



Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente



Edición N°8 – Diciembre de 2025

Capítulo de Derecho Penal y Criminología

www.aidca.org/revista

NUEVOS PARAMETROS DE LA TENTATIVA EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO PENAL ARGENTINO

Por Guido J. Aguirre¹

I. Introducción

El Ministerio de Justicia de la Nación, a través de la Resolución RESOL-2024-25-APN-MJ², de fecha 28/02/2024, creó la Comisión para la reforma del Código Penal Argentino.

En el ámbito del fructífero trabajo llevado adelante por integrantes de la Comisión, se sugirió implementar distintas modificaciones, entre las que se encuentra el título de Tentativa, el que ahora, en ésta nueva redacción, lo encontramos en el “TÍTULO VI”, denominado: “Tentativa, desistimiento voluntario y delito imposible”.-.

En estas breves líneas, repasaremos las disposiciones de la mentada resolución ministerial, cuáles fueron las modificaciones previstas en los arts. 86 a 88 y qué antecedentes plenarios y jurisprudenciales motivaron las reformas que se proponen en el texto final.

II. Desarrollo

II.I Comisión de reforma al Código Penal

A poco de dar lectura a la mentada resolución ministerial, se explica que el Código Penal de la Nación fue sancionado en el año 1921 mediante la Ley N° 11.179, entrando en vigencia en el año 1922.

¹ Abogado, especialista en magistratura, Auxiliar Fiscal y secretario adjunto del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

² <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/304181/20240301>



Desde entonces, ha sido objeto de múltiples reformas, las que importaron la introducción de modificaciones tanto en su Parte General como en su Parte Especial, afectando seriamente a lo largo del tiempo su coherencia interna original.

Se han promulgado diversas leyes que incorporaron tipos penales pero sin integrarse al Código Penal de la Nación, lo que ha resentido la sistematicidad del régimen punitivo e implicó, en la práctica, apartarse del criterio de codificación unificada en materia penal, tal como lo determina el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional.

En el pasado reciente, se adoptaron diferentes medidas tendientes a abordar esa problemática, entre las que se destacan las Comisiones creadas mediante la Resolución ex MJyDH N° 303 del 14 de diciembre de 2004, los Decretos Nros. 678 del 7 de mayo de 2012 y 103 del 13 de febrero de 2017; creadas para lograr la reforma y actualización del referido Código, sin que se haya alcanzado el objetivo final.

Se destacó que aún subsiste la necesidad de lograr una adecuada sistematización y ordenamiento de toda la normativa penal, abordando las modificaciones necesarias.

Dicha tarea deberá tener en consideración, por un lado, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y por otro los avances en materia de integración regional del país, favoreciendo la armonización de la legislación en sus aspectos fundamentales a fin de promover y facilitar la cooperación entre Estados y la implementación de estrategias coordinadas, elementos de máxima importancia ante ciertas modalidades delictivas como la delincuencia transnacional organizada.

Que, en definitiva, los antecedentes históricos y las circunstancias de actualidad referidas, han llevado en los últimos años a la conformación de un criterio generalizado y prácticamente unánime, en orden a la necesidad de una reformulación integral y totalizadora de la legislación penal.

Se destacó que existen valiosos proyectos presentados en los últimos años que merecen consideración, en especial los dos últimos en los que intervinieron los doctores Roberto Carles y Mariano Borinsky.

Se estipuló que de acuerdo con lo establecido en el inciso 11 del artículo 22 de la Ley de Ministerios (t.o. 1992) y sus modificatorias, le corresponde al Ministerio de Justicia intervenir en la reforma y actualización de la legislación general y entender en la adecuación de los códigos.

Asimismo, el inciso 12 del artículo 22 de la Ley de Ministerios (t.o. 1992) le asigna a esa Cartera la competencia para intervenir en la determinación de la política criminal.

Por las razones expuestas, resultó conveniente disponer la creación de una Comisión de Trabajo para la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación, que concentre toda la legislación penal en un único cuerpo normativo, teniendo en cuenta diversos proyectos de reforma preexistentes.

Que la referida Comisión estaba integrada por los doctores Mariano CUNEO LIBARONA (h), Jorge Eduardo BUOMPADRE, Horacio Jaime ROMERO VILLANUEVA, Julio César BÁEZ y Ricardo Ángel BASÍLICO.-

Más adelante, por Resolución 48/2024 del Ministerio de Justicia, emitida el 11 de Marzo de 2024, publicada en el Boletín Oficial de 13 de Marzo de 2024, se



incorporaron a la Comisión María Eugenia CAPUCHETTI, María Valeria ONETTO, Mercedes RODRÍGUEZ GOYENA, Mariano Hernán BORINSKY, Carlos Alberto MANFRONI y Fernando Oscar SOTO, ocasión en que se destacó que todos cuentan con una amplísima experiencia tanto en el ámbito profesional como académico³.

