

Repaso de la pena de la tentativa de delito conminado con pena divisible

Por Esequiel J. E. Perez Cortez*

«Conviene recordar aquí, que la inconsecuencia jamás se supone en el legislador, y que por eso, se reconoce como un principio inconcuso, que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando, como verdadero, el que los concilie y deje a todas con valor y efecto».[1]

Introducción [\[arriba\]](#)

El párr. 1º del art. 44 de nuestro Código Penal vigente establece que, en caso de tentativa de delito con pena divisible, «[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad».

Esta disposición, que rige desde el año 1922, ha dado lugar a múltiples interpretaciones diferentes[2], que pueden motivar -y de hecho, han motivado- soluciones jurisprudenciales muy distintas de casos idénticos, pues ante la eventualidad de un mismo caso, la disminución de pena, ordenada por ella, podrá ser diversa, según el criterio de interpretación, sostenido por el juez de la causa, que, a su vez, puede estar determinado por la jurisdicción a la que pertenece.[3]

Dicho de otra forma, las penosas consecuencias que acarrea para una persona la comisión de un delito, en los casos de tentativa, no dependen ya solamente de las circunstancias de su hecho, sino también del sentido y alcance que los jueces le den a la disposición legal que las regula.

Sin ánimo de agravar esta situación[4], que sin dudas, genera cierta inseguridad jurídica y que puede en ocasiones, lesionar, entre otros, al derecho de igualdad ante la ley, amparado constitucionalmente (art. 16 de la Constitución Nacional), en este ensayo, se estudiará el párr. 1º del art. 44, a partir de nuevos interrogantes que se intentan responder.

Generalmente, las nuevas interpretaciones de una disposición surgen a medida en que se van poniendo de manifiesto -y que se superan- las dificultades que poseen las anteriores. El caso que nos concierne no ha sido ajeno a tal generalidad; sin embargo, tiene la particularidad de que las nuevas interpretaciones superadoras presentan dificultades de la misma o mayor trascendencia que las de las superadas y que estas no tienen. Con lo cual, todas son, al mismo tiempo, superadas y superadoras.

Con tal panorama, es entendible que en las distintas jurisdicciones de nuestro país, se otorguen distintos sentidos y alcances a una misma disposición legal que llevan a soluciones tan diferentes, pues los jueces no tienen mayor alternativa que adoptar y aplicar la interpretación que entienden más acorde a derecho, entre un conjunto, entre las cuales todas tienen inconvenientes que otras no y no tienen los que otras sí.

Esta particularidad motiva la realización del presente ensayo, porque este, al no ser más que un análisis de la primera disposición del art. 44, a la luz de nuevos

interrogantes, promete atenuar la situación antes expuesta, dado que puede confirmar o echar por tierra las mencionadas dificultades de las diferentes interpretaciones que hacen que los jueces tengan aquella entendible discrecionalidad que genera injusticias.

Es cierto que los jueces tienen libertad de interpretación jurídica, pero ello es así siempre y cuando sean razonables, es decir, siempre y cuando funden suficiente y científicamente su criterio interpretativo; empero, si se verifican ciertos aciertos o desaciertos de una determinada interpretación, difícilmente podrá fundar su criterio sin refutar de manera suficiente, tales aciertos o desaciertos, según qué criterio sostenga.

Diferentes Interpretaciones [\[arriba\]](#)

Las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar el párr. 1º del art. 44 de nuestro Código Penal vigente pueden clasificarse en cinco doctrinas: (1) de los dos tercios del máximo; (2) de los dos tercios del mínimo; (3) del tercio del mínimo; (4) del tercio del máximo, y (5) de la pena en concreto. Veamos brevemente qué interpretaron cada una de ellas.

Doctrina de los dos tercios del máximo

Una primera interpretación, que en lo sucesivo, se la llamará «doctrina de los dos tercios del máximo», concluye que la disminución de pena en la tentativa consiste en determinarla, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, entre los límites de una nueva escala penal, que resulta de reducir la mitad del mínimo y la tercera parte del máximo, asignados para el delito consumado de que se trate. Esta interpretación, inaugurada por González Roura[5], es sostenida, entre otros, por Malagarriga[6], Oderigo[7], Argibay Molina[8] y Villanueva.[9]



Doctrina de los dos tercios del mínimo

Otra interpretación, que en lo posterior, se la llamará «doctrina de los dos tercios del mínimo», a diferencia de la anterior, concluye que la nueva escala penal sobre la que debe determinarse la pena de tentativa, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, resulta de restar un tercio al mínimo y la mitad al máximo, previstos para el delito consumado de que se trate. Esta interpretación inaugurada por Núñez[10] es sostenida, entre otros, por De la Rúa[11], Jiménez de Asúa[12], Vergara[13], Terán Lomas[14] y Fontán Balestra.[15]



Doctrina del tercio del mínimo

Otra, que en adelante, se la llamará «doctrina del tercio del mínimo», a diferencia de las anteriores, determina que la nueva escala penal sobre la que debe determinarse la pena privilegiada, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, surge de reducir a la tercera parte el mínimo (es decir, restarle dos tercios) y a la mitad el máximo, fijados para el delito consumado de que se trate. Esta interpretación es sostenida, entre otros, por Juliano y Laino.[16]



Doctrina del tercio del máximo

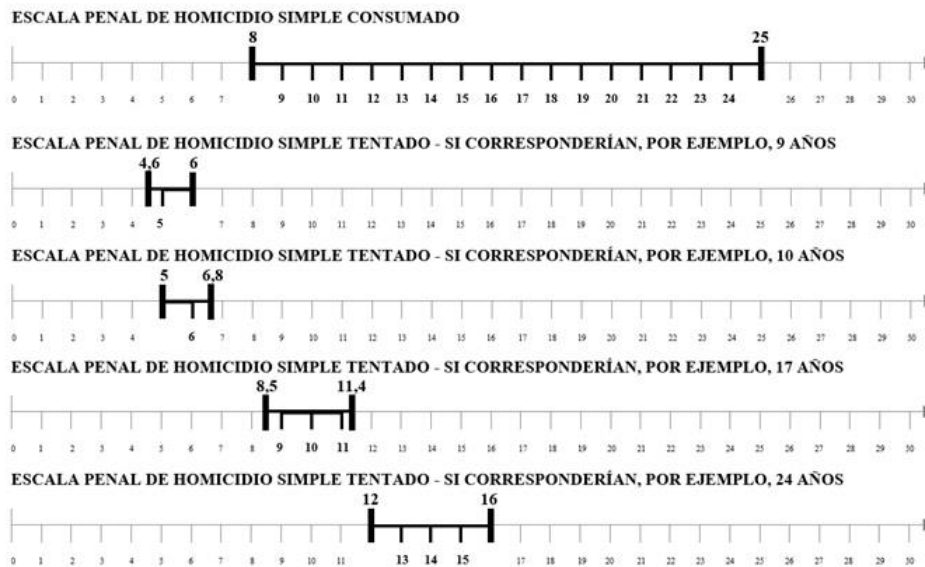
Otra de ellas, que en lo sucesivo, se la llamará «doctrina del tercio del máximo», supone que, en realidad, la nueva escala penal sobre la que debe determinarse la pena del delito tentado, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, resulta de reducir a la mitad el mínimo y a la tercera parte el máximo (es decir, restarle dos tercios), previstos para el delito consumado de que se trate. Esta interpretación, cuya posibilidad de sostener se deduce de las tres anteriores, es mencionada por Juliano, Laino, Zaffaroni, Alagia y Slokar.[17]



Doctrina de la pena en concreto

Otra, que en adelante, se la llamará «doctrina de la pena en concreto», entiende que la disminución de pena para la tentativa, consiste en determinar, en abstracto, dentro de la escala respectiva, la pena que, con arreglo a los arts. 40 y 41 del Código Penal, hubiese correspondido y disminuirle un tercio como mínimo o la mitad como

máximo, según las características de la tentativa en sí misma: el grado que alcanzó, la mayor o menor posibilidad de perjuicio, etcétera, en orden a que las circunstancias comunes de agravación o atenuación ya se toman en cuenta, al apreciar la pena que hubiere correspondido al hecho consumado en las condiciones en que se intentó. Esta interpretación, inaugurada por Rivarola[18], es sostenida, entre otros, por Jofre[19], Soler[20], Laje Anaya[21] y aunque con ciertas modificaciones, Zaffaroni, Slokar y Alagia.[22]



Críticas a las distintas doctrinas [\[arriba\]](#)

A estas doctrinas, se les han realizado diversos reparos. Veamos cuáles.

