa Poggi, Alejandro, nro. 38021. El Dr. Rivarola, en disidencia, calificó el hecho como tentativa idónea, sosteniendo que “*no hay inexistencia del objeto sino tan solo una eventual no presencia del objeto y el bien jurídico protegido ha sido efectivamente puesto en situación de peligro*”.

²⁵ Causa nro. 30.048, in re: Salas, H. A.. Por unanimidad, con voto preopinante de la Dra. Catucci, expresó el Tribunal que “*la inexistencia del autostéreo -que se pretendía sustraer del automóvil- no descarta la tentativa, puesto que se pudo haber sustraído cualquier otro objeto de su interior, de no haber sido el imputado detenido*”.