

## **SOBRE EL DELITO IMPOSIBLE Y EL ALCANCE DE LA SENTENCIA CASATORIA.**

**Manuel Antonio Bouchoux y**

**Ernesto Julián Ferreira**

Alumnos de la Especialización en Derecho Penal y Criminología

### **INTRODUCCIÓN**

El pronunciamiento del Tribunal de Casación objeto de este análisis resulta de interés por cuanto roza cuestiones dogmático-penales y procesales.

En relación con la interpretación del Código de fondo, el fallo que comentamos aborda la problemática vinculada a la espinosa cuestión que se genera al momento en que, en un caso concreto, resulte necesario establecer si se trata de un supuesto abarcado por el precepto contenido en el art. 42 del C.P. o, en cambio, de un delito imposible previsto en el último párrafo del art. 44 de la ley sustantiva.

En el terreno procesal, el caso permite reflexionar en punto al alcance que corresponde asignar a las decisiones casatorias.

### **I. PROBLEMÁTICA DE FONDO**

Antes de ingresar al específico abordaje de la cuestión vinculada a la significación que del art. 44 del C.P. se sustenta en la sentencia del Tribunal de Casación que se adjunta, resulta necesario efectuar algunas breves consideraciones vinculadas a la conceptualización de la tentativa.

#### **La tentativa.**

Liminarmente, debe hacerse referencia al concepto de “iter criminis” – puesto que es a partir de esta idea que adquiere sentido aludir a la tentativa-, caracterizándolo como el sendero que recorre el delito desde la concepción del plan criminal por parte del agente hasta su culminación objetivada en el terreno de los hechos.

Una descripción esquemática de la tentativa permite conceptualizarla como una forma ampliada de adecuación típica, en la que –sin requerir directamente la concreta lesión de un bien jurídico- se anticipa la punición

para los casos en que se determina la proximidad de un peligro para ese bien jurídico, atendiendo –a esos efectos- a las circunstancias concretas de la acción y a la finalidad del agente<sup>1</sup>. La tentativa constituiría, entonces, la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de que la acción se adecue plenamente al tipo penal de que se trate<sup>2</sup>.

A los efectos de este comentario, postularemos que el fundamento de esta ampliación de la tipicidad se sustenta –precisamente- en la protección de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal frente a los peligros que los actos ejecutivos típicos suponen a la indemnidad que de ellos se procura. De este modo, se traza un mínimo de actividad que ha de desplegar el agente (“comienzo de ejecución”) para resultar merecedor de una pena<sup>3</sup>, que se atenúa en cuenta del menor contenido disvalioso de la conducta que supone la no consumación del delito.

Sin que estas ideas -que han intentado, con trazo grueso, delimitar el campo de discusión- pretendan agotar los problemas dogmáticos que emergen del modo en que el Código Penal vigente recepta los casos de conatos punibles<sup>4</sup>, abordaremos ahora los inconvenientes que se presentan al

---

<sup>1</sup> Y siempre, claro está, en relación con un “delito determinado”.

<sup>2</sup> Que se construye desde la premisa de la consumación.

<sup>3</sup> “Cogitationis poenam nemo patitur” (Nadie sufra pena por su pensamiento). Conf. Creus, Carlos. “Derecho Penal. Parte General”. Ed. Astrea. Bs. As., Págs. 179 y 351/354

<sup>4</sup> Entre los que cabe señalar la distinción doctrinaria que se efectúa entre tentativa inacabada, en que el autor no ha completado toda la actividad (o el curso de omisión) que de él requiere el proceso de consumación, y la acabada, en que el agente realiza toda la acción ejecutiva sin que sea necesaria ninguna posterior intervención suya para consumar el resultado. De esta delimitación emergen efectos de relevancia al momento en que se analiza el instituto del desistimiento voluntario, desde que, en términos generales, en la inacabada -para que el desistimiento opere- es imprescindible que el agente interrumpa la acción ejecutiva, o por una desviación tal en el curso causal que impida atribuirle el resultado; en tanto que –en la acabada- el desistimiento requiere de una actividad porque sólo puede modificarse la significación típica del hecho mediante acciones de evitación. (Conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Derecho Penal. Parte General.” Ed. Ediar. Bs. As. Argentina. Año 2000. Págs. 808/809)

momento de dar significado a la expresión “delito imposible” del último párrafo del art. 44 del C.P.<sup>5</sup>

### **Breve referencia al tratamiento del tema en la doctrina nacional**

A continuación, reseñaremos las posiciones de algunos autores nacionales en relación al tema.

La doctrina parte de la idea de que el concepto no puede extenderse a todas las figuras de las que cabría predicar tentativa<sup>6</sup>, y lo restringe a aquellos delitos en que el autor ejecuta su acción en procura de un resultado (de lesión o de peligro al bien jurídico de que se trate) trascendente a dicha acción.

Sebastián Soler<sup>7</sup>, parte de distinguir el delito imposible del delito putativo. Define a éste último como aquél en que el autor incurre en error al suponer que el hecho que realiza se encuentra tipificado penalmente. Sostiene que en el delito imposible<sup>8</sup> “...el resultado no se produce en consideración a que, por la circunstancia del hecho, aquél no podía producirse: era imposible en el caso concreto su producción...”. Agrega que dicha imposibilidad se puede dar, por un lado, en virtud de una deficiencia intrínseca de la acción y, por otro, por la inadecuación de la acción a una figura legal. En definitiva, para el autor cuya posición reseñamos, el delito imposible se relaciona con un error de hecho acerca de la idoneidad de la acción para cumplir con el núcleo del tipo. (Ej: querer matar con azúcar, apuñalar un cadáver, intentar practicar un aborto en la persona de una mujer que no está embarazada).

Núñez<sup>9</sup>, por su parte, caracteriza el delito imposible como aquel en que los actos ejecutivos de la finalidad delictiva del autor son inidóneos para consumir el delito, ignorando el sujeto activo tal inidoneidad.

---

<sup>5</sup> Obsérvese que la norma no brinda elemento alguno que permita conceptualizar el instituto, desde que sólo lo menciona, sin caracterizarlo.

