



HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA

A. Generalidades

Entiéndase que en referencia al delito de homicidio en grado de tentativa equipararemos al propósito delictivo con el dolo, pues el grado de conato nos impone olvidarnos por un momento de los homicidios culposos, ya que la culpa no admite el grado de tentativa.

Las acciones delictivas llegan a la cúspide de su desarrollo con la consumación del ilícito, En contraposición a ello, las acciones que no llegan a la consumación, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, quedarán en grado de tentativa, siempre que la figura en cuestión admita tal situación, tal el caso del homicidio.

a.1. Punibilidad

La tentativa es un instituto que aún estando en la parte general del Código penal establece la necesidad de una sanción para su autor, el que sería autor del delito tentado.

No se trata, en el conato, de un delito independiente sino de una conducta delictiva inconclusa donde se pretende penar el grado de peligrosidad puesto de manifiesto por el agente. Pues en este orden de ideas la persona que pretende cometer un homicidio, simple o agravado según el caso, comenzando su ejecución pero sin lograr la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad, será del delito de homicidio en grado de tentativa, y no como comúnmente se dice “tentativa de homicidio”.

La razón de ser de la sanción en la tentativa ha sido objeto de diferentes justificaciones por los más destacados doctrinarios del Derecho penal argentino. Básicamente existen dos grandes corrientes (objetiva y subjetiva). Como sostuviéramos antes puede castigarse penalmente al sujeto, sobre la base del peligro que hiciere correr al bien jurídico protegido por la norma, en el caso que nos ocupa la vida humana. Por el contrario la tesis subjetiva centra su atención en el dolo desplegado por el agente mediante la acción de vulnerar o afectar aquel bien jurídico penalmente protegido por la ley de fondo.

En síntesis podemos afirmar que el caso del homicidio en grado de tentativa o conato debe tenerse en cuenta, necesariamente, el disvalor jurídico que denota la conducta del autor.

Para redondear también podemos afirmar que el castigo penal, que en la tentativa se establece para el sujeto, responde al necesario resguardo de los intereses de los individuos, así como también de toda la sociedad. Pues no es dudar, que el conato pone en peligro la incolumidad de aquellos, de una manera que incomoda al tejido social.

Yendo más a fondo al análisis exegético de la normativa legal vigente, se advierte que el daño a los intereses de los seres humanos afecta de una forma decisiva el ordenamiento jurídico de la sociedad. Aunque también de una manera sutil, la penalidad del conato debe establecer, como lo hace, la necesidad de evitar el peligro efectivo en que ese daño se produzca, es decir que el delito pase de ser tentado a ser consumado, y el daño efectivamente



se produzca en concreto, salvo que exista en el episodio en cuestión un desistimiento voluntario, tal cual lo establece en artículo 43 del Código penal.

También se observa en el homicidio en grado de tentativa, simple o agravado, la exteriorización de una firme y decidida voluntad hostil al Derecho.

a.2. Dolo y tentativa

Diferentes factores deben estar presentes en el delito tentado. El Código penal, en su artículo 42, no sólo establece el instituto de la tentativa, sino que además en su formulación proporciona un acercamiento normativo en cuanto el concepto de dolo, esto es así cuando habla de “el fin de cometer un delito determinado”. De allí la afirmación hecha con anterioridad en el sentido de la inexistencia de los delitos culposos en grado de tentativa.

El fin de cometer un delito determinado es un requisito que nace de la subjetividad del agente. Es por supuesto un intento fallido de delinquir, de darle muerte a otra persona.

Aquel sujeto que actúa con la intención de cometer un delito en particular y con esa finalidad se manifiesta, la hace con dolo directo; pero de ninguna manera con dolo eventual toda vez que éste último no puede, de ninguna manera, contener “el fin de cometer un delito determinado”. Sabido es pues que en el dolo eventual el sujeto tan sólo admite la perpetración del delito, pero no como un resultado certero y deseado, sino como una contingencia de su obrar ilícito.

a.3. Las pruebas y la indagatoria

No es éste un libro sobre la tentativa, exclusivamente. Sin embargo queremos dejar en claro que en materia de homicidio, el grado de conato dependerá principalmente de las constancias probatorias que la instrucción pueda recolectar del escenario de los hechos, así como también de la declaración del propio imputado, su eventual confesión y los antecedentes del caso.

Hemos hecho mención en primera instancia a las constancias probatorias que es lo mismo que decir elementos probatorios o pruebas, y luego a la declaración del sospechoso. Esto es debido a que siempre hemos sostenido que la declaración indagatoria no es un elemento probatorio, sino un acto de defensa. En tal sentido ver “La declaración indagatoria, aspectos teóricos y prácticos”, Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, número 24, junio de 1999, página 16; por Hugo López Carribero).