Doctrina de los dos tercios del máximo

La principal crítica que se le ha realizado a esta doctrina es que, en caso de delito castigado con prisión temporal de 25 años de máximo, el máximo de la pena de la tentativa (16 años y 8 meses) es superior al máximo de ella, si el delito estuviera reprimido con prisión perpetua (15 años, según el párr. 3 del art. 44 del Código Penal).[23] De esta manera, por ejemplo, la pena máxima de un homicidio simple tentado, resulta más alta que la de un homicidio calificado tentado, contradiciéndose los principios de proporcionalidad y culpabilidad penal, así como la sistemática del Código Penal, en relación con la previsión de las penas.

También, se ha dicho que esta doctrina no respeta el orden indicativo de las penas que rige en todo el texto del Código Penal, en que primero se menciona el mínimo (en el caso del art. 44, se reduce un tercio) y luego, el máximo (en el caso del art. 44, la mitad).[24]

Doctrina de los dos tercios del mínimo

A pesar de que evita las críticas efectuadas a la «de los dos tercios del máximo», a esta doctrina, se le reprocha que en algunos casos, el mínimo de la pena será excesivamente severo y en otros, el máximo aparecerá como exiguo[25] y que no es

-como se pretende- la más restrictiva de la punibilidad respecto de los mínimos, porque si bien estos son indicativos, pudiendo el tribunal desconocerlos, cuando así corresponda por la reducida magnitud del injusto o de la culpabilidad (o por otras circunstancias, como pena natural, doble punición, etcétera), el valor indicativo se conserva cuando no se presenten esas circunstancias.[26]

Doctrinas del tercio del mínimo y del tercio del máximo

Estas doctrinas, si bien visualizan en el art. 44, el mismo precepto que visualizan las doctrinas «de los dos tercios del mínimo» y «de los dos tercios del máximo», vale decir, «la escala penal se disminuirá de un tercio del mínimo (o del máximo) a la mitad del máximo (o del mínimo)», hacen una evaluación gramatical distinta del mismo. Por eso, se ha manifestado que «gramaticalmente, se puede discutir la interpretación dada en cuanto a la reducción del mínimo [o del máximo] de la escala penal del delito consumado a sus dos tercios. El Código dispone que se “disminuirá (la pena) de un tercio a la mitad”. La expresión puede ser entendida en dos sentidos: a) que el mínimo [o el máximo] se reduce a un tercio (tomando como si el precepto dijera: “la pena queda reducida a una escala de un tercio a la mitad de la que corresponde al delito consumado”); b) que el mínimo [o el máximo] se reduce a dos tercios. La última es la posición correcta, por dos razones: a) el sentido gramatical de las expresiones “de” y “a”, que están referidas, como “desde” y “hasta”, a la “disminución”, y no a la escala resultante. Es decir, se disminuye desde un tercio del mínimo [o del máximo], hasta la mitad del máximo [o del mínimo]: no se disminuye a un tercio del mínimo [o del máximo]». [27] Así, se evidencia que la resistencia semántica de la expresión legal se disminuirá de no soporta el análisis de estas variables.[28]

En todo caso, suponiendo que fuera correcto el análisis gramatical que hacen estas doctrinas, no lo sería lógicamente, puesto que si se tendría que aplicar a un precepto que dijera, por ejemplo, «la escala penal se incrementará de un tercio del mínimo (o del máximo) a la mitad del máximo (o del mínimo)», se obtendría como resultado una escala penal reducida en comparación con la escala penal objeto de disminución, allende a que el precepto dijera expresamente se incrementará, lo cual no ocurre interpretando a las preposiciones de y a como referidas a la disminución o, en su caso, a la incrementación.

Doctrina de la pena en concreto

Pese a que todos los antecedentes del vigente art. 44 parecen indicar que lo que se quiso hacer con él fue establecer el mecanismo que presenta esta doctrina[29], esta ha sido observada en varios aspectos.

Se le ha criticado que exige la determinación de la pena en relación con un delito que no se ha consumado, respecto del cual, por eso mismo, no se conocen las circunstancias agravantes y atenuantes particulares apreciables, para fijar la condenación (art. 41 del Código Penal), ya que las circunstancias propias de la tentativa podrían haber variado al consumarse el delito.[30]

Además, se le observa que, dado que los criterios del art. 41 del Código Penal ya se han aplicado, la segunda cuantificación queda librada por entero, al capricho del magistrado, por ausencia completa de fundamento o criterio jurídico.[31]

Se ha expresado también, que el argumento según el cual debe atenderse al grado de aproximación a la consumación, carece de lógica frente al art. 41, puesto que allí, ya debe cuantificarse el injusto (la extensión del daño y del peligro), sin que tenga sentido cuantificar primero, un injusto imaginario y luego, uno real, y que, por lo tanto, la doctrina cae en la difícil determinación penal de un delito imaginado, y valora primero el injusto por una extensión imaginada, para repetir luego la misma operación por su intensidad real.[32]

También, se ha dicho que, en ciertos casos, la pena mínima sería mayor para la tentativa que para el hecho consumado. Así, por ejemplo, en el caso del homicidio, si el juez considera que la pena que habría correspondido al caso concreto es de 20 años, el mínimo de la tentativa -la mitad- sería de 10 años; es decir, mayor en 2 años que la del homicidio simple consumado, que está fijado en 8.[33] Igualmente, en ocasiones, la pena podría ser mayor que si el delito tentado estuviese conminado con prisión perpetua, debido a que si, por ejemplo, en el homicidio, el juez considera que la pena que habría correspondido es de 25 años de prisión, el máximo de la tentativa -un tercio- sería de 16 años y 8 meses; o sea, mayor que el previsto como máximo para el caso de tentativa de homicidio agravado en grado de tentativa (15 años, según el párr. 3º del art. 44 del Código Penal).[34]

Análisis del párr. 1º del art. 44 del C.P. [\[arriba\]](#)

Ya se ha dicho que el mencionado párrafo expresa que, en caso de tentativa de delito conminado con pena divisible, «[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad». Pero ¿qué significa ello? ¿Qué denota esa fórmula? Veamos.

«LA PENA QUE CORRESPONDERÍA AL AGENTE, SI HUBIERE CONSUMADO EL DELITO»: DOS ALTERNATIVAS POSIBLES

Nadie duda que la fórmula prevé una pena disminuida para quien comete una tentativa delictiva en los casos mencionados. Pero ¿esa pena disminuida lo es a consecuencia de determinarse en una escala penal disminuida respecto de la del correspondiente delito tentado o lo es en razón de disminuirse la pena que en concreto se hubiera determinado en la escala penal del respectivo delito tentado de haberse consumado?

La fórmula expresa que lo que se disminuirá es «[l]a pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito», pero nuevamente y en otros términos: ¿con ello, hace referencia a la pena que en concreto, le hubiere correspondido al agente, si hubiese consumado el delito o a la escala penal establecida en abstracto para el correspondiente delito?