<sup>6</sup> Si se pensara que los delitos de mera actividad admiten el conato.

<sup>7</sup> Soler, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. T. II. Bs. As. 1992. Pág. 219.

<sup>8</sup> A diferencia de la tentativa en que la no producción del resultado, aunque posible, depende de un accidente.

<sup>9</sup> Núñez, Ricardo C. “Manual de Derecho Penal”. Ed. Lerner. Córdoba. 1967-1972. pág. 276.

En síntesis, Núñez exige –para que se configure un supuesto de delito imposible- las siguientes condiciones: a) finalidad delictiva del autor; b) idoneidad (absoluta o relativa) de su comportamiento para consumar el delito y c) la creencia errónea del autor que supone que su acción es eficaz para perfeccionar el ilícito.

Por su parte, Fontán Balestra<sup>10</sup> afirma que habrá delito imposible cuando haya falta de idoneidad en los medios, en tanto que si resulta inidóneo el objeto, la atipicidad de la acción conduce a la impunidad.

En similar sentido, Gladys Romero sostiene que sólo puede hablarse de delito imposible en los casos concretos en los que se verifica la idoneidad de hecho de los medios empleados para lograr el fin perseguido<sup>11</sup>.

Bacigalupo<sup>12</sup>, por su parte, parte de la idea de que el Código Penal vigente, al referirse al delito imposible, alude a la tentativa inidónea. Que tal idoneidad puede radicar en los medios empleados, en el objeto y también en el autor; señalando en este último caso<sup>13</sup> que si quien realiza la acción cree que reúne tales calidades y, por tanto, el deber que de ellas se deriva, cuando en realidad no está en tal posición, se trata –en rigor- de un delito putativo impune. Reserva el concepto de delito putativo a aquellos casos en que el autor cree erróneamente que la acción que realiza está tipificada, cuando en realidad no lo está.

Este autor, en verdad, parte de la idea de que el art. 44 último párrafo del C.P. no consagra un instituto especial (es decir no lo distingue de la tentativa genérica), sino que resulta un supuesto especial de atenuación de pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado, sin que esa previsión diversa de la punición conduzca a una distinción conceptual.

Por último, Zaffaroni, en su reciente obra<sup>14</sup> sostiene que identificar “...la llamada tentativa inidónea con el delito imposible del último párrafo del art. 44

---

<sup>10</sup> Fontán Balestra, Carlos “Tratado de Derecho Penal. Parte General”. Ed. Abeledo Perrot. Bs. As. 1980, 2º ed. 2º reimp. T. II, pág. 401

<sup>11</sup> Extraído de “La tentativa” de Edgardo A. Donna . Editorial de Belgrano. Bs. As. 1996. Pág. 106.

<sup>12</sup> Extraído de Donna. op. cit. pág. 106/107.

<sup>13</sup> Delitos especiales que, por definición, exigen una determinada calidad al sujeto activo

<sup>14</sup> Zaffaroni. op. cit. págs. 797 y ssgtes.

del C.P....presupone que la ley penal desconoce (viola) el art. 19 constitucional, es decir, pretende considerar típicas acciones que no ponen en peligro el bien jurídico...”. Para salvar la tacha de inconstitucionalidad que, en el criterio de este autor, se sigue a darle esta inteligencia al precepto en cuestión, propone restringir la aplicación del supuesto previsto en el art. 44 a los casos en que: ex ante el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante, ex post, dada: 1) la forma muy inadecuada en que se usó el medio, 2) un muy grave defecto de éste, 3) un accidente del objeto; 4) una previa neutralización del peligro, se determina una imposibilidad absoluta de consumarlo. No admite que, si falta un elemento del tipo, la cosa elegida como medio o bien, que –ex ante- el medio elegido carezca en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho, se configure una tentativa de delito imposible, pues en esos casos la tentativa sería sólo aparente.

Creemos posible distinguir –en general- la tentativa idónea de la inidónea en que, en la primera, el resultado no se produce por alguna interferencia causal, en tanto que en la segunda, la ineficacia causal se patentiza sin interferencia alguna.

Cabe agregar que podría ensayarse una distinción entre conatos relativamente inidóneos (cuya ineficacia se reduce al caso concreto)<sup>15</sup> y conatos absolutamente inidóneos (en los que se excluye toda potencialidad causal del comportamiento)<sup>16</sup>.

### **El tratamiento del tema en el fallo del Tribunal de Casación**

La sentencia del Tribunal de Casación que presentamos, parte de señalar que el art. 44 del C.P. recepta la tentativa inidónea de delito imposible cuando “...conforme la representación del autor hubo intención de realizar el

---

<sup>15</sup> Ejemplo clásico resulta el que se refiere al sujeto que administra azúcar pensando que es un veneno mortal, que podría haber causado la muerte si el sujeto pasivo fuera diabético.

<sup>16</sup> Como lo serían los casos en que el agente pretende alcanzar el resultado acudiendo a procedimientos mágicos. Cabe agregar que la ausencia de dominabilidad del curso causal (en el estado actual del conocimiento humano) impide atribuir al autor del hechizo lesión alguna que, tal vez por azar, pudiera sufrir –contemporáneamente- el destinatario del conjuro y, por ende, a cancelar toda posibilidad de reproche penal por atipicidad.

tipo objetivo aunque por un error en los medios, el sujeto o el objeto sobre el que debía recaer la acción, el delito resultó imposible....”.

A ello se agrega que “...Examinada ex post desde su desenlace, toda tentativa es inidónea porque no se logra la consumación, mientras que observada ex ante desde el punto de vista subjetivo del que actúa, siempre es idónea...”.

Asimismo, destaca que en el caso<sup>17</sup>, es erróneo sostener que los medios utilizados fueron inidóneos en cuenta de que el peligro al bien jurídico se encontraba neutralizado desde el inicio, puesto que “...con prescindencia del resultado, los medios utilizados por la encartada fueron objetivamente idóneos...” (esconder la mercadería entre las ropas e intentar traspasar la línea de cajas sin abonar el importe correspondiente). Se entendió que no se trataba de un supuesto de delito experimental<sup>18</sup>, ni de un caso en el que, con inadvertencia del autor, el plan delictivo fuera descubierto por un tercero antes de que comience su ejecución y que se hubieran adoptado las medidas necesarias para impedir la consumación.