II.II. Acerca del TÍTULO VI, Tentativa, desistimiento voluntario y delito imposible

Ahora bien, ingresando al tema relacionado al título del presente trabajo, esbozaremos algunas cuestiones relacionadas a la modificación de los artículos relacionados a la tentativa que en el actual Código Penal se encuentran legislados en los artículos 42 a 44 y que en el Proyecto de reforma al Código Penal, lo encontraremos en los artículos 86 a 88.-

Adelanto que las distintas teorías relacionadas a la tentativa no es materia de análisis en el presente trabajo.-

En el proyecto de reforma, no se mantiene la redacción original del texto del actual art. 42: “Al que con el fin de cometer un delito determinado hubiere comenzado su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, se le impondrán las penas determinadas en el artículo 44”.

La nueva redacción estipula que: **“ARTÍCULO 86.- Tentativa.** El que con el fin de cometer un delito determinado hubiere comenzado su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, **recibirá una pena equivalente a la que hubiese correspondido al agente por el delito consumado reducida en un tercio del máximo y la mitad del mínimo.**

Si la pena fuese de prisión perpetua, la pena de la tentativa será de QUINCE (15) a VEINTE (20) años prisión” (le negrita destaca lo agregado en la nueva redacción)

Aquí ya veremos una primera cuestión y es que directamente se estipula la pena para los delitos tentados y no hace remisión a otro artículo, como ocurría en la redacción anterior.-

Mientras que, en los siguientes artículos, también se prevé legislar una nueva redacción. Veamos.

“ARTÍCULO 87 Desistimiento voluntario. Diferentes supuestos: El autor de tentativa no estará sujeto a pena si desistiere voluntariamente del delito, **ya sea si desistiere de la ejecución ya iniciada o si impidiere la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos ya fueren constitutivos de delitos.**

Si en un hecho intervinieren varias personas, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistieren de la ejecución ya iniciada e impidieren o intentaren impedir la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados si éstos ya fueren constitutivos de otro delito” (lo resaltado en negrita es el agregado en el proyecto de reforma)

“ARTÍCULO 88 Delito imposible: Si el delito fuera imposible de consumir

³ <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/304698/20240313>



porque el sujeto errare sobre la naturaleza de los medios empleados, sobre el objeto del delito o sobre ambos, la pena prevista en el artículo 86 de este Código se disminuirá en la mitad y podrá ser reducida al mínimo legal o ser dispuesta su eximición según las circunstancias del caso concreto. (lo resaltado en negrita, es la modificación en el proyecto de reforma).-

Como se puede apreciar, el artículo 86 mantiene, en el inicio, la redacción del Código Penal vigente, por cuanto se consideró una norma de larga tradición y resultó la fórmula más idónea, aun cuando se continúe con las discusiones doctrinarias por establecer los límites de la tentativa⁴.

Lo que destacamos, es que ya la norma del art. 86, prevé los distintos tipos de penas, sin necesidad de remitirnos a otro artículo, como ocurre en la actual redacción.-

Aquí, cabe volver sobre los pasos y destacar el proyecto de reforma, en su artículo 5 estipula las penas que regula el Código penal.-

En la nueva redacción del art. 86, no hay mención a la pena de reclusión, en tanto el art. 5 del proyecto de reforma, solo prevé pena para las personas humanas de prisión, multa e inhabilitación. -

A la vez, se introducen las penas respecto de las personas jurídicas que son las establecidas en el artículo 81⁵, mientras que el art. 84 determina la **tentativa** para éstas situaciones⁶.-

Ahora bien, ingresando a la propia letra del art. 86, conforme la nueva redacción proyectada, la pena que antes correspondía a la reclusión -15 a 20 años- estará prevista para la prisión perpetua; mientras que en la anterior redacción éste último supuesto determinaba que la pena en tentativa era de 10 a 15 años.-

⁴ Dicha interpretación surge del proyecto de reforma del Dr. Mariano Borinsky, Juez de la Cámara Federal de Casación Penal.