Los que adhieren a las doctrinas «de los dos tercios del máximo», «de los dos tercios del mínimo», «del tercio del máximo» y «del tercio del mínimo» dirán que hace referencia a la escala penal establecida en abstracto para el correspondiente delito (en adelante, también «la escala penal en abstracto»), y los que adhieren a la doctrina «de la pena en concreto» dirán que hace referencia a la pena que en concreto, le hubiere correspondido al agente, si hubiese consumado el delito (en adelante, también «la pena en concreto»).

Repárese que las primeras cuatro doctrinas mencionadas en el párrafo anterior comparten la idea de que el objeto de disminución es la escala penal en abstracto,

al tiempo que se diferencian de la última mencionada que entiende que el objeto de la disminución es la pena en concreto.

A pesar de que cada doctrina puede tener válidos motivos para entender que el objeto de disminución es uno u otro, lo que aquí interesa es que el solo hecho de entender que el objeto es uno u otro implica darle un contenido muy diferente a la norma, debido a que no es lo mismo, y menos aún en la mecánica de nuestro Código Penal, disminuir de cierta manera una escala penal que una pena.

Los diferentes contenidos adjudicados a la norma en base a su fórmula impiden ciertas conclusiones posteriores. Así, por ejemplo, al momento de disminuir el objeto, si se sostiene que este es la pena en concreto, no se podrá concluir en que no se ha aplicado el procedimiento del art. 40 del Código Penal, pues para llegar a la pena en concreto, desde una escala penal, se necesita hacer uso del mecanismo allí previsto, en tanto que si se sostiene que el objeto es la escala penal en abstracto, sí se podrá concluir en que no se ha aplicado, por cuanto aún no se ha determinado ninguna pena en concreto. La consecuencia práctica es que en el primer caso, no se podrán utilizar, sino afectando el principio non bis in ídem, los criterios ya utilizados del art. 41 del Código Penal, mientras que en el segundo, sí se podrán -y deberán- utilizar sin afectar principio alguno.

Teniendo en cuenta que lo expresado por la norma es diferente según el contenido otorgado a la fórmula, analicémosla en ambos sentidos.

La pena en concreto como objeto de disminución [\[arriba\]](#)

Lo primero que hay que hacer, si se le da este sentido a la fórmula, es determinar la pena que en concreto, le hubiere correspondido al agente, si hubiese consumado el delito, que es, en definitiva, lo que se va a disminuir y llevará -tras la disminución- a la pena de la tentativa. Para ello, hay que individualizar la escala penal del delito tentado para allí determinarla. El procedimiento para concretar esto último es ineludiblemente el que está previsto en el art. 40 del Código Penal, que dispone que: «[e]n las penas divisibles... los tribunales fijarán la condenación, de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. [41]». Pero si no se consumó el delito, ¿cómo se aprecian las circunstancias agravantes y atenuantes que nunca ocurrieron, y que las propias de la tentativa podrían haber variado al consumarse el delito?[35]

Para responder este interrogante, hay que traer a la memoria el hecho de que la tentativa es el peligro de un daño (consumación) que no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad de quién lo quería producir, porque así resultará notorio que aquella no puede concebirse sin imaginarse el daño que se habría producido, si no fuera por aquellas circunstancias.

Debe tenerse presente, además, que uno de los criterios a tener en cuenta para determinar la pena a tenor del art. 41, es el peligro corrido por el bien jurídico, y el mismo solo se puede pensar imaginando el daño al mismo.

Por todo ello, resulta inevitable representarse la consumación del delito. Y es conforme a esa representación que se deben apreciar las circunstancias agravantes y atenuantes, para determinar la pena en concreto que se va a disminuir luego, llevando a la pena de la tentativa.

En cuanto a que las propias circunstancias de la tentativa podrían haber variado al consumarse el delito, cabe decir que es cierto que ello pudo haber ocurrido; sin embargo, hay que estarse a los hechos exteriorizados, en orden a que es inadmisibles la atribución de consecuencias penales a alguien por una causalidad que no se ha evidenciado. En razón de ello, la representación antedicha no puede ir más allá de la que impone el plan del autor y la causalidad evidenciada por el comienzo de ejecución y las circunstancias objetivas de su evitación. Si, por ejemplo, el plan del autor era robar con armas de fuego y, comenzada su ejecución, al amedrentar a la víctima, apuntando con el arma al cielo para que le dé su reloj, se ve impedido de consumarlo porque lo detiene un amigo suyo que pasaba por allí, no puede concluirse en que habría consumado un latrocinio o un homicidio *criminis causa*, porque su plan era robar con armas de fuego, y además, imaginar ello es ir más allá de la causalidad que evidencia el comienzo de ejecución y las circunstancias objetivas de su evitación.

Determinada la pena en concreto de la manera expuesta, para llegar a la pena de tentativa, corresponde disminuirla de un tercio a la mitad. A primera vista, ello implica la formación a partir de ella -de la pena en concreto- de una escala penal distinta de la que se utilizó para determinarla mentalmente, a través de los arts. 40 y 41 (una nueva escala penal), en la que se determinará la pena de tentativa. La cuestión es cómo hacer esto último, es decir, determinar la pena de tentativa en esa nueva escala, en orden a que el Código Penal no prevé un procedimiento para ello, pues el único previsto (art. 40) ya se habría utilizado en la etapa mental, con lo cual emplearlo nuevamente implicaría una violación al principio *non bis in idem*. [36]

Vale decir, con este razonamiento, el Código Penal, por un lado, estaría diciendo que lo que hay disminuir es una pena, que habrá que determinarla previamente de cierta manera, esto es, según arts. 40 y 41, ineludiblemente, en la escala penal del delito tentado, pero por otro lado, estaría diciendo que a esa pena hay que disminuirla «de un tercio a la mitad», generando una nueva escala penal, y de repente, no diría nada más, dejando inconcluso el mecanismo allí, sin establecer cómo determinar la pena de tentativa en esa nueva escala y sin poder hacer uso de los arts. 40 y 41 por elementales razones constitucionales (*non bis in idem*).

Aquí, cabe hacer algunas consideraciones, puesto que no necesariamente se debe generar una nueva escala penal a partir de la pena en concreto.

La proposición “la pena que en concreto le hubiere correspondido al agente, si hubiese consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad” o -para resumir- «la pena en concreto se disminuirá de un tercio a la mitad», dependiendo del sentido que se les dé a las preposiciones de y a, gramaticalmente puede entenderse, al menos, de dos maneras. Un primer entendimiento es el que hace la doctrina «de la pena en concreto», que les da un sentido que lleva ineludiblemente a formar una nueva escala a partir de la pena en concreto. Un segundo entendimiento, en cambio, les da un sentido que no lleva a formar una nueva escala desde la pena en concreto, pero supone un legislador enmarañado. Veamos.

EXCURSUS

«DE» COMO DESDE Y «A» COMO HASTA, REFERIDAS A LA DISMINUCIÓN [37]

La proposición «la pena en concreto se disminuirá de un tercio a la mitad» contiene dos preposiciones que complementan al verbo disminuir: de y a.

La preposición de tiene diversos significados; uno de ellos es desde, que denota el punto del que procede algo, y la preposición a también tiene diversos significados; uno de ellos es hasta, que denota término o límite de algo.

Si se les confiere estos sentidos a las preposiciones y se entiende que las mismas se refieren a la disminución, pues se rigen por dicho verbo[38], la proposición estudiada apunta a que la disminución -de la pena en concreto- que ordena y que lleva a la pena de la tentativa tiene dos límites, uno mínimo, que no le permite ser menos que un tercio de la pena en concreto, pues será «desde un tercio» (la disminución no puede ser de inferior entidad a un tercio de la pena en concreto porque de le marca el punto del que procede) y otro máximo, que no le permite ser más que la mitad de la pena en concreto, pues será «hasta la mitad» (la disminución no puede ser de superior entidad a la mitad de la pena en concreto porque a le marca el término).