Específicamente se señaló que: “...si bien cabe admitir que la sumatoria de las actividades desplegadas antes de la aprehensión, consistentes en la observación de la imputada y el llamado a la policía, brindaban importantes posibilidades de lograr la neutralización del peligro,

---

<sup>17</sup> Se trata de una persona que ingresa a un supermercado y esconde mercaderías entre sus ropas. Su conducta es advertida por agentes de seguridad del establecimiento, quienes llaman a la policía y se contactan con otros empleados de la firma, conviniéndose en que se esperaría a que el sujeto traspasara la línea de cajas para proceder a su interceptación. Finalmente, ello ocurre y la persona es aprehendida por la comisión policial convocada.

<sup>18</sup> Podría definirse sintéticamente al delito experimental como aquel en que un agente provocador (instigador) pretende que el instigado sea descubierto en su accionar delictivo con el objeto de que sea reprimido por la autoridad. Sin entrar en el análisis de la polémica vinculada con la punibilidad o no del “agente provocador” resultan de interés las observaciones críticas que al nivel de consideraciones político criminales se efectúan a esta discutible forma de investigación. Ver, Virgolini, Julio E.S. “Crimen organizado: Criminología, Derecho y Política” en Estudios Críticos sobre la Cuestión Criminal I: Nada Personal. Virgolini-Slokar, Coordinadores. Ed. Depalma, Bs. As. 2001, págs. 37/62.

conforme se corroborara con posterioridad, lo cierto es que no alcanzan para afirmar, inequívocamente, que de ningún modo hubieran impedido la consumación ni, menos aún, evitado la generación del peligro desde el inicio, especialmente, si se tiene en cuenta que la advertencia del personal se dio una vez que ya había comenzado a ejecutarse el delito...”.

Asimismo, el fallo advierte que la actuación del personal del supermercado y de la policía sólo aparecen: “...como circunstancias ajenas a la voluntad de la encausada tendientes a frustrar su voluntad desapoderativa dejando al delito en grado de conato, las cuales en modo alguno permiten concluir que, desde un punto de vista ex ante, la tentativa era inidónea y encuadre en el supuesto del último párrafo del art. 44 del C.P....”.

La decisión del Tribunal de Casación sobre el punto adquiere relevancia dogmática puesto que –en primer lugar- recepta la idea de que la tentativa inidónea se encuentra prevista en nuestro Código Penal (art. 44).

Asimismo, brinda una pauta o baremo para establecer la idoneidad o inidoneidad del comportamiento desplegado por el sujeto activo del ilícito de que se trate, a saber: un juicio de peligro (análisis ex ante) que relacione los medios empleados por el agente con el bien jurídico tutelado penalmente.

### **Una interpretación posible del art. 44 del C.P.**

Ahora bien. Si todo juicio de peligro supone un pronóstico ex ante; y ex post, toda tentativa –por esencia- demuestra la incapacidad para producir el resultado de la acción desplegada, parecería incorrecto diferenciar entre tentativa idónea e inidónea y –pese a tal distinción- asignarle consecuencias penales a esta última, desde que –en verdad- la tentativa inidónea (sea por inexistencia de un elemento del tipo objetivo, sea por la radical ineficacia de los medios utilizados por el agente) no supuso ningún riesgo para el bien jurídico, con lo que –entonces- bien podría cancelarse la punibilidad. En este sentido, los principios de intervención mínima y máxima taxatividad que informan el derecho punitivo en un Estado de Derecho Constitucional, podrían sustentar dogmáticamente tal tesis.

Es que, si se mantiene la punibilidad de la tentativa inidónea, sólo cabe acudir –para justificar la pena- a consideraciones que se emparentan con un derecho penal de autor, puesto que sólo vendrían a responder a una “actitud contraria al derecho” que no configura ningún pragma conflictivo, desde que ninguna relación de disponibilidad del bien jurídico se ve afectada

cuando su titular no ha sido expuesto a riesgo de menoscabo alguno a partir de la concreta conducta desplegada por el agente.

Continuando el abordaje del asunto, pensamos que podría restringirse la aplicación del art. 44 del C.P.<sup>19</sup> a aquellos supuestos en que –con anterioridad al comienzo de ejecución delictiva– se advierta que media una patente neutralización del riesgo para el bien jurídico tutelado, que frustre inevitablemente el plan del autor.

Ello así por cuanto, ausente algún elemento del tipo penal de que se trate, pese a que por error el agente lo considere presente, la solución más respetuosa del principio de legalidad y de máxima taxatividad, resulta la impunidad por atipicidad.

La interpretación que se propone no supone, claro está, la impunidad de los conatos en los que el agente emplea un medio idóneo para el fin disvalioso planificado y éste no se produce por mero azar (Ej: si se coloca una bomba en una vivienda y estalla en un momento en que su morador no se encuentra allí), desde que –en estos casos– parece innegable que el bien jurídico ha corrido peligro y que su lesión no se concretó por “razones ajenas

---

<sup>19</sup> No pretendemos aquí analizar si es posible justificar la punición de la tentativa inidónea o “delito imposible” a partir del “grado de peligrosidad revelada por el delincuente”. En todo caso, si se pretende abandonar toda reminiscencia de positivismo criminológico, podría interpretarse la alusión que se efectúa a esa “peligrosidad”, relacionando la tentativa idónea con la idea que justifica la incriminación de conductas configurantes de los llamados “delitos de peligro concreto” y la punición de la tentativa inidónea (que como surge de la letra de la ley resulta facultativa) de la que fundamenta la tipificación de los comportamientos que se subsumen en los “delitos de peligro abstracto”. Este camino es el que parece transitar, en relación al Derecho Español, Santiago Muir Puig, en su artículo “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal”, publicado en Revista de Derecho Penal. “Garantías Constitucionales y nulidades procesales–I”. 2001-1. Ed. Rubinzal-Culzoni Editores. Págs. 631-664, en cuenta de la redacción del art. 16 del Código Penal español que reza: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.



a la voluntad del agente”, con lo que resultarían abarcados por el art. 42 del C.P..