Es por ello que en la investigación de un hecho que se presente como constitutivo, prima facie, del delito de homicidio en grado de tentativa será de vital importancia, para su esclarecimiento, las pericias balísticas, los croquis ilustrativos del lugar, los antecedentes del caso, y además los errores en los que hubiera podido incurrir el imputado al momento del hecho.

B. El comienzo de la tentativa

Muchas veces no se encuentra bien delimitado el momento en el cual el sujeto comienza



a matar, y ni siquiera su concreto plan ilícito. Como consecuencia de ello se dificulta la posibilidad de conocer el instante en que nace el conato.

Por eso es necesario analizar, cuidadosamente, la existencia de circunstancias ajenas a la voluntad del agente que debieron influir en la consumación del ilícito.

Tanto el dolo como las circunstancias ajenas son de indispensable presencia, si se quiere tener un homicidio tentado. De lo contrario no habrá conato posible.

Dijimos ya que no estamos en el lugar apropiado para pretender profundizar el tema de la tentativa como instituto legal, al menos en la extensión que el mismo requiere. Empero, la situación en relación al delito de homicidio puede resumirse de la siguiente manera: “si de las constancias procesales surge bien a las claras que el sujeto desarrolló el correspondiente dolo de querer dar muerte a otra persona, comenzando la ejecución de los actos tendientes a lograr su objetivo, siendo que la misma no se produjo precisamente por circunstancias ajenas a su voluntad, estaremos ante un homicidio en grado de tentativa”.

No basta que se haya utilizado en el hecho un arma de fuego o un filoso cuchillo, pues del dolo desplegado por el agente puede, surgir claramente que se ha pretendido consumir un abuso de armas o una lesión que no provocaría la muerte de la persona damnificada, o en el mejor de los casos que ha habido un desistimiento voluntario.

Al decir de Carnelutti: “La tentativa es el término medio entre el reposo y el movimiento”. Es de tal manera que en el delito tentado se advierte fácilmente que existe una especial relevancia en la teoría del delito toda vez que movimiento de características embrionarias se diferencia muy claramente del reposo total y absoluto. De allí el comienzo de la ejecución del agente que pretende cometer un determinado delito, en el caso que nos ocupa el de darle muerte a otra persona.

b.1. EL error

Tradicionalmente, en el Derecho penal se ha analizado la existencia del llamado error de tipo. El delito de homicidio fue utilizado como ejemplo, particularmente cuando el mismo queda en grado de tentativa.

En el error de tipo estaríamos ante el caso en que una persona intentara matar a un animal y no lo consiguiera por circunstancias ajenas a su voluntad, pero ocurre que la escena se desarrolla de noche, con mucha lluvia y escasa visibilidad, y el supuesto animal resulta ser una persona que casualmente caminaba por el lugar cuando no transitaba por allí frecuentemente.

Estamos pues ante un claro ejemplo de error de tipo, que siendo invencible exime de responsabilidad al agente. Pero en esto no debe haber diferencia con el delito consumado pues en uno u otro caso se impone la regla del artículo 34 del Código penal en cuanto declara la falta de imputabilidad respecto de quien no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto por error o ignorancia de hecho no imputable.



En el caso del ejemplo lo invencible del error esta dado en las condiciones climáticas y además en que el agente conoce muy bien el terreno en que dispara su arma y sabe que no es habitual que una persona camine por allí.

En otro caso, un sujeto entiende que esta apuñalando a una persona que se encuentra dormida bajo las sábanas para darle muerte, cuando en realidad lo único que esta haciendo es dañar a cuchilladas una sólida almohada. Este es un ejemplo de tentativa imposible o delito putativo que queda comprendido en el último párrafo del artículo 42 del Código penal.

b.2 La escala punitiva.

Deseamos ahora centrar la atención en la escala punitiva que la normativa vigente autoriza a imponer en el caso del delito tentado, en principio cuando se trata de un homicidio simple. En tal sentido el artículo 44 del Código penal prescribe, en su primer párrafo: “La pena que correspondería al agente si hubiera consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”.

¿Cuál es la correcta interpretación que debe otorgársele este precepto legal?

Para referirnos al tema tomaremos como ejemplo la escala punitiva establecida para el delito de homicidio simple tipificado en el artículo 79 del Código penal, es decir la que oscila 96 y 300 meses de prisión o reclusión (expresamos el tiempo en meses u no en años debido a una cuestión didáctica, que el lector sabrá interpretar).

En el ejemplo la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende que la pena en grado de tentativa deberá oscilar entre 48 y 200 meses de encierro, es decir que la pena máxima se disminuye un tercio y la mínima a la mitad.