Con tal entendimiento, la disminución será, mínimo, de un tercio de la pena en concreto y, máximo, de la mitad de la pena en concreto, y se practicará desde la pena en concreto.

«DE» COMO DESDE Y «A» COMO INDICADOR DE LA CANTIDAD A LA QUE SE LLEGA TRAS UNA REDUCCIÓN

Cuando la preposición a se encuentra regida por el verbo reducir, la misma indica la cantidad a la que se llega tras la reducción. Así, lo establece el Diccionario Panhispánico de Dudas cuando define a la palabra reducción.[39]

Es cierto que la proposición que se está analizando refiere al verbo disminuir y no al verbo reducir; sin embargo, aparte de utilizárselas como equivalentes en el lenguaje vulgar, según la RAE, son sinónimos, en el sentido de que son muy parecidos.[40] Y no solo eso, sino que además, nuestro Código Penal, en reiteradas oportunidades, los utiliza como sinónimos[41], de modo que en su texto, hasta se puede leer: «la pena...se disminuirá de un tercio a la mitad» (art. 44, primera parte) y también: «la pena...se reducirá de un tercio a la mitad» (art. 142 bis, última parte y 170, última parte).

Es por ello que a la preposición a, aunque esté regida, como se vio, por el verbo disminuir, se le puede dar el sentido descrito en el párr. 1º, pues, de acuerdo con la fraseología de nuestro Código, allí puede leerse reducir.[42]

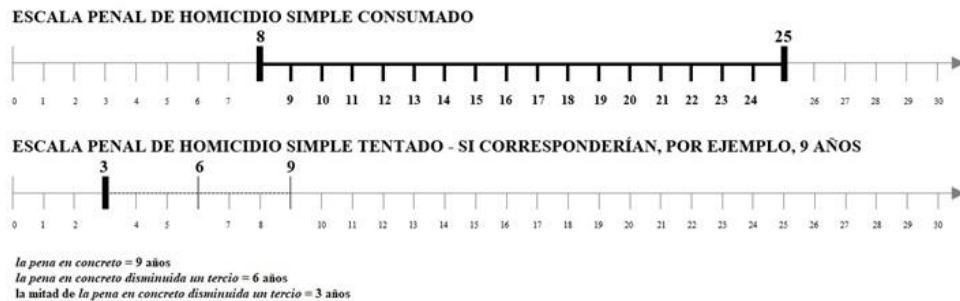
Si se cree que el legislador, de manera adrede, puso en la fórmula del párr. 1º del art. 44, la palabra disminuir para que la preposición a no se entienda como que indica la cantidad a la que se llega luego de la aminoración, puede leerse, para darse cuenta de que no lo fue, el art. 107 de la redacción originaria del Código Penal de 1921, que establecía que «[e]l máximum y el mínimum de las penas...[s]erán disminuidos a la mitad...». Así las cosas, sea o no sintácticamente correcto el uso de la preposición a en dicho sentido, cuando se rige por el verbo disminuir, el legislador lo admitía.

Dándole este sentido a la preposición a, las preposiciones de y a en la proposición estudiada, ya no formarían una escala, sino que indicarían, la primera, el punto del

que procede la reducción de la pena en concreto, un tercio, y la segunda, la cantidad a la que se llega tras esa reducción, la mitad.

En concreto el razonamiento sería el siguiente: cuando dice «la pena en concreto se reducirá», significa que una pena de, por ejemplo, 9 años, se reducirá; pero «se reducirá desde un tercio», o sea, la pena de 9 años se reducirá desde 6 años; y «se reducirá a la mitad», es decir, desde 6 años se reducirá a 3 años. Así, la pena en concreto de 9 años se reducirá desde un tercio, o sea desde 6 años, a la mitad, es decir a 3 años, resultando esta última la pena a cumplir por el delito tentado.

Creo que el legislador no quiso con la fórmula primera del art. 44 prever esta forma de disminución, porque si hubiese sido así, en la misma, habría dicho claramente «la pena en concreto se disminuirá dos tercios».[43] Sin embargo, atendiendo a la fraseología que utiliza en el Código Penal, se puede entender que ha sido inextricable y la ha previsto.



Colofón

En conclusión, de la proposición efectuada al comienzo de este «Excursus», se puede entender: 1) que la pena en concreto se disminuirá como mínimo un tercio de la pena en concreto o como máximo la mitad de la pena en concreto, o también 2) que la pena en concreto se reducirá a la mitad de la pena en concreto disminuida un tercio.

Adviértase que con el primer entendimiento mencionado, se concluye que hay que formar una nueva escala penal a partir de la pena en concreto. En cambio, con el segundo mencionado no, en orden a que la reducción es a la mitad, que en vez de serlo desde la pena en concreto, lo es desde su tercio, resultando una disminución inflexible.

En definitiva, se trataría en la hermenéutica del Código de una ambigüedad semántica. Sin embargo, atendiendo a las dificultades que trae aparejada la configuración de una nueva escala penal en nuestro Código Penal[44], el último entendimiento expuesto constituye una alternativa que podría considerar la doctrina «de la pena en concreto», aunque se deberá tener en cuenta que sostener esta alternativa es pensar en un legislador intrincado, porque este podría haber dicho lisa y llanamente que «la pena en concreto se disminuirá dos tercios» o, como suele hacerlo en el Código -aunque no siempre-, «la pena en concreto se disminuirá en dos tercios» y habría dicho lo mismo.

No obstante, se deberá tener en cuenta también que esta variante resulta inviable actualmente para esta doctrina, porque en el año 2016, el legislador, al sustituir el

art. 41 ter del Código Penal, a través del art. 1 de la Ley N° 27.304, estableció que: «[l]as escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa...». Con lo cual, la referida hipótesis que traduce una reducción inflexible parece impracticable, pues la tentativa prevé, según esta nueva norma, escalas penales, no penas, y aquella propone que la tentativa prevé una pena.

Obsérvese que este nuevo artículo no define cuál es el objeto de disminución en la tentativa (si la escala penal en abstracto o la pena en concreto), sino que establece que de la tentativa, surge una escala penal reducida, en razón de que no dice «las escalas penales podrán reducirse como en la tentativa». En ese caso, todo hubiera sido distinto, dado que habría tomado partido por uno de ellos. Pero no, dice «alas de la tentativa», aludiendo a las escalas penales.

Por todo lo expuesto, de entender que el objeto de disminución es la pena en concreto, habrá que estarse al primer entendimiento expuesto, dado que siempre la tentativa deberá traducir una escala penal reducida sobre la cual determinar la pena.

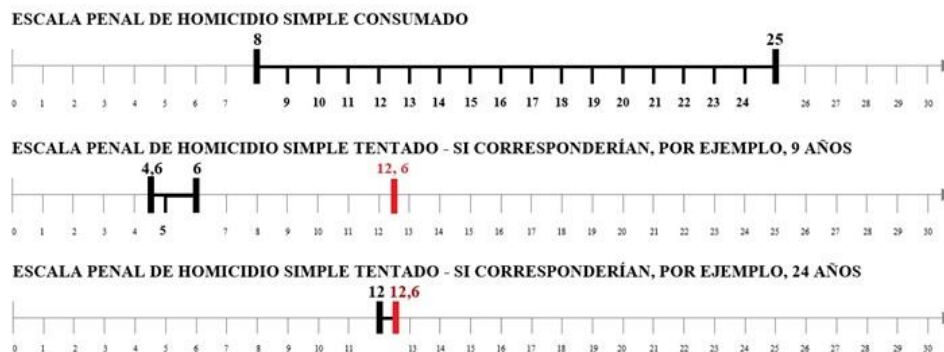
Continuación

Ahora bien, ¿será posible, entonces, determinar la pena de tentativa en la nueva escala penal de manera no arbitraria y sin violar el principio non bis in idem?