Por el contrario, la inteligencia restringida del último párrafo del art. 44 del C.P. esbozada –limitada a los casos de previa neutralización del peligro al bien jurídico desde antes del comienzo de ejecución, sea por la actuación de las agencias punitivas o por una especial protección predispuesta por los particulares para tutelar la relación de disponibilidad con sus bienes jurídicos– nos parece la más respetuosa de los principios de legalidad, máxima taxatividad y –en síntesis– de la función de última ratio que ha de asignársele al derecho penal en un estado constitucional de derecho, al apartar del sistema casos como los que se rotulan como “tentativas inidóneas” cuya punición sólo puede justificarse a partir de la discutible idea de la peligrosidad revelada por el autor. Y sostenemos que este fundamento es discutible desde que, si la peligrosidad debe surgir del hecho concreto<sup>20</sup>, no se advierte ningún peligro para bien jurídico alguno en los casos de atipicidad (por ausencia de un elemento del tipo) ni en los que –ex ante– el medio elegido carezca de idoneidad para consumar el hecho, con lo que –entonces– la pena a imponer bajo el rótulo de delito imposible, sólo vendría a reprimir un “sentimiento contrario al derecho” y/o la mera ideación criminal del sujeto (divorciada del mundo real), contraviniendo, precisamente, aquella máxima latina a la que hicimos referencia más arriba “*cogitationis penam nemo patitur*” y el art. 19 de la C.N.<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Creus, Carlos. op. cit. pág. 369.

<sup>21</sup> Nos permitimos disentir, respetuosamente, con la opinión de Sebastián Soler al explicar que, en su Proyecto de 1960, op. cit. págs. 266/267 “...ese criterio positivista es corregido...La exención de pena procede cuando fuere tan evidente la imposibilidad, que el intento sólo resulta explicable por grosera ignorancia o superstición y el hecho no puede provocar alarma alguna. Según esta idea, no sería exacto decir que el delito imposible no tiene resultado alguno o que no produce ningún daño, pues el descubrimiento de la existencia de una intención siniestra disminuye el sentimiento de seguridad”. De lo transcrito emerge que, aún cuando se intentara superar el paradigma del positivismo criminológico, se recurre a ideas emparentadas a ese aparato conceptual tales como lo son, sin duda, “intención siniestra” y “sentimiento de seguridad”, que recuerdan la “peligrosidad del sujeto”, como fundamento de la pena y que,

Como colofón, entendemos que una interpretación restrictiva del art. 44 del C.P. limitada únicamente a los casos en que el peligro para el bien jurídico se encuentra neutralizado antes del comienzo de ejecución por la acción de las agencias punitivas o los particulares<sup>22</sup>, encuentra plena justificación, no sólo en cuenta de los principios que hemos desarrollado, sino también si se analiza la cuestión desde el punto de vista de la necesidad político-criminal de castigar estos “conatos”.

Es que, en rigor, si bien se trataría de tentativas idóneas que no alcanzan a consumarse por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, pensamos que la presencia de obstáculos objetivos externos para la consumación y anteriores al comienzo de ejecución, impiden su subsunción en los términos del art. 42 del C.P (si cancelan, con el grado de certeza derivado del curso ordinario de las cosas, el peligro concreto para el bien jurídico de que se trate). Y, entonces, si se considerara inconveniente que – desde el punto de vista político-criminal- tales conatos queden impunes, esos supuestos bien podrían ser los únicos alcanzados por las previsiones del art. 44 de la ley sustantiva, sin que el análisis de la peligrosidad revelada por el agente –como fundamento de la pena- deba trasponer los límites del derecho penal de acto establecido por el art. 19 de la C.N., desde que ninguna objeción merecería un auténtico análisis de la “peligrosidad del hecho” en sí mismo, al momento de definir si corresponde imponer pena o eximir de ella. En este aspecto, podría acudir –como baremo para definir el punto- a un paralelismo de estos casos con los delitos de peligro abstracto y al peligro estadístico (desde una perspectiva ex ante) que la conducta desplegada por el autor pudiera tener en relación a la afectación del bien jurídico.

---

paradójicamente, con tanto ahínco fuera atacado por Sebastián Soler en toda su obra.

<sup>22</sup> Ej: La policía observa desde un helicóptero el accionar de varios sujetos en el momento en que ingresan a un comercio con máscaras y munidos de armas de fuego, conociendo por informes recibidos inmediatamente que el plan de los individuos es perpetrar un robo, y monta un operativo que impide toda posibilidad de fuga, lo que permite esperarles a la salida, sin proporcionarles chance alguna de disponer del botín.

## II. LA CUESTION PROCESAL Y LA SOLUCIÓN DEL REENVÍO.

Por fuera de la problemática dogmática que plantea la sentencia que nos ocupa, resulta de interés en el ámbito procesal el análisis del alcance asignado a la decisión casatoria.

El Tribunal de Casación, luego de casar el fallo por entender erróneamente aplicado el art. 44 del C.P., dispuso el reenvío para que se decida lo relativo a la calificación legal y determinación de la pena.

¿Por qué se arriba a esta solución?. Para dar respuesta a este interrogante es necesario brindar algunos conceptos generales vinculados con los motivos que pueden alegarse en la instancia casatoria y la competencia que posee en cada supuesto el Tribunal al emitir pronunciamiento.

### **Motivos de casación.**

Si se intenta una simple y didáctica clasificación de los motivos de casación a partir de la interpretación de lo regulado por el art. 448 inc. 1º del ritual<sup>23</sup>, podemos concluir que puede alegarse en la impugnación casatoria: a) la inconstitucionalidad de un precepto legal, b) la violación de la ley sustantiva, y c) la violación de la ley procesal.<sup>24</sup>

El último de los supuestos mencionados, asimismo, puede consistir en un vicio procesal anterior al pronunciamiento o bien un defecto de procedimiento propio de la sentencia, entre los cuales cabe otorgar categoría

---

<sup>23</sup> Es decir excluido el supuesto regulado en el segundo inciso del art. 448 y que remiten a la acción de revisión prevista en el art. 467 y ss.