Ha de tenerse en cuenta que la Sala I de la Cámara Nacional de Casación penal, se ha expresado a favor del criterio usual expresando lo siguiente: “En el caso del artículo 44, la reducción de la pena de la tentativa debe efectuarse disminuyendo en un tercio el máximo, y en la mitad de la pena correspondiente al delito consumado” (21/9/94. Jurisprudencia Argentina, año 1995, página 456).

Sebastián Soler afirma que la cuestionada disminución punitiva en el conato debe aplicarse sobre la base de la pena que le hubiera correspondido al sujeto, en caso de haberse observado la consumación delictiva.

Hasta aquí la afirmación del destacado doctrinario no parece tener discrepancia alguna de las posturas antes detalladas. Empero la situación se torna llamativa al interés jurídico cuando el propio Soler de a conocer el mecanismo que debe llevarse a cabo para la disminución.

Afirma que en caso de conato, el órgano jurisdiccional debe poner en marcha un procedimiento hipotético que comprende la fijación en abstracto de la pena para el caso



en que el agente hubiera consumado el ilícito. De esa manera la escala punitiva de la tentativa estaría comprendida entre un tercio y la mitad de la hipotética pena. En el ejemplo del homicidio simple, el juez se representaría la hipotética pena del delito consumado, como bien podría ser de ocho años de prisión (es decir 96 meses), por lo cual la escala punitiva del delito tentado quedaría comprendida con un mínimo de 48 meses (es decir la mitad) y 64 meses de máximo (es decir dos tercios).

Sin embargo a nuestro modo de ver no hay razón suficiente o valedera para que la quita se realice de esta manera. En efecto, ¿qué circunstancia hace pensar que ante la letra legal, al máximo hay que restarle un tercio y al mínimo la mitad, y no a la inversa?

¿Por qué no interpretar que cuando el artículo 44 expresa: "...se disminuirá de un tercio a la mitad", se está refiriendo primero al mínimo y después al máximo del delito ya consumado? Es decir que se deba restar un tercio al mínimo y la mitad del máximo.

Este último planteo lo realizamos teniendo en cuenta que el Código penal en cada una de las tipificaciones hace mención en primer término al mínimo de la pena y luego al máximo (por ejemplo, homicidio simple de 8 a 25 años; estafa de un mes de 6 años; reducción a la servidumbre de 3 a 15 años).

Así, viendo en la ley primero el mínimo y luego el máximo, en el ejemplo del homicidio simple en grado de tentativa quedaría una escala que oscilaría entre un mínimo de 64 un máximo de 150 meses de prisión o reclusión.

Ante tal situación se puede advertir que la franja que diferencia al mínimo de la pena vería desde los 48 meses, en la doctrina tradicional, a los 64 meses en la opinión que por nuestra parte sostenemos, mientras que en relación a la penalidad máxima la diferencia se extiende desde los 200 meses en la primer postura a 150 meses en la segunda.

En la comparación a la postura tradicional que indica disminuir el mínimo a la mitad y el máximo un tercio, cuando se disminuya a la inversa queda resultado final que el mínimo es mayor el máximo menor.

Entendemos que la jurisprudencia es pacífica y uniforme en el sentido de reducir la pena prevista para los delitos, haciéndolo el mínimo a la mitad y el máximo un tercio, en ciertos casos ello permite excarcelar a las personas imputadas por delitos que comúnmente se ventilan en los tribunales penales ordinarios de la Capital Federal. Ejemplo de los excarcelables en esa jurisdicción son, algunas veces, el robo con armas y la extorsión ambos en grado de tentativa, pues como sabemos las mismas situaciones no permite la excarcelaciones, al menos en forma ordinaria, cuando los delitos han sido prima facie consumados. Distinta es la situación en la Provincia de Buenos Aires, pues allí la ley 12.405 modificó el Código Procesal Penal e impuso algunas circunstancias legales que impiden las excarcelaciones antes mencionadas. Este tema pertenece a un objeto diferente al de éste trabajo, pero en relación a la ley provincial 12.405 queremos referirnos muy brevemente diciendo que su sanción legislativa ha llevado al tremendo absurdo, en algunos casos, de



tener detenida una persona cuando todavía es considerada inocente, es decir antes de una sentencia condenatoria, y darle la libertad cuando es declarada culpable aplicándole una pena en suspenso. Un clásico ejemplo es el robo simple en grado de tentativa cuando he existido violencia en las personas. Más aún, en este caso se ha llegado a la tremende arbitrariedad, en la mayoría de las veces, de mantener la prisión preventiva un tiempo mayor al mínimo del delito investigado.

Por nuestra parte, adherimos expresamente a la teoría del eminente tratadista Ricardo Núñez, quien afirma que la escala punitiva, en los delitos tentados, debe oscilar entre los dos tercios del mínimo y la mitad del máximo, teniendo en cuenta para esto la graduación penal establecida por la ley de fondo para el tipo de delito.