Parece que es posible. Así lo entienden varios autores, entre los que se encuentran, Alagia, Slokar y Zaffaroni, quienes explican dicha posibilidad, diciendo que debe valorarse «si la tentativa es próxima, si solo un azar evitó el resultado, si hubo una proximidad casi inmediata al mismo o una alta probabilidad de consumación, o si, por el contrario, restaba aún un largo trecho del iter criminis, era muy difícil que se pudiese obtener el resultado o su probabilidad de consumación era bajísima. Luego, siempre será necesario saber cuál era la probabilidad y proximidad de realización del plan concreto, pues sin ello, no podrá valorarse la extensión del peligro y eventualmente del daño». Es decir, hay que «disminuirla de un tercio a la mitad, según la distancia (cronológica y probabilística) que la acción concreta del agente hubiese tenido, respecto de esa hipótesis consumativa, pues con ello, se establece el peligro para el bien jurídico, o sea, el grado de menor contenido injusto del hecho tentado que, obviamente, condiciona un menor grado en los restantes criterios cuantificadores que se sustentan en el injusto. El grado de peligro lo proporciona su distancia con el daño; pretender que se lo mida sin tener en cuenta la hipótesis dañosa es siempre ocultar este paso mental o hacerlo arbitrariamente. El procedimiento que explicita la necesidad de la hipótesis de lesión para luego reducirla a la realidad del peligro concretamente corrido, permite transparentar el razonamiento que todos los demás cálculos llevan implícito».[45]

Hay que aclarar que determinar la pena de la tentativa de esta forma, sin más, puede llevar a soluciones irracionales, como que la pena de tentativa sea más grave en un supuesto de tentativa de delito penado con pena temporal de prisión, que si se tratara de un delito conminado con prisión perpetua. Por ello, se debe advertir una regla implícita en el Código que salva dicha situación. Con tal propósito, vuelvo a transcribir las precisas palabras de Alagia, Slokar y Zaffaroni, quienes dicen: «la ley no puede interpretarse contradictoriamente, dando lugar a decisiones irracionales y que alteren toda la economía de la cuantificación penal del código. Por ende, cuando se estableció que la pena concreta del delito consumado puede reducirse de un tercio a la mitad, debe entenderse implícito que el resultado de esa reducción nunca puede pasar de la mitad del máximo de la pena del delito

consumado, porque de lo contrario, se estaría imponiendo pena más grave por algunos delitos tentados, cuya consumación se sanciona con penas temporales, que por otros cuya consumación se pena con penas perpetuas. No puede argumentarse a este respecto que esta dificultad solo se presenta en los casos de penas de veinticinco años, porque no existiría razón para privilegiar justamente los delitos más graves y no extender la regla limitadora a los más leves. Salvada de este modo, la racionalidad -y con ello, la constitucionalidad- del texto legal, debe concluirse que el sistema que establece toda la tradición legislativa argentina, desde Tejedor hasta el código de 1921, consiste en establecer la pena para el delito tentado entre la mitad y los dos tercios de la que hubiese correspondido a la consumación, pero que en ningún caso, puede exceder la mitad del máximo del delito consumado». [46]



Escala penal establecida en abstracto como objeto de disminución [\[arriba\]](#)

En este sentido, lo primero que hay que hacer es individualizar la escala penal en abstracto que se va a disminuir, que no será otra que la del correspondiente delito tentado. Su disminución implica la formación de una nueva escala penal (con lo cual se adecuaría a lo que exige el actual art. 41 ter: una escala penal reducida como resultado), en la que se determinará la pena de tentativa. La cuestión es cómo llegar a esa nueva escala penal, en orden a que la fórmula no es clara, en cuanto a la forma de reducir la escala penal en abstracto, pues solo dice: «se disminuirá de un tercio a la mitad». Aquí, es donde difieren las distintas doctrinas que entienden que el objeto de disminución es la escala penal en abstracto, ya que una entiende que lo que hay que disminuir es la mitad del mínimo y un tercio del máximo («doctrina de dos tercios del máximo»); otra, un tercio del mínimo y la mitad del máximo («doctrina de dos tercios del mínimo»); otra, la mitad del mínimo y dos tercios del máximo («doctrina del tercio del máximo»), y otra, dos tercios del mínimo y la mitad del máximo («doctrina del tercio del mínimo»).

El inconveniente común que tienen las antedichas doctrinas es que entienden que hay que disminuir determinada cantidad el mínimo y determinada otra el máximo, cuando el párrafo que se estudia del art. 44 en ninguna parte, habla de mínimo ni de máximo, como sí lo hacen otros. Es decir, interpretan que hay que disminuir de manera distinta, el mínimo y el máximo de la escala penal cuando la norma manda a disminuir a secas «[l]a pena» o, como estas entienden, la escala penal en abstracto, más no el mínimo o el máximo de ella.

En realidad, el problema es que nuestro Código Penal, cuando dispone la disminución o el incremento de pena ante determinada situación, aclara sobre qué límite de la

escala penal va a recaer tal disminución o tal incremento: si sobre el mínimo o el máximo, o sobre el mínimo y el máximo.

Así, ante particulares circunstancias, prevé la modificación (disminución o incremento) simultánea e idéntica de ambos límites de la escala penal; esto es, tanto del mínimo como del máximo[47]; en otras, ordena la modificación simultánea pero no idéntica de ambos límites de la escala penal, o sea, en determinada medida el mínimo y en determinada otra el máximo[48], y en otras, establece la modificación exclusiva del mínimo[49] o del máximo[50] de la escala penal, dejando intacto el otro límite de la misma.

De todo ello, se deduce que al legislador le interesa especialmente cuál de los límites de la escala penal se va a modificar y en qué medida ante determinada situación, y que por ese motivo, si quiere modificar alguno de ellos en determinada medida lo establece expresamente.

Por consiguiente, si se da por sentado que la fórmula del párr. 1º del art. 44 se refiere a la escala penal establecida en abstracto y si se atiende a que este prescribe que hay que disminuirla, pero no indica qué límite de la misma hay que disminuir, no se puede dejar de disminuir alguno de ellos o disminuirlos de diferente manera, sino que hay que disminuirlos a ambos por igual, porque sino se estaría distinguiendo en donde la ley no distingue y se estaría apartando del patrón genérico que informa al Código.

Cabe preguntarse, entonces, si la escala penal en abstracto se puede disminuir de un tercio a la mitad en su totalidad, es decir, tanto en su mínimo, como en su máximo.

Se contestará que nada impide que ello sea posible, y que de ser cierto que el objeto de la disminución es la escala penal en abstracto, ello es lo que debería hacerse. Como ya se dijo, el art. 44 no hace referencia expresa a que lo que hay que disminuir es el mínimo o el máximo; en consecuencia, uno y otro deberían disminuirse por igual, pues, además de que no hay que distinguir donde la ley no lo hace y de que el Código tiene un patrón genérico muy determinado, ambos constituyen elementos esenciales de la escala penal que manda, según este sentido, a disminuir.

Las escalas penales tienen dos límites, entre los cuales la pena se debe determinar: uno mínimo y otro máximo. Esos mínimos y máximos son elementos esenciales de las mismas, puesto que sin ellos, mal podría hablarse de escala penal. Sin mínimo ni máximo de pena, no hay escala penal, sino pena.