<sup>24</sup> Decimos que la clasificación es simple y didáctica porque sólo pretende establecer criterios de distinción útiles para el análisis sucesivo, sin que ello implique desdeñar criterios clasificatorios tradicionales de la doctrina procesal, esencialmente aquél que distingue entre vicios in iudicando (o de juicio) y vicios in procedendo (o de actividad, o de procedimiento). Dicho criterio ostenta seguramente mayor rigor científico que el aquí enunciado, pero estimamos que las diferentes opiniones en orden a su exacto alcance impediría aportar claridad a este trabajo sin antes abordar acabadamente la cuestión, tarea por cierto difícil y que excede por mucho las sencillas pretensiones de este comentario.

autónoma al excepcional supuesto de transgresión de la ley procesal en la valoración de la prueba<sup>25</sup>.

### **La sentencia del Tribunal de Casación.**

A la hora de decidir un recurso, el Tribunal de Casación puede resolver de diversas formas.

Si la pretensión recursiva fracasa, sea porque resulte *inadmisible*, *insuficiente* o *improcedente*, el efecto de tal decisión es –obviamente– la confirmación del pronunciamiento impugnado, el que adquirirá firmeza si no media recurso ante la Suprema Corte provincial.

En cambio si la alegación intentada lleva razón, el recurso será *procedente*, y entonces el Tribunal deberá dictar sentencia de conformidad con los arts. 460 y 461 del C.P.P.

Por último, existe la posibilidad de que el Tribunal decida la *anulación de oficio* del procedimiento o la sentencia impugnada por mediar un supuesto de nulidad absoluta (arts. 203 y 434 del rito)<sup>26</sup>, que se asuma competencia a partir del ejercicio de la potestad conferida por el art. 435, primer párrafo del

---

<sup>25</sup> Es conocido que a la concepción histórica de la Casación como una impugnación limitada a una función de control de la aplicación del derecho con prescindencia de toda consideración sobre el mérito de la prueba se ha visto afectada por las creaciones pretorianas del absurdo y la arbitrariedad, en virtud de las cuales los tribunales superiores ingresan excepcionalmente en el terreno de la valoración probatoria. En el caso del recurso de casación bonaerense, esta tendencia se ha visto favorecida no sólo por el carácter amplio de la normativa que lo regula (art. 448 del rito), sino también por la jerarquía constitucional que adquirió el derecho de todo condenado a la doble instancia a partir de la reforma constitucional de 1994 (arts. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

<sup>26</sup> c.7221, “Acevedo”, sent. 28-XII-2002; c. 10271, “Escot”, sent. del 7-V-2003; c. 3066, “López”, sent. del 13-V-2003 (todas las citas corresponden a sentencias del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires).

C.P.P., o bien que se extiendan los efectos casatorios en los términos del 431 del rito<sup>27</sup>.

### **Competencia positiva y negativa.**

Ahora bien, para comprender acabadamente el alcance que corresponde asignar a la sentencia del Tribunal de Casación debe partirse de distinguir conceptualmente los aspectos negativos y positivos de la competencia asignada a este órgano jurisdiccional.

Sintéticamente se puede afirmar que *competencia negativa* es aquella que permite al Tribunal invalidar un tramo del pronunciamiento, y *competencia positiva* es la que lo habilita a decidir el derecho que corresponde aplicar.

*Casar* es invalidar o anular una resolución o un aspecto de ella.

Cuando el Tribunal considera un planteo procedente es porque entiende erróneamente aplicado el derecho (sustancial o procesal) y en consecuencia invalida ese tramo del pronunciamiento. Entonces, hacer lugar a un planteo y *casar* la sentencia es siempre –en un primer momento lógico– ejercer el aspecto negativo de la competencia del Tribunal, por cuanto en todos los casos supone dejar sin efecto el decisorio en el punto correspondiente.

Cuando se habla de *competencia positiva* se alude a la posibilidad de que el Tribunal, luego de declarar la errónea aplicación de una norma legal, decida cuál es el derecho que corresponde aplicar al caso.

A diferencia de lo que ocurre con el aspecto negativo de la competencia casatoria, que es inherente a la procedencia del recurso, el ejercicio de la competencia positiva es contingente, por cuanto la circunstancia de que el Tribunal declare transgredido el derecho no siempre conlleva que luego decida cuál es la solución jurídica que debe prevalecer.

Entonces, una vez decidido que media una errónea aplicación de la ley (procesal o sustancial), corresponderá que el Tribunal *decida el caso* (es decir, que ejerza competencia positiva) o bien *reenvíe* el asunto a quien corresponda para su resolución (en cuyo caso se limitará al aspecto negativo de su competencia).

Ahora: ¿qué es lo que determina el alcance de la sentencia casatoria? Pues bien, la respuesta no es sencilla, en tanto son diversos los factores que influyen a la hora de determinar si corresponde resolver el caso o reenviar.

---

<sup>27</sup> c.4368, “Leyes”, sent. 22-V-2003.

### **La regulación legal y otros principios influyentes.**

Nuestro ritual se refiere en los artículos 460 y 461 al alcance de la sentencia del Tribunal de Casación.

De su lectura se observa que la ley prevé en el primer supuesto la transgresión de la ley sustantiva y en el segundo defectos graves de procedimiento<sup>28</sup>, pero para ambos supuestos establece, en definitiva, el mismo criterio: *la necesidad o no de celebrar un nuevo debate*.

Entonces, podría afirmarse, a manera de primera aproximación a un criterio general, que corresponde resolver positivamente cuando el Tribunal está en condiciones de hacerlo, y que se impone reenviar cuando para decidir la cuestión es necesario un nuevo debate.

Sin embargo, esta regla no sirve para resolver todos los casos que se presentan.

