

Título: La tentativa de contrabando. Estudio de un caso peculiar en la legislación penal Argentina

Autor: Incardona, Cecilia

País: Argentina

Publicación: Revista Institucional de AFFUN - Asociación de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Nación - Número 1 - Noviembre 2021

Fecha: 19-11-2021 - Cita: IJ-MMLXXV-580

La tentativa de contrabando

Estudio de un caso peculiar en la legislación penal Argentina

Cecilia Incardona*

1. Introducción [\[arriba\]](#)

Me propongo en este trabajo analizar la equiparación de la pena entre el delito de contrabando tentado y el consumado, que establece el art. 872 del Código Aduanero.[1]

Indagaré acerca de si puede afirmarse que en nuestro sistema jurídico existe un principio implícito que dice que los delitos consumados merecen mayor pena que los delitos tentados -al que identificaré como CONS >TENT- y por lo tanto si la regla analizada viola tal principio implícito. En su caso, se intentará aquí dar cuenta de cuáles son las consecuencias de tal afirmación.

2. Origen de la regla [\[arriba\]](#)

El Código Aduanero data de 1981 y fue aprobado por el gobierno de facto que gobernó en nuestro país desde 1976 hasta 1983.

Mediante resolución N° 599 de fecha 13 de octubre de 1976, el entonces Secretario de Estado de Hacienda Dr. Juan Alemann, creó una Comisión Redactora del Código Aduanero, integrada por Carlos Miguel Tacchi (Presidente) y Mario A. Alsina, Enrique Carlos Barreira; Ricardo Xavier Basaldúa, Rodolfo H. Cambra, Juan Patricio Cotter Moine, Laureano Fernández, Francisco Mario García y Héctor Guillermo Vidal Albarracín.

Luego de varios años, la Comisión presentó el Proyecto de Código a los Ministros José A. Martínez de Hoz y Alberto Rodríguez Varela, quienes elevaron al presidente de facto Jorge Rafael Videla.

Videla sancionó Código el 2 de marzo de 1981, bajo el número 22.415 (B.O. 23/III/81 (2° Sección) Separata N° 210. Conf. ADLA XLI-A 1981).

El Código fue reconocido implícitamente por el gobierno constitucional que sucedió al de facto.

La Comisión Redactora del Código Aduanero, en su exposición de motivos argumentó, respecto al art. 872, que se mantuvo el criterio de sancionar la tentativa de contrabando con las penas que corresponden al delito consumado conforme ya venía regulado en el art. 190 apartado 1 de la Ley de Aduana.

Agregó que el criterio de equiparación de penas constituye un principio de antiguo arraigo legislativo en el país y en el extranjero (ver, por ejemplo, Código de Aduanas de Francia, art. 409) en razón de que la modalidad del delito de contrabando, en los casos más usuales, no permite la diferenciación entre delito tentado y consumado como ocurre en los otros delitos comunes.

También argumentó la Comisión que se incorporó la figura del contrabando de sustancia estupefaciente (art. 866) como contrabando calificado, en razón de que así “se superaba la situación que planteaba la legislación vigente, la cual frente al supuesto de la tentativa de introducción o de extracción ilegítima de estupefacientes hace aplicable el régimen de los arts. 42 y 44 del Código Penal que, además de reducir la escala penal de un tercio a la mitad, otorgaba el beneficio de la eximición de prisión, la excarcelación y la condena condicional. En cambio, con la regulación proyectada en el código, en donde la tentativa de contrabando se equipara al delito consumado, tal anomalía quedaba superada.[2]

3. Los principios implícitos [\[arriba\]](#)

El art. 872 del Código Aduanero iguala la pena que correspondería al contrabando consumado a los casos en que el hecho de contrabando no alcanzó el resultado, esto es, que han quedado en grado de tentativa.

La regla es diametralmente opuesta a la prevista para la totalidad de los delitos que componen sistema jurídico vigente en nuestro país, ya sea en el Código Penal o en las leyes complementarias, que aplican la escala del art. 43, esto es, en caso de tentativa la pena se reducirá de un tercio a la mitad.

Sin embargo, esta sola afirmación no es un argumento suficiente para sostener que tal regla es incoherente con el resto del ordenamiento legal.

Dado que la coherencia de un sistema normativo es una cuestión relacional entre normas y principios; para determinar si tal sistema normativo es coherente habrá que observar si sus normas se subsumen en un conjunto de principios.[3]

Si estuviéramos frente a un caso de una norma incoherente con algún principio explícito de raigambre constitucional, el caso se resolvería fácilmente a través del criterio de lex superior.

Pero aquí en principio, al igual que en el caso analizado por Alonso[4], la incoherencia se presenta entre el sistema normativo y los principios implícitos de él obtenidos.