Cabe señalar que, allende a la inconstitucionalidad que implicaría en nuestro Estado de Derecho, si para un delito se previera solamente un mínimo de pena, habrá siempre, al menos implícitamente, un máximo de la misma, y si se establece solamente un máximo de pena, habrá siempre, al menos implícitamente, un mínimo de pena: cero. Ergo, siempre que se prevea uno de ellos, habrá escala penal. Si, por ejemplo, se estableciera que determinado delito «será reprimido hasta 5 años», se infiere que el mínimo de pena es 0, y si se estableciera «más allá de la eventual inconstitucionalidad» que «será reprimido desde 5 años», se infiere que el máximo de pena, para salvar la norma de inconstitucionalidad, es el que permitan los principios de razonabilidad y proporcionalidad consagrados en nuestra norma fundamental.

Por ello, la única manera de que no haya escala penal es que no se prevea mínimo ni máximo, como sucede en los casos de pena indivisible, como lo es, por ejemplo, la prisión perpetua. Si, por el contrario, se prevé un mínimo o un máximo de pena, hay escala penal (un mínimo y un máximo de pena).

Ahora bien, si el mínimo y el máximo de pena constituyen elementos esenciales de la escala penal, no será lo mismo disminuir uno de aquellos que disminuirla a ella: una cosa será disminuir un elemento de determinada escala penal o ambos de diferente manera (lo que dará como resultado una escala penal de menor entidad que la que se disminuye pero diferente a ella, en cuanto a su esencia) y otra cosa será disminuirla a ella, con todos sus elementos en igual proporción (lo que dará como resultado una escala penal de menor entidad que la que se disminuye pero iguala ella en cuanto a su esencia).

El párr. 1º del art. 44 no dispone, como sí lo hacen otros en el Código[51], que el mínimo se disminuirá determinada cantidad y que el máximo se disminuirá determinada otra cantidad, sino que dispone que la pena -o escala penal, según este sentido de la fórmula-, que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de determinada cantidad a determinada otra cantidad, por lo que se la debería disminuir a ella con todos sus elementos de la misma manera (el mínimo de determinada cantidad a determinada otra cantidad y el máximo de determinada cantidad a determinada otra cantidad), y no cada elemento de ella de manera distinta (el mínimo de determinada cantidad y el máximo de determinada otra cantidad).

Esto de disminuir el mínimo y el máximo de pena simultáneamente de la misma manera no es extraño en nuestro Código, porque en varios de sus artículos, dispone la modificación idéntica del máximo y del mínimo.[52] Tampoco es raro en nuestra doctrina, dado que es la interpretación que González Roura hacía respecto de la pena de la tentativa, prevista en la reforma de 1903, pues creía que la disminución en un tercio (sin especificar mínimo o máximo) debía entenderse como un tercio del mínimo y un tercio del máximo de la escala del delito consumado. «Así nadie dudaba, dice, que si la pena para el delito consumado era de 3 a 6, la de la tentativa era de 2 a 4».[53]

Así pues, habría que disminuir de un tercio a la mitad el mínimo (siguiendo alguno de los entendimientos descriptos precedentemente en el «Excursus»[54]) y de un tercio a la mitad, el máximo (siguiendo, lógicamente, el mismo entendimiento utilizado para el otro límite), asignados para el delito consumado correspondiente.

A su vez, si se aplica el primer entendimiento (el que propone una disminución flexible), para que la determinada escala penal en abstracto siga siendo tal en esencia, solo que reducida en las proporciones indicadas, se deben disminuir ambos elementos (mínimo y máximo) en la misma medida. Vale decir, si por ejemplo, uno se disminuye un tercio, el otro debe disminuirse igualmente un tercio.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, resulta incomprensible cómo las doctrinas que parten de la base de que la norma ordena disminuir de determinada cantidad a determinada otra la escala penal en abstracto del delito tentado sin especificar nada más que eso, concluyen en que hay que disminuir determinada cantidad su mínimo y determinada otra su máximo, es decir, reducir los elementos esenciales de la misma -que no se mandan a disminuir expresamente, como sí se lo hace en otras

normas- y en diferentes proporciones, creando una escala penal reducida pero deformada en comparación con la correspondiente al delito tentado.

Si se le ordena al panadero la preparación de un determinado pan que suele hacer, pero reducido de determinada cantidad a determinada otra, este va a reducir de determinada cantidad a determinada otra todos los ingredientes que dicho pan lleva, no va a disminuir determinada cantidad la harina, determinada otra la levadura, determinada cantidad el agua y determinada otra la sal. Si eso hiciera, no habría reducido el pan determinado que suele hacer, sino que habría hecho otro pan, si es que no resulta otra cosa.

Disminuyendo la cantidad indicada sobre todos los elementos que componen al objeto, el panadero habrá reducido el pan determinado y no habrá creado otra cosa, y el juez habrá reducido la escala penal individualizada y no habrá creado otra cosa.

Aclarado ello, cabe advertir que la disminución de la escala penal en abstracto, en orden a la ambigüedad semántica que generan en la fórmula las preposiciones de y a, por los motivos antes expuestos, en «La pena en concreto como objeto de disminución», puede hacerse al menos, de dos maneras: flexible o inflexiblemente.

Aplicando el primer entendimiento expuesto[55] (que consiste en una reducción flexible, en escala), en caso de tentativa de, por ejemplo, un homicidio simple (art. 79 del Código Penal), la nueva escala penal reducida sobre la que se determinaría la pena de tentativa, conforme a lo dispuesto por los arts. 40 y 41 del Código Penal, sería desde 4 años -mitad de 8 años- a 5 años y 4 meses -dos tercios de 8 años- (mínimo, formado por una subescala), hasta 12 años y 6 meses -mitad de 25 años- a 16 años y 8 meses -dos tercios de 25 años- (máximo, formado por una subescala).



En cambio, aplicando el segundo entendimiento expuesto[56] (que consiste en una reducción inflexible, sin escala), la escala sería desde 2 años y 8 meses -dos tercios de 8 años-, hasta 8 años y 4 meses -dos tercios de 25 años-.



Respecto de esta última reducción fija de los límites de la escala penal en abstracto, de la cual resultará la nueva escala penal sobre la que se deberá determinar la pena de tentativa, de acuerdo a los arts. 40 y 41 del Código Penal, caben ciertas

advertencias, pues no solo se estará aplicando la ley en exhibiendo una complejidad inentendible del legislador, sino que, además, se estará concluyendo que la pena correspondiente a la tentativa delictiva es mucho más leve que la que prevé el legislador para los casos de delito imposible, en que se disminuye a la mitad. Esto sería irrazonable, porque en este último supuesto, ni siquiera hay peligro de daño, razón por la que incluso se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma que lo prevé. Por todo ello, es que debe descartarse este entendimiento.

Respecto de la disminución de la escala penal en abstracto, siguiendo el primer entendimiento, de la cual surgirá la nueva escala penal -con subescalas en sus límites- sobre la que se deberá determinar la pena de tentativa, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, cabe señalar que nuestro Código Penal no prevé un mecanismo para determinar los límites de la misma, dentro de los extremos de las subescalas que los conforman y que a esos fines, no se puede acudir al mecanismo del art.40, porque este, como se dijo, se debe reservar para determinar la pena de tentativa.

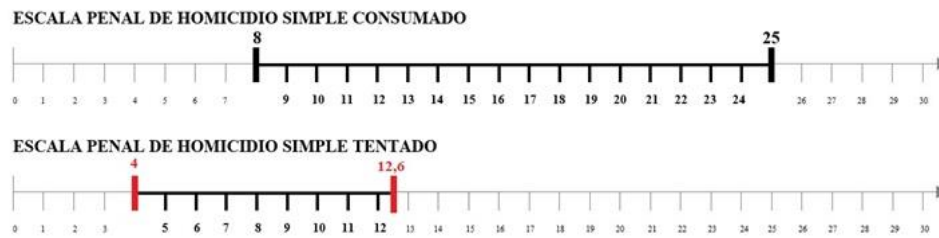
Sin embargo, como ya se ha visto, el Código Penal tiene ciertos límites implícitos para la pena de tentativa. Y son estos los que determinan los límites de la nueva escala penal dentro de los extremos de las subescalas que los conforman.