De la redacción de las dos normas mencionadas, pareciera que en el caso de la violación de la ley sustantiva la regla fuera la competencia positiva (“cuando para ello no sea necesario un nuevo debate”), y en el caso del defecto de procedimiento se imponga en principio el reenvío (“siendo necesario celebrar un nuevo debate”); a lo que podría agregarse que cuando resultare procedente un planteo de inconstitucionalidad, la solución dependerá de la naturaleza de la norma invalidada.

Tal conclusión parecería a primera vista acertada, por cuanto resulta evidente que -en principio- para la aplicación correcta del derecho sustantivo bastaría con decidir la significación jurídica de los hechos que llegan establecidos por el Tribunal de mérito, y en cambio cuando se tratara de un

---

<sup>28</sup> Podría señalarse que existe cierto grado de discordancia entre la regulación del art. 448 del rito y la de los arts. 460 y 461 del mismo ordenamiento. Es que la primera norma –referida a motivos de casación- alude por un lado a la inobservancia o errónea aplicación de un precepto legal –a secas-, y por otro al supuesto de defecto grave de procedimiento o quebrantamiento de las formas esenciales; en tanto que el art. 460, si bien en su título alude nuevamente a la ley genéricamente, en su contenido limita su aplicación a la ley sustantiva, de manera que los supuestos de violación de la ley procesal –así, del art. 210 del rito-, debieran entenderse incluidos en la regulación del art. 461.

vicio procesal correspondería al “a quo” rehacer aquellos actos procesales declarados inválidos.

Sin embargo, aun cuando esa apreciación no sea equivocada, de todos modos hay supuestos en los que la errónea aplicación de la ley sustantiva conlleva la necesidad de un nuevo debate<sup>29</sup>, y también casos en los que el Tribunal de Casación está en condiciones de aplicar correctamente la ley procesal sin necesidad de reenviar<sup>30</sup>.

Si a eso se suma que la problemática varía en aquellos procedimientos que se realizan *íntegramente por escrito* (así, impugnaciones contra sobreseimientos y todos los supuestos de juicio abreviado), que la competencia positiva del Tribunal es en principio ajena a *cuestiones probatorias*, que a la hora de decidir no deben olvidarse las garantías de la *doble instancia* y del *plazo razonable* ni tampoco el principio de *economía procesal* y que para aquellos que entienden que el *favor rei* puede apreciarse objetivamente, tal principio puede ejercer influencia a la hora de decidir; entonces se puede concluir que las reglas que establece nuestro ritual son insuficientes para decidir la multiplicidad de casos que pueden presentarse.

### **La casación por violación de la ley sustancial.**

Si hablamos de violación de la ley sustancial, nos referimos a una de las funciones primordiales de la Casación, cual es determinar la correcta significación jurídica de hechos que le llegan firmes, cumpliendo así su función uniformadora de jurisprudencia<sup>31</sup>.

*En principio, en estos supuestos basta que el Tribunal decida cuál es el correcto encuadre jurídico y brinde la solución del caso, y ello es lo que sucede en la inmensa mayoría de los casos en que se declara la violación de la ley sustancial.*

A mero título ejemplificativo, se pueden mencionar diversos supuestos en los que el Tribunal de Casación ha ejercido competencia positiva al decidir la correcta aplicación de la ley sustancial.

Así, se ha modificado el grado de participación de coautoría a partícipe secundario<sup>32</sup>, se ha subsumido el accionar del imputado en la figura de robo

---

<sup>29</sup> c. 9098, “Ledesma”, sent. del 3-IV-2003.

<sup>30</sup> c. 6816-6787, “Ojeda Carrasco”, sent. del 28-II-2002.

<sup>31</sup> En el caso de nuestra provincia, compartida con la Suprema Corte de Justicia.

<sup>32</sup> c. 5250, “Leonardi”, sent. del 12-II-2002.

con armas cuando se entendió violado el art. 165 del C.P.<sup>33</sup>, se ha recalificado la conducta como robo simple en casos en que no mediaba prueba de la ofensividad del arma<sup>34</sup>, se ha resuelto la exclusión de la agravante del art. 41 bis del C.P. para los supuestos de robo con armas de fuego<sup>35</sup>, se ha dejado sin efecto la declaración de reincidencia declarada a partir del cumplimiento de prisión preventiva<sup>36</sup>, se han suprimido como agravantes circunstancias posteriores al hecho por entenderlo violatorio del art. 41 del C.P.<sup>37</sup>, entre muchos otros supuestos que podrían mencionarse.

Sin embargo, como antes se indicó, existen situaciones en las que la verificación de la transgresión de la ley sustancial conlleva el reenvío, por cuanto la decisión en el ámbito del derecho de fondo impide al Tribunal apreciar la totalidad de los hechos de tal manera que pueda decidir respecto de su correcta significación jurídica.

Así, en un precedente del Tribunal de Casación sucedió que el juzgador de mérito omitió establecer los hechos que correspondía valorar en virtud de una errónea aplicación del art. 94 del C.P. En el fallo impugnado el juzgador no se pronunciaba en orden a la eventual violación al deber de cuidado derivada del reventón de un neumático a partir de una errónea concepción según la cual la responsabilidad penal derivaba del riesgo de la cosa.

En esa ocasión, la transgresión de la ley sustancial impedía decidir si había mediado imprudencia o negligencia por parte del imputado, porque el “a quo” –arrastrado por la transgresión del derecho de fondo- había omitido fijar los hechos en orden a ese tramo del suceso<sup>38</sup>.

En el terreno de la hipótesis se podrían imaginar otros supuestos en los que la violación de la ley sustantiva no permita al “ad quem” decidir el litigio<sup>39</sup>.

---

<sup>33</sup> c. 1875, “Otazo”, sent. 24-VIII-2000.

<sup>34</sup> c. 4368, “Leyes”, sent. 22-V-2003.

<sup>35</sup> c. 11200, “Montana”, sent. 23-XII-2003.

<sup>36</sup> c. 1832, “Peténiche”, sent. del 11-IX-2001, doctrina sustantiva que ha quedado en minoría a partir de la decisión plenaria en sentido contrario (c. 10347, sent. del 23-III-2004).

<sup>37</sup> c. 8488, “Sotelo”, sent.20-V-2003.