⁵ **ARTÍCULO 81.- Penas.** Las penas aplicables a las personas jurídicas, en forma conjunta o alternativa, son las siguientes:

- a) multa de hasta DIEZ (10) veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiera pretendido obtener; el juez o tribunal puede disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta CINCO (5) años si su cuantía y cumplimiento en un único pago pusieran en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo; no es aplicable a las personas jurídicas la extinción de la acción penal por el pago voluntario de la multa previsto en el artículo 111;
- b) suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años;
- c) suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años;
- d) disolución y liquidación de la personería, si hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;
- e) pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviese;
- f) publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica en un medio de comunicación nacional;
- g) reparación del daño producido;
- h) suspensión de uso de patentes y marcas cuando estén vinculadas con el delito cometido por la persona jurídica que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años;
- i) suspensión en los registros estatales, cuando estén vinculados con el delito cometido por la persona jurídica que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años.

Si fuese indispensable, a criterio del juez o tribunal o del fiscal, mantener la existencia o continuidad operativa de la entidad, de una obra o de un servicio en particular, no serán aplicables las penas previstas en los incisos b), c), e), h) e i), lo cual deberá ser resuelto por auto fundado.

⁶ **ARTÍCULO 84.- Tentativa.** A las personas jurídicas les son aplicables las reglas de la tentativa previstas en los artículos 86 a 88



Podrá apreciar el lector que a fin de zanjar la polémica doctrinaria y jurisprudencial que existía al respecto y de ese modo unificar los criterios de interpretación, se introdujo una fórmula para individualizar la penalidad de la tentativa.

La fórmula seleccionada por la Comisión reformadora del C.P. resultó aquella que surgió en primer momento del plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal “Luna, Gustavo G.” (Plenario n° 173, rto. 19/2/1993) y posteriormente aceptado en la Cámara Federal de Casación Penal en “Villarino” (Plenario n° 2 “Villarino, Martín Patricio y otros s/recurso de casación”; rto. 21/4/95) y donde se remiten a la táctica postura adoptada por la C.S.J.N. en el caso “Veira Héctor Rodolfo s/ violación”, sentencia del 8 de septiembre de 1992⁷.

A modo de síntesis, establecen que la escala penal para un delito tentado surge de la disminución en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de la escala penal prevista para el delito consumado.

Tal doctrina plasmada en el proyecto de reforma, cuenta con una amplia aceptación que ha perdurado a lo largo del tiempo y no se han aportado nuevos argumentos que permitan dejar de lado la estabilidad normativa lograda con esos fallos plenarios.

Así, por ejemplo, lo sostuvo el Dr. Jantus al que adhirió el juez Huarte Petite, al momento de resolver en “Torres”⁸ del 18/6/2019, en el ámbito de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional.

Además se dijo que, sin perjuicio de que los fallos plenarios “Villarino” y “Luna” no resultan vinculantes, lo cierto es que la interpretación en ellos propiciada, resultaba ser la más acertada en razón de los fundamentos allí expuestos⁹.

En consecuencia, es de aplicación el criterio sentado en aquellos.

Se establece que la escala penal para un delito tentado surge de la disminución en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de la escala penal prevista para el delito consumado.

Dicho estándar, además, fue aplicado por la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional en los precedentes “Lossaso” (reg. n° 1182/2017), “Fernández” (reg. n° 725/2018) y “Torres” (Reg. n° 814/2019¹⁰) arriba referido.

Incluso, en “Torres”, el juez Huarte Petite destacó el exhaustivo análisis de la cuestión llevado a cabo en dichos precedentes y señaló que tal interpretación cuenta con una amplia aceptación jurisprudencial que se mantiene hasta el presente (D’ Alessio, Andrés José [dir.]; Divito, Mauro A. [coord.]; “Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado”, pág. 483, nota al pie 155, editorial La Ley, Buenos Aires, 2005).

En lo que respecta al artículo 87, en sus dos párrafos, aclara la situación del desistimiento concretado por el imputado (primer párrafo) o varios imputados

⁷ CSJN “VEIRA, Héctor Rodolfo s/ violación” rta. 08/09/92. El Dial AA.3310

⁸ Torres, Leonardo Andrés s/ robo”, CNCCC 71859/2014/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. 814/2019, resuelta el 18 de junio de 2019

⁹ Cita de Plenario nro 2 “Villarino, Martín Patricio y otros s/ recurso de casación”, Cámara Federal de Casación Penal, resuelto el 21 de abril de 1995; Plenario nro. 173, “Luna, Gustavo G.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, resuelto el 19 de febrero de 1993; “Lossaso”, CNCCC 23697/2015/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 1182/2017, resuelta el 14 de noviembre de 2017 y “Fernández”, CNCCC 67773/2016/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. nro. 725/2018, resuelta el 19 de junio de 2018



(segundo párrafo).

Se estipulan dos situaciones. Quien desiste del principio de ejecución, como así también el supuesto en que, una vez iniciada la acción, el -o los autores-, impiden la producción del resultado.