Recuérdese que para no variar la moderación de cuantificación penal del Código Penal con decisiones irracionales basadas en interpretaciones contradictorias, debe entenderse implícito que, para evitar la imposición de penas más graves por algunos delitos tentados, cuya consumación se sanciona con penas temporales, que por otros cuya consumación se pena con penas perpetuas (en cuyo caso, la pena para la tentativa no puede pasar de 15 años), el máximo de la pena de tentativa nunca debe superar la mitad del máximo de la escala penal correspondiente. Y ello no solo en los casos en que las escalas penales prevén un máximo de 25 años, debido a que no existe razón para privilegiar los delitos más graves y no a los más leves.

De esta manera, si la pena de tentativa no puede superar dicho límite, el límite máximo de la nueva escala penal sobre la que se determinará la misma debe establecerse en el extremo inferior de la subescala que lo conforma (mitad del máximo de la escala penal), y el límite mínimo de la misma escala penal también debe establecerse en el extremo inferior de la subescala que lo conforma, en virtud de que la disminución debe ser proporcional. Evóquese que la determinación de uno de los límites de la escala en la respectiva subescala implica la determinación del restante en su respectiva subescala en la misma medida, pues para que haya disminución de determinada escala penal, la reducción de sus elementos debe ser proporcional, so pena de deformarla.

De esta forma, con este entendimiento, se terminaría pregonando una disminución inflexible de cada límite, aunque daría como resultado una escala, ya que concluiría en que hay que reducir la escala penal, tanto su mínimo, como su máximo, a la mitad.

Con lo cual, en definitiva, la disminución ordenada por la primera norma del art. 44 consistiría en establecer la pena de tentativa, conforme a los arts. 40 y 41 del Código Penal, entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo de la escala penal que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito.



Creo que este último criterio coincide con las soluciones de las doctrinas «de los dos tercios del máximo» y «de los dos tercios del mínimo», en cuanto a sus facetas reductoras del poder punitivo, en cuanto lo contienen con el mínimo más bajo (la mitad) o con un máximo más bajo (la mitad), respectivamente; también, debe descartarse, en orden a que se igualaría la pena del delito tentado con la del delito imposible, que, como ya se opinó, sería irrazonable.

Conclusión [\[arriba\]](#)

Por todo lo expuesto, creo que no cabe siquiera verificar los desaciertos particulares atribuidos a las distintas doctrinas que tienen por objeto de disminución a la escala penal en abstracto, dado que directamente no aciertan en cómo disminuir lo que dicen que hay que disminuir según el patrón general del Código y las particularidades de ese objeto de disminución, debiendo, por lo tanto, ser también descartadas, y quedando como única vía de interpretación posible la que coincide con «toda la tradición legislativa argentina desde Tejedor hasta el código de 1921, consiste[n]te en establecer la pena para el delito tentado entre la mitad y los dos tercios de la que hubiese correspondido a la consumación, pero que en ningún caso, puede exceder la mitad del máximo del delito consumado».[57]

Notas [\[arriba\]](#)

* Abogado. Correo electrónico: esequielperezcortez@hotmail.com.

[1] Ricardo C. Nuñez, Manual de derecho penal parte general, Lerner, 5ª ed., actualizada por Roberto E. Spinka, Cba., 2009, págs. 244 y 245.

[2] Estas interpretaciones difieren de tal manera que la adopción de una u otra de ellas no solo impacta en el concreto tiempo a cumplir en prisión, sino que, además, determina la procedencia o no de diversos beneficios como los de la libertad condicional, la condena de ejecución condicional, la suspensión del juicio a prueba, las modalidades de ejecución de la pena privativa de la libertad, etcétera. Cfr. Medina De Vitozzi, Valeria Lorena, «¿Verdad o consecuencia? La escala penal de los delitos tentados», publicado en Revista Pensamiento Penal, versión web, el 25 de agosto de 2014: <http://www.pensamientoopenal.com.ar/doctrina/39595-verdad-o-consecuencia-escala-penal-delitos-tentados>, 06/09/2018.

[3] V. Medina De Vitozzi, ob. cit.

[4] Que ha intentado salvarse a través distintos anteproyectos de reforma del Código Penal, entre los cuales cabe destacar el del 2014 por su impecable técnica, que en el inc. 1 de su art. 7, aclaraba toda duda, al proponer la siguiente fórmula:

«El que con el fin de cometer un delito determinado comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo» (el destacado me pertenece), y el del 2018 por su técnica y por su eventual conversión en derecho positivo, que en el párr. 1º de su art.44, propone la siguiente fórmula: «En el supuesto previsto en el art. 42, la pena que correspondiera al agente, si hubiere consumado el delito, se reducirá en la mitad del mínimo y en un tercio del máximo» (el destacado me pertenece).

[5] Cfr. González Roura, Octavio, Derecho Penal, Valerio Abeledo, t. II, 1ª ed., Bs. As., 1922, pág. 143.

[6] Cfr. Malagarriga, Carlos, Código Penal Argentino, Cervantes, t. I, Bs. As., 1927, págs. 307 y ss.

[7] Cfr. Oderigo, Mario A., Código Penal Anotado, Depalma, 3ª ed., actualizada, Bs. As., 1957, nota N° 152, pág. 59.

[8] Cfr. Argibay Molina, José F. y colaboradores Damianovich, L. T., Moras Mom, J. R., Vergara, E. R., «Derecho penal parte general», Ediar, t. I, Bs. As., 1972, pág. 344.

[9] Cfr. Romero Villanueva, Horacio J., Código Penal de la Nación y legislación complementaria. Anotados con jurisprudencia, Abeledo Perrot, 5ª ed., Bs. As., 2012, pág. 176.

[10] Cfr. Núñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, Bibliográfica Omeba, t. II, 2ª ed., Bs. As., 1965, págs. 467 a 470.

[11] Cfr. De La Rúa, Jorge, La pena de la tentativa en el Código Penal, en JA, t. I, sección doctrina, 1965, pág. 70; también, en Código Penal Argentino. Parte General, Depalma, 2ª ed., Bs. As., 1997, pág. 787.

[12] Cfr. Jiménez De Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Losada, t. VII, Bs. As., 1970, pág. 622.

[13] Cfr. Argibay Molina, ob. cit., nota 21 al pie de págs. 343 y 344.

[14] Cfr. Terán Lomas, Roberto A. M., La escala penal de la tentativa, en JA, t. I, 1977, pág. 390.

[15] Cfr. Fontán Balestra, Carlos, Derecho penal: introducción y parte general, Abeledo-Perrot, 16ª ed., actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, Bs. As., 1998, págs. 389 y 390.

[16] Cfr. Juliano, Mario A. y Laino, Nicolás, «Escala aplicable en caso de Tentativa», publicado en Diario Jurídico "El Dial", suplemento especial sobre Tentativa, el 23 de junio de 2006.

[17] Cfr. ibídem y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, Derecho Penal: parte general, Ediar, 2ª ed., Bs. As., 2002, pág. 1002.

[18] Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal Parte General, Ediar, t. V, 1ª ed., Bs. As., 1983, pág. 339.

[19] Cfr. Jofre, Tomas, El Código Penal de 1922, Sociedad de Abogados Editores, Bs. As., 1922, págs. 110 y 111.

[20] Cfr. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tea, t. II, 11ª ed., actualizada por Guillermo J. Fierro, Bs. As., 2000, págs. 267 y 268.

[21] Cfr. Laje Anaya, Justo, La pena de la tentativa, en Revista Semanario Jurídico, t. 84, Cba., 2001, págs. 368 y 369.