Por supuesto que prestando la atención que el tema merece con relación a la libertad del imputado el asunto cobra dimensiones notables ya que dependiendo de la postura interpretativa que se adopte habrá homicidios que podrán ser favorecidos por la libertad condicional antes que otros.

Tomando como ejemplo el homicidio simple en grado de tentativa y la aplicación del máximo de la pena, 25 años o 300 meses, para la doctrina mayoritaria la sanción mayor será 200 meses y para la postura que sostenemos será de 150 meses. En el primer caso la libertad condicional podrá llegar a los 133 meses, mientras que el segundo caso tendrá lugar a los 100 meses.

Sosteniendo la misma línea de pensamiento, aún desde otro punto de vista y siendo que en la tentativa se establece una pena fija por un tiempo de prisión o reclusión, la correcta y debida disminución debe ser siempre al mitad del máximo, ya que el espíritu de la norma jurídica es precisamente que la pan máxima del conato nunca supere la mitad que se establece para el caso de la consumación ilícita.

El pequeño aporte que pretendemos dar al lector en relación al tema es por que creemos, o mejor dicho estamos convencidos, que la redacción del Código penal en nada ayuda a una correcta administración de Justicia ya que genera la peor situación que puede existir en el campo del Derecho: "La inseguridad jurídica". Sin tener que discutir sobre la validez de las tesis que hemos expuesto, vemos que el artículo 44 del la ley de fondo establece una escala panal abstracta que se encuentra en pugna con las sanas garantías constitucionales, en especial el principio jurídico de ley anterior al hecho del proceso y la debida tipicidad penal.

Desde nuestra postura, expuesta en forma breve, deseamos encontrar eco en la labor legislativa para que en lo sucesivo se encare una profunda modificación del Código penal a los efectos de otorgar la indispensable seguridad jurídica, la misma que ampara la Constitución nacional.

La cuestión relativa a la escala punitiva en el delito de homicidio en grado e tentativa tiene relevancia e interés cuando el delito investigado no es de los agravados previstos en



el artículo 80 del Código penal.

Esto es así toda vez que para el conato del artículo 80, la pena oscilará entre 15 y 20 años, y 10 a 15 años, en el primero y en el segundo de los casos según sea prisión o reclusión. Esto es así, no por interpretación doctrinaria sino por que la ley de tal manera lo establece en el artículo 44 en sus párrafos 2do y 3ro.

b.3. Prisión o reclusión

El artículo 80 del Código penal autoriza al juez aplicar prisión o reclusión a quien matare a otro en alguna o algunas de las circunstancias detalladas en sus incisos.

Por su parte el artículo 13 del mismo cuerpo legal establece el instituto de la libertad condicional, el condenado a reclusión o prisión temporal a tres o más años puede ser beneficiado con la soltura provisoria una vez que se encuentren cumplidas las dos terceras partes de la pena. Desde ya que el cómputo de las dos terceras partes de la condena debe hacerse teniendo en cuenta el tiempo en que el condenado hubiera estado en prisión preventivo. Pues aquí hay una diferencia fundamental en la elección del juzgador a la hora de sentenciar un caso de homicidio calificado en grado de tentativa, pues haber condena a reclusión se deberá contabilizar sólo la mitad de la prisión preventiva a los efectos del cómputo de la pena y una futura libertad condicional. Esto es motivado por la redacción del artículo 24 del Código penal cuando expresa: "La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión, por un día de prisión preventiva, uno de prisión".

En lo que respecta a la inconstitucionalidad del artículo 24 del Código penal el lector puede consultar "El cumplimiento parcial de la pena en la reincidencia". Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, número 15, agosto del año 1998, página 14. Por Hugo López Carribero.

El razonamiento antes expuesto es extensivo a la participación criminal en su esfera secundaria ya que el artículo 46 del Código penal establece al respecto lo siguiente: "Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad".

El artículo se refiere a aquellos partícipes que prestan, al autor principal del ilícito, un auxilio que es indispensable para la consumación del delito, pero ayuda o facilita las cosas.

b.4. Lesiones graves

Puede ocurrir que se presente una confusión en los casos de lesiones graves tipificadas en el artículo 91 del Código penal.

Pues en tal caso es necesario recurrir, como muchas veces, a la psicología del autor. Si quiso matar o quiso lesionar gravemente. También será de fundamental importancia el lugar de los acontecimientos, de allí se verá si consiguió lo que quería o si por el contrario



Dr. Hugo Lopez Carribero

ABOGADO PENALISTA

no pudo consumar el deseo ilícito por circunstancias ajenas a su voluntad. En casos de duda se estará por el artículo 91.