Alonso, siguiendo a Luis Prieto Sanchís, afirma que los principios jurídicos implícitos son enunciados normativos que no se extraen de alguna disposición jurídica

determinada y que existen tres vías alternativas para explicar o justificar la vigencia (o existencia, o validez, etc.) de un principio implícito:

a) es una especificación (derivación, instanciación, etc.) de un principio jurídico explícito positivo más general;

b) es una generalización a partir de un conjunto de normas jurídicas positivas más específicas;

c) tiene una justificación autónoma, con prescindencia de fuente normativa positiva alguna.[5]

Entonces, ¿puede justificarse la existencia un principio implícito que afirma que los hechos tentados deben estar más penados que los hechos consumados CONS >TENT?

Las normas jurídicas positivas de las cuales se deriva el principio implícito CONS >TENT, están constituidas por los principios explícitos de igualdad (art. 16 CN), de razonabilidad (art. 28 CN) y de lesividad (art. 19 CN).

Si bien, tal como afirma Alonso, no hay relación de jerarquía entre el conjunto de normas y el conjunto de principios implícitos, y por ello, la derrotabilidad de las normas en virtud de los principios implícitos no es clara, ello es posible cuando la regla viola principios implícitos de orden, como lo es el principio explícito de igualdad ante la ley.[6]

En definitiva, la tesis de este trabajo es que CONS >TENT constituye un principio implícito que se deriva de varios principios explícitos y, por lo tanto, el artículo 872 del Código Aduanero, al contrariar ese principio implícito, es inconstitucional.[7]

4. Los principios explícitos o principios en sentido estricto [\[arriba\]](#)

Sin ánimo de un análisis exhaustivo de su significado, sólo referiré aquí lo que algunos de los principales autores entienden por el término “principios”. Se trata de un concepto complicado y controvertido[8]; pero a la vez, fuertemente utilizado por teóricos y también por los que practicamos el derecho.

Según Dworkin, los principios son normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia, a diferencia de las reglas que son meras normas legislativas.[9]

Prieto Sanchís[10] diferencia los principios implícitos de los explícitos y sobre estos últimos señala que no presentan dificultades de identificación, pues se recogen en alguna disposición legislativa, generalmente en la Constitución.

Dos características presentan los principios para Guastini; una de ellas es que tenga carácter fundamental; y la otra es que esté sujeta a una peculiar forma de indeterminación.[11]

De acuerdo con la clasificación de Atienza y Ruiz Manero, los principios[12], regulados en una norma constitucional, constituyen principios en sentido estricto, y pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con

soluciones, pero eso no quiere decir que no exista ninguna diferencia entre reglas y principios.

La diferencia, para ellos, estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Esto significaría que, mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de ellas.

La discusión teórica sobre el significado de los principios y más aún, de sus alcances, no puede ser abordada en este limitado trabajo. Por esta razón, analizaremos principios explícitos y adoptamos la definición que de ellos realiza Prieto Sanchís: “un principio expreso, singularmente un principio constitucional, ostenta la fuerza propia del documento que lo consagra y, por lo tanto, cualquier disposición contrastante ya no será una excepción sino una infracción del mismo, lo que significa que los principios expresos constituyen un límite sustantivo a la producción de normas inferiores”.^[13]

Con este fin, examinaremos por principios de lesividad y de igualdad.

4.a. Lesividad

Comencemos nuestro análisis a partir del principio de lesividad. El art. 19 de la Constitución Nacional establece que las acciones privadas de los hombres están exentas de la autoridad de los magistrados cuando de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros. Esto se traduce en que está vedado legitimar una intervención punitiva cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, es decir, cuando no existió afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, sólo así está justificado que el legislador de un Estado de Derecho liberal decida prohibir una conducta a través de una norma penal.^[14]

En primer lugar, podemos afirmar, sin riesgo a equivocación, que en el derecho penal argentino, de tradición continental europea, los delitos consumados merecieron históricamente una pena mayor que aquellos que no lograron su cometido.^[15]

Por cierto, esta diferenciación en la respuesta punitiva a los delitos consumados respecto de los tentados, se observa en otros sistemas legales.^[16]

El origen de esta postura está basado en la teoría objetiva, en tanto dado en menor peligro corrido por el bien jurídico en el delito tentado es lo que fundamenta el menor injusto.^[17]

Varios autores se ocuparon de este problema. Entre ellos, Nino, que rechaza la posibilidad de penar hechos tentados a partir de las actitudes subjetivas del agente; fundamenta la punición de la tentativa por el riesgo concreto a partir del principio de lesividad y afirma existe una preferencia general a aceptar una diferencia de grados entre la acción que genera un peligro y la que infiere un daño efectivo.^[18]

Por otro lado, Sancinetti considera que ya el ilícito de la tentativa acabada representa un quebrantamiento perfecto de la norma y constituye así un prototipo del hecho punible, después de ello sólo hay casualidad. De ese modo, y partiendo de la teoría subjetivista, descarta la diferencia entre la tentativa acabada y la consumación.^[19]