Además, la propia norma efectúa una aclaración; prevé la responsabilidad que le puede recaer a alguno de los autores, cuando los actos ejecutados ya puedan constituir delitos.-

Por último, a diferencia de la anterior redacción del art. 44, aquí vemos como en esta nueva redacción, se separa el desistimiento del delito imposible.

Este último supuesto está legislado en forma autónoma en el art. 88: **ARTÍCULO 88.- Delito imposible.** Si el delito fuera imposible de consumar porque el sujeto errare sobre la naturaleza de los medios empleados, sobre el objeto del delito o sobre ambos, la pena prevista en el artículo 86 de este Código se disminuirá en la mitad y podrá ser reducida al mínimo legal o ser dispuesta su eximición según las circunstancias del caso concreto”.-

Se trata de la tentativa inidónea o delito imposible.

La diferencia que vemos con la redacción del art. 44 “in fine” del actual Código penal, es que en la nueva fórmula del art. 88 no tiene prevista la peligrosidad revelada por el delincuente para la disminución, reducción o eximición de pena.- La inidoneidad, entonces, es sobre los medios empleados o sobre el objeto.

III. Conclusión

No puedo finalizar sin antes destacar la gran labor llevada a cabo por los integrantes de la Comisión de reforma al Código Penal.

Como decía al inicio, el actual Código Penal data de 1921 y ha sido objeto de numerosas modificaciones a lo largo del tiempo, lo que ha generado cierta falta de sistematicidad. -

Con el trabajo llevado adelante y presentado como “Proyecto de Reforma”, se busca resolver este problema y crear un código más moderno, eficiente y acorde a las necesidades actuales.

En lo que respecta al Título de Tentativa, las modificaciones plasmadas buscan evitar interpretaciones contradictorias de la ley en diferentes jurisdicciones y garantizar una aplicación uniforme de la norma.

Como vimos, la reforma central busca plasmar en la ley el criterio jurisprudencial dominante y más beneficioso para el justiciable, evitando la necesidad de forzar interpretaciones del texto legal en forma disímil a lo largo del territorio nacional.

-

El criterio plasmado en la reforma, surge del análisis de distintas posturas plasmadas a lo largo del tiempo y que se aprecia en los precedentes de la CSJN (“Veira”), de la Cámara Federal de Casación Penal (“Villarino”), de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional (“Lossaso”, “Fernández” y “Torres”) y de la Cámara de Apelaciones Criminal y Correccional (“Luna”).-

Ahora bien, no puedo dejar de destacar que, sin perjuicio del propio criterio que debe tener un Juez o Jueza a la hora de resolver una cuestión como las recién aludidas, desde hace más de cien años es doctrina de la Corte que sus pronunciamientos son supremos y que la supremacía de la Corte de Justicia de la Nación ha sido reconocida por la ley, desde los albores de la organización nacional.

Es que, con el paso del tiempo, se habló también de la doctrina de “leal acatamiento”. Acertadas o no las sentencias de la Corte Suprema, el resguardo



de su integridad interesa fundamentalmente tanto a la vida de la Nación, su orden público y la paz social cuanto a la estabilidad de sus instituciones y, muy especialmente, a la supremacía de la Constitución en que aquéllas se sustentan¹¹.

Se sostiene que hay un deber moral para los jueces inferiores en conformar sus decisiones como la misma Corte lo tiene decidido en casos análogos.

En el caso “Santín, Jacinto I.¹²”, haciendo hincapié en el carácter institucional del deber de sometimiento, expresó que “la prescindencia pura y simple de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte de los tribunales inferiores importa perturbar el esquema institucional judicial”

Además, ha dicho la CSJN, que sus propios pronunciamientos son actos de autoridad nacional cuya interpretación constituye una cuestión federal bastante (Fallos 189:205 y 292) siendo indiscutible el carácter obligatorio de las decisiones adoptadas en el ejercicio de su jurisdicción¹³.

Con este proyecto de reforma, se puede apreciar como se han tomado en cuenta los postulados de la Corte Suprema en aras de unificar criterios y evitar interpretaciones disímiles por los Tribunales inferiores, adecuando la legislación nacional en un código más moderno, eficiente y acorde a las necesidades actuales.

¹¹ Aguirre Guido J, “Control de Constitucionalidad ¿Obligatoriedad de los fallos de la C.S.J.N.?”, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 5, junio 2012, p.189/194.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación • Santín, Jacinto • 06/10/1948 • LA LEY 54 1948 LA LEY 54 , 307 • AR/JUR/40/1948

¹³ Aguirre Guido J. “la Corte, es suprema”, La Ley Gran Cuyo, año 18 nro. 09, octubre de 2013, p. 925