<sup>38</sup> c. 9098, “Ledesma”, sent. del 3-IV-2003.

<sup>39</sup> Así, que el Tribunal descarte la legítima defensa por considerar erróneamente que el ataque de un inimputable no constituye agresión



En definitiva, si bien en principio la procedencia de una alegación sustantiva conlleva el ejercicio de la competencia positiva por parte del Tribunal de Casación, tal regla es sólo relativa, admitiendo las excepciones mencionadas y otros supuestos, entre los que se encuentra –como luego veremos- el caso que nos ocupa.

### **Vicios procesales anteriores a la sentencia.**

Cuando se trata de vicios procesales anteriores a la sentencia que proyectan sus efectos al fallo (es decir, que haya influido de algún modo en el pronunciamiento), pareciera que la solución que se impone es siempre el reenvío, por cuanto en dicho supuesto deben rehacerse los actos procesales alcanzados por la decisión casatoria.

Así, el Tribunal de Casación ha resuelto que la errónea aplicación del art. 338 del C.P.P. ocasiona el reenvío para que se rehagan los actos desde aquél momento procesal<sup>40</sup>; que la ilegítima incorporación de elementos probatorios ajenos al juicio origina la nulidad del debate<sup>41</sup>; que el pronunciamiento sin sustanciación en orden a la unificación de penas conlleva la invalidez de tal decisión<sup>42</sup>; que el incumplimiento del plazo previsto por el art. 380 del C.P.P. para la lectura del veredicto en el juicio correccional determina su nulidad<sup>43</sup>.

Sin embargo, como veremos luego, tampoco este principio ostenta carácter absoluto, en tanto pueden admitirse supuestos de vicios anteriores a la sentencia en orden a los cuales el Tribunal de Casación ejerza competencia positiva. Este podría ser el caso en el que un vicio procesal anterior al pronunciamiento afecte sólo un aspecto de la calificación legal que funde la aplicación de una agravante, en cuyo caso cabría decidir excluir aquella circunstancia y calificar en orden a la figura básica<sup>44</sup>.

---

ilegítima, omitiendo pronunciarse sobre los aspectos fácticos referidos a los otros requisitos de art. 34 inc. 6º del C.P., en cuyo caso también habría que decidir la violación de la ley sustantiva y reenviar.

<sup>40</sup> c. 4095, “Biardo”, sent. 20-V-2003

<sup>41</sup> c. 8631, “Palavecino”, sent 27-V-2003.

<sup>42</sup> c. 10271, “Escot”, sent. del 7-V-2003

<sup>43</sup> c. 10723, “Picallo”, sent. del 24-IV-2003.

<sup>44</sup> Un ejemplo podría ser un caso en que se declare en Casación la nulidad de una pericia que pruebe la ofensividad de un arma de fuego, en ese caso los partidarios de la tesis objetiva en orden al

### **Vicio procesal en el pronunciamiento.**

Por fuera del supuesto de defecto en la valoración de la prueba que por su particularidad merece una mención autónoma, en los supuestos de vicios de procedimiento propios del pronunciamiento se impone, en principio, la solución del reenvío.

Tratándose de un procedimiento oral, la nulidad del veredicto y sentencia arrastra la gravísima consecuencia de la invalidez del juicio en su conjunto por el principio de concentración inherente a esa forma de juzgamiento (art. 344 y 461 del C.P.P.). Sin embargo, la verificación de un defecto en el pronunciamiento no siempre acarrea aquella consecuencia, puesto que existen supuestos de nulidad parcial en los que el reenvío no supone la realización integral de un nuevo juicio<sup>45</sup>.

La solución del reenvío se impone entonces en la generalidad de los supuestos de vicios procedimentales propios de la sentencia, y ello es lo que ocurre cuando el defecto consiste en falta de motivación (art. 106 C.P.P.)<sup>46</sup>, ausencia de fundamentación legal (art. 171 Const. Pcial), omisión de cuestión esencial<sup>47</sup> o falta de mayoría de opiniones (art. 168 de la Const. Pcial.)<sup>48</sup>.

En todos estos supuestos el Tribunal de Casación casa la sentencia y remite las actuaciones para que se rehagan los actos afectados por la anulación, tal como lo dispone el art. 461 del ritual.

Más problemático es el caso de la transgresión del principio de congruencia receptado en el art. 374 del C.P.P.

En este supuesto pareciera que la solución más adecuada es el reenvío, aun cuando en los casos de procedimiento oral ello conlleve la realización de un nuevo debate<sup>49</sup>, aunque tampoco podría descartarse que en

---

delito de robo con armas podrían decidir la aplicación de la figura de robo simple. (lo expuesto resultaría modificado por la sanción de la ley 25.882. B.O. 26/04/04).

<sup>45</sup> Así, cuando se anula al nivel de atenuantes y agravantes (c. 5068, "Palavecino", sent. del 20-IV-2001; c. 2990, "Luna", sent. del 26-IV-2001).

<sup>46</sup> c. 6428, "Tevez", sent. del 28-II-2002.

<sup>47</sup> c. 5068, "Palavecino", sent. del 20-IV-2001.

<sup>48</sup> c. 3066, "López", sent. del 13-V-2003.

<sup>49</sup> c. 7172, "Loyola y otro", sent. 12-VI-2003.

algún supuesto la garantía del plazo razonable sumada al principio de economía procesal, impongan un pronunciamiento positivo del Tribunal.

Emparentado con lo anterior, debe señalarse que en supuestos en los que la congruencia se vio afectada en lo referido a una circunstancia agravante o bien sucesos que hacen al delito continuado, el Tribunal decidió positivamente excluyendo la circunstancia incorporada en el pronunciamiento<sup>50</sup>.