[22] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, ob. cit., págs. 1000 y ss.

[23] Zaffaroni, óp. cit., págs. 339 y 340, Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., pág. 1002, Núñez, Ricardo C., en Manual de derecho penal parte general, Lerner, 5ª ed., actualizada por Roberto E. Spinka, Cba., 2009, págs. 243 y 244 y Fontán Balestra, óp. cit., pág. 390.

[24] Zaffaroni, óp. cit., pto. y) de págs. 339 y 340, Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., pág. 1002, De La Rúa, óp. cit., pág. 786 y Fontán Balestra, óp. cit., pág. 390.

[25] Medina De Vitozzi, «óp. cit.», pág. 6.

- [26] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., pág. 1002.
- [27] Cfr. De La Rúa, ob. cit., págs. 786 y 787.
- [28] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., pág. 1002.
- [29] Cfr. Zaffaroni, óp. cit., págs. 338 y 339, y Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., pág. 1001.
- [30] Cfr. Nuñez, ob. cit. de 2009, pág. 244. En igual sentido Fontán Balestra, ob. cit., pág. 390.
- [31] González Roura, Derecho penal, Valerio Abeledo, t. II, Bs. As., 1925, pág. 172.
- [32] Cfr. Zaffaroni, óp. cit., págs. 338 y 339. No sostiene lo mismo en su ob. cit. de 2002, cfr. pág. 1003.
- [33] Cfr. Fontán Balestra, ob. cit., pág. 390.
- [34] Esta crítica y las restantes son salvadas en la variante de esta doctrina que se propone en Zaffaroni, Slokar y Alagia, óp. cit., págs. 1002 y 1003.
- [35] Como se vio, esta es una de las observaciones que se le hizo a la doctrina «de la pena en concreto».
- [36] Por ello, una de las críticas efectuadas a la doctrina «de la pena en concreto», que supone que el objeto de disminución es la pena en concreto, era que la segunda cuantificación quedaba librada por entero, al capricho del magistrado, por ausencia completa de fundamento o criterio jurídico.
- [37] Este es el sentido que la doctrina «de la pena en concreto» les da a las preposiciones. Cfr. De La Rúa, ob. cit., pág. 787.
- [38] Algunos (los que comparten las doctrinas «del tercio del mínimo» y «del tercio del máximo») han entendido que con los sentidos expuestos están referidas no a la disminución, sino a la escala resultante, sobre la cual se determinará la pena de tentativa, de manera que esta última se determinará en una escala que va desde un tercio de la pena en concreto, hasta la mitad de la pena en concreto, concluyendo en que la disminución de la pena en concreto será, mínimo, de la mitad de la pena en concreto y, máximo, de dos tercios de la pena en concreto. No obstante, se ha visto que este entendimiento no es correcto, porque el sentido gramatical de las expresiones de y a están referidas, como desde y hasta, a la disminución, y no a la escala resultante, pues la fórmula dice «la pena en concreto “se disminuirá de” un tercio a la mitad» y no «la pena en concreto “se disminuirá a una escala de” un tercio a la mitad». Cfr. DE LA RÚA, ob. cit., pág. 787. Además, con este entendimiento, en el caso de que la proposición dijese, por ejemplo, «la pena en concreto se “incrementará” de un tercio a la mitad» o, como ellas entienden, «la pena en concreto “se incrementará a una escala de” un tercio a la mitad», podría llegarse a la incoherencia de sostener que, pese a que postule una incrementación, la norma prevé una disminución.
- [39] «Reducir(se). 1. “Hacer(se) más pequeño”, “transformar(se) en algo de menor importancia o valor”, “limitar(se) o ceñir(se) a algo” [...] 2. Con el primer sentido indicado, además del complemento directo puede llevar un complemento precedido de las preposiciones a o en, que expresa cantidad; se usa la preposición a cuando se indica la cantidad a la que se llega tras la reducción [...]. Se emplea la preposición en cuando se indica la reducción que se practica o se produce [...]; este complemento también puede aparecer sin preposición [...]. 3. También, se construye con un complemento con a cuando significa “transformar(se) en algo de menor importancia o valor” y “limitar(se) o ceñir(se) a algo” [...]». Cfr. Diccionario Panhispánico de Dudas, <http://lema.rae.es/dpd/?key=reducir>, 06/09/2018 (el destacado me pertenece).
- [40] Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=Va98hEO> y <http://dle.rae.es/?id=XzADiyT>, 06/09/2018.
- [41] Se pueden comparar, en cuanto a los verbos utilizados, los arts. 41 ter, primera parte, 41 ter, penúltima parte, 41 ter, última parte, 44, última parte, 142 ter, última parte, 189 bis, párr. 8º y 189, párr. 9º con los arts. 44, última parte,

46, primera parte, 48 y 105.

[42] Ya en el texto originario del Código Penal de 1921, podía advertirse esta homonimia, ya que el inc. b de su art. 37 expresaba que: «[...] el tribunal queda autorizado para reducirla [a la pena] en la forma determinada para la tentativa», y el art. 44, que determinaba esa forma de reducción para la tentativa, decía que «la pena [...] se disminuirá de un tercio a la mitad».

[43] Nótese que la mitad de un número disminuido un tercio, siempre equivaldrá al tercio de ese número.

[44] V. críticas realizadas a la «doctrina de la pena en concreto».

[45] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, ob. cit., págs. 1003 y 1004.

[46] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, ob. cit., págs. 1002 y 1003.

[47] Así, por ejemplo, las de los arts. 41 bis, párr. 1º, 41 quater, 41 quinquies, párr. 1º, 117 bis, inc. 3, 163 bis, 166, inc. 2, párr. 2º, 167 bis, 189 bis, inc. 2, párr. 5º y 277, inc. 3.

[48] Así, por ejemplo, las de los arts. 142 ter, párr. 3º, 220, párr. 2º, 222, párr. 3º, 238 ter, penúltima parte, 303, inc. 2 y 308, párr. 1º.

[49] Así, por ejemplo, las de los arts. 84, párr. 2º, 94, párr. 2º, 142 bis, párr. 1º, última parte, 170, párr. 1º, última parte, 210, última parte, 219, párr. 2º, primera parte, 226, última parte, 277, inc. 2 y 310, párr. 2º.

[50] Así, por ejemplo, las de los arts. 85, última parte, 144, 189, párr. 2º, 209 bis, última parte, 219, párr. 2º, última parte, 227 ter, primera parte, 235, última parte, 238 bis, párr. 2º, 241 bis, inc. 5, primera parte, 252, párr. 4º, penúltima parte, 256 bis, párr. 2º, 301, última parte y 308, párr. 4º.

[51] Así, por ejemplo, las de los arts. 142 ter, párr. 3º, 220, párr. 2º, 222, párr. 3º, 238 ter, penúltima parte, 303, inc. 2º y 308, párr. 1º.

[52] Así, por ejemplo, las de los arts. 41 bis, párr. 1º, 41 quater, 41 quinquies, párr. 1º, 117 bis, inc. 3, 163 bis, 166, inc. 2, párr. 2º, 167 bis, 189 bis, inc. 2, párr. 5º y 277, inc. 3.

[53] González Roura, ob. cit. de 1922, pág. 143.

[54] Repárese que aquí, el art. 41 ter no es impedimento del segundo entendimiento allí expuesto, puesto que, al aplicarse a los límites de las escalas, da como resultado una escala penal y no, como en el otro caso, una pena.

[55] V. «“De” como desde y “a” como hasta, referidas a la disminución».

[56] V. «“De” como desde y “a” como indicador de la cantidad a la que se llega tras una reducción».

[57] Cfr. Zaffaroni, Slokar y Alagia, ob. cit., págs. 1002 y 1003.