Hay sin embargo, por lo menos una hipótesis en la que resulta indiscutible que la verificación de un vicio procesal del pronunciamiento conlleva el ejercicio de la competencia positiva del Tribunal de Casación. Tal es la de la transgresión del último párrafo del art. 368 del rito, es decir, cuando a pesar del desistimiento Fiscal el órgano jurisdiccional decide la condena del imputado, por cuanto allí corresponde que se decida la absolución en la instancia recursiva, y así lo ha hecho el Tribunal de Casación.<sup>51</sup>

#### **Absurdo o arbitrariedad en la valoración de la prueba.**

Se sostiene que la competencia casatoria resulta, en principio, ajena al análisis de cuestiones de hecho y prueba, en tanto el recurso de casación está previsto exclusivamente para infracciones de derecho.

Sin perjuicio de los importantes cuestionamientos que se han realizado al postulado explicitado en el párrafo anterior<sup>52</sup>, problemática que excede por mucho el objeto de este trabajo, lo cierto es que el Tribunal de Casación ha resuelto en reiteradas ocasiones que su competencia en el terreno fáctico resulta excepcional y sólo se justifica si se verifica que el razonamiento probatorio impugnado resulta arbitrario o absurdo<sup>53</sup>.

La excepcional casación por defecto en la valoración probatoria resulta por su propia esencia un juicio negativo, en tanto se limita a afirmar que el

---

<sup>50</sup> c. 6526, "Palma", sent. 08-X-2002; c. 2828, "Breden", sent. 14-VI-2001.

<sup>51</sup> c. 6816-6787, "Ojeda Carrasco", sent. del 28-II-2002.

<sup>52</sup> Cuestionamiento que encontró renovados argumentos a partir de la incorporación de la garantía de la doble instancia a la normativa constitucional y la discusión en torno a su alcance (conf. supra nota 3).

<sup>53</sup> c. 7797 "Colman", sent. del 27-XII-2001, 9730 "Perez", sent. del 25-III-2003, entre muchas otras.

razonamiento ensayado por el juzgador es palmariamente erróneo, mas no implica –en principio- realizar un nuevo análisis del material convictivo a los efectos de decidir si el extremo en cuestión se encuentra acreditado, de manera que se impone el reenvío para que se realice un nuevo juicio.

En los casos de juicio oral la imposibilidad de valorar deriva de la naturaleza de aquel procedimiento, por cuanto el principio de inmediación impide que el Tribunal de Casación conozca los elementos probatorios por fuera de las referencias que de ellos realiza el juez de mérito a partir de su particular selección de todo aquello que sucedió en el debate. En procedimientos escriturarios la problemática es distinta, pero también parece imponerse la solución del reenvío, sobre todo ante la afectación de la garantía de la doble instancia que conllevaría una nueva condena en Casación.

Sin embargo, en supuestos excepcionales se ha decidido la absolución por cuestiones probatorias en la instancia casatoria<sup>54</sup>.

Ello es, sin duda, ejercer competencia positiva, por cuanto absolver por cuestiones probatorias es afirmar que los elementos de la causa no sirven para formar convicción certera en orden al extremo que se estuviere discutiendo. Es decir, absolver es valorar prueba.

Tal solución, que en algún caso se ha fundado en la admisión de la duda objetiva, no parece cuestionable si se la limita –a favor del imputado- a aquellos casos en los que resulta evidente que la realización de un nuevo juicio no podría servir para destruir la presunción de inocencia del imputado – prognosis por cierto no siempre sencilla-, en cuyo caso el principio de *economía procesal* y la garantía de *plazo razonable* aconsejan no someter al imputado a un nuevo juicio para arribar a la solución absolutoria.

### **El caso que nos ocupa a modo de conclusión.**

El supuesto analizado es un típico caso de violación de la ley sustancial en el que el Tribunal de Casación se limita a asignar la significación que entiende correcta a aquellos hechos que llegan establecidos.

Sin embargo, el Tribunal decide el reenvío, contrariando entonces el principio según el cual tratándose de casación por transgresión de la ley de fondo, corresponde el ejercicio de la competencia positiva.

Entendemos que tal solución resulta acertada por que de otro modo, en virtud de que se trataba de un recurso del Ministerio Público, se vería

---

<sup>54</sup> c. 8394, “Pozo”, sent. 17-VI-2003.

afectada la garantía constitucional de la doble instancia, principio de indudable relevancia a la hora de decidir la cuestión<sup>55</sup>.

Ello es así, por cuanto la circunstancia de que el juez de mérito decidiera la absolución del imputado determinó oportunamente la inexistencia de agravio para la Defensa; y en tales circunstancias, una –eventual- condena en sede casatoria hubiera privado a dicha parte de su derecho a recurrir el fallo –así, en lo que se refiere a la acreditación de los hechos materia de juzgamiento-, desde que las limitaciones establecidas por el ritual al legislar la impugnabilidad objetiva y los motivos del recurso de inaplicabilidad de ley provincial, hubieran impedido hacer valer la garantía de la doble instancia ante el máximo Tribunal provincial.

En definitiva, la solución del caso analizado no hace más que evidenciar que la decisión en torno al alcance del pronunciamiento casatorio no debe entenderse atado a criterios rígidos, sino más bien a la razonable apreciación que el Tribunal realice de cada uno de los principios mencionados, para así arribar a la más justa solución del caso concreto.

### III. COROLARIO

Consideramos que el fallo que comentamos aborda cuestiones procesales y penales que resultan disparadores para reflexionar acerca de los efectos de la atribución de competencia del Tribunal de Casación provincial establecida por el Código Ritual, como también para explorar algunas alternativas a la interpretación dominante del denominado “delito imposible”, verdadera “rara avis” en la práctica jurisdiccional cotidiana.

Por supuesto que las ideas expuestas no pretenden haber agotado la temática abordada, dejando abierto el espacio para la crítica de los conceptos esbozados, a partir de la construcción común que supone toda reflexión científica.

---

<sup>55</sup> La relevancia de la garantía de la doble instancia a la hora de resolver el alcance de una decisión en el ámbito de un recurso extraordinario aparece corroborada por la multiplicidad de supuestos en los que, con fundamento en dicha garantía, la Suprema Corte Provincial reenvía para decidir lo relativo a la determinación de la pena (conf. S.C.B.A. P.61507, sent. del 13-IX-2000, P.59585, sent. del 9-V-01; P.66513, sent. 14-XI-01, entre otras).