Según Schleider, la polémica entre Nino y Sancinetti gira en torno al contenido del principio de lesividad, es decir, qué es lo que significa en este contexto “lesionar a otro”. Mientras que para Sancinetti el concepto de daño a terceros sería satisfecho por una decisión de acción tendiente a provocar un daño a otro; para Nino hace falta, además, que el delito consumado llegue a un resultado lesivo. En estas condiciones, Nino da una versión más fuerte del principio de lesividad y Sancinetti una más débil.[20]

La tesis subjetiva que limita el injusto típico al disvalor de la acción, fue mayoritariamente rechazada. Por su parte, la atenuación de la pena para casos de tentativa, posee una categórica aceptación, sobre todo por la diversa naturaleza del conflicto que expresan la tentativa y el delito consumado, fundamentalmente con sustento en el principio de lesividad, a partir del cual se construye la dogmática finalista.

En ese sentido, para Hirsch, cuando alguien planeadamente dispara a otro no puede hablarse seriamente de que el resultado muerte es casual. Antes bien, se trata del resultado querido, el que cabía esperar o con el que al menos había que contar. Producto de la casualidad, el hecho queda en grado de tentativa, sin embargo, no es posible una igualación del injusto con el de la consumación, porque el autor no ha logrado, en cualquier caso -por cualquier razón- realizar el resultado de muerte pretendido.[21]

Justamente una de las máximas que defiende la teoría finalista dice que: sólo pueden imputarse resultados en los que la concreta lesión al bien jurídico se presenta como obra del autor. Para Roxin, la finalidad de la teoría de la imputación consiste precisamente en excluir resultados que no pertenecen a la acción. Por eso considera que el resultado es la pieza nuclear, y no casual, sino precisamente necesaria del injusto, en cuanto a que en aquél, si es imputable, se manifiesta con todo su sentido el disvalor de la acción. Y aunque reconoce que la configuración del disvalor de la acción puede ser diferente según la forma, requerida en cada caso concreto, también el disvalor del resultado se configura de modo distinto en la consumación o en la tentativa, en la lesión o en la puesta en peligro. Por tal razón, para el autor, el injusto consiste siempre en una unión de ambos, acción y resultado.[22]

Se suma a la discusión sobre el disvalor de la acción y del resultado, la del problema de la suerte en los resultados. Ferrante resume de modo magistral las dos posiciones de los filósofos morales y de los teóricos del derecho; una de ellas basada en la tesis de la igualdad de la incorrección a partir de la cual el agresor que fracasa en su intento es tan reprochable como aquél que tuvo éxito. La otra posición, llamada ortodoxa, en la versión de Ferrante, si bien tanto el daño como el riesgo pueden constituir fuentes de incorrección e ilicitud; el agresor que tiene éxito actúa de un modo más incorrecto y más grave que sus contrapartes que fracasan.[23]

Villar analiza la suerte en los resultados y los distintos grados de responsabilidad que le caben a un agente. Se inclina por un modelo de distribución parcial de la suerte en el que para la imputación de la tentativa se requiere cierto grado de idoneidad. Distingue la tentativa de la consumación; pero le quita el componente de suerte por los resultados que, según él, afecta la racionalidad del concepto de responsabilidad penal.[24]

Se comparte aquí un modelo como el defendido por Villar, en tanto es congruente con variantes del principio de lesividad o de daño.

4.b. Igualdad

El derecho a la igualdad, que si bien ha sido consagrado desde los orígenes de la Constitución Nacional (art. 16 CN) ha sido ampliado por la reforma de 1994, no sólo al otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, sino principalmente, según Ronconi y Vita, al establecer en cabeza del legislador la obligación de realizar acciones positivas a fin de lograr la igualdad real de oportunidades respecto de los grupos desaventajados (art. 75 inc. 23 CN). De acuerdo a esta posición, la igualdad pasó de ser un derecho a convertirse en un principio que debe guiar la vigencia y aplicación de los demás mandatos constitucionales.[25]

Presente en casi todos los tratados internacionales de derechos humanos y en nuestra Constitución Nacional, existe amplio consenso en reconocer que la igualdad, entendida como valor, como principio ético, político y jurídico; también como derecho, posee dos dimensiones: igualdad formal, jurídica o de iure e igualdad material, sustancial o de hecho.

La igualdad de iure se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar distinciones arbitrarias o irrazonables; b) frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla y c) de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos.[26]

La igualdad formal, para el modelo neoliberal consiste en que se trate igual a quienes están en igualdad de circunstancias. Esto significa que se hará un test de igualdad al momento de aplicar la norma, no antes.

Según Ronconi[27], esta concepción de igualdad presenta distintos problemas. En primer lugar, no se pregunta por la legitimidad de las clasificaciones que puede realizar el legislador, permitiendo tratos injustificados. No se evalúan las razones (o sin razones) de la distinción; simplemente se exige un trato igual a quienes se encuentran dentro de determinado grupo.

Por eso, las nuevas concepciones del principio indican que ya no es suficiente con que “iguales” sean tratados como “iguales” sino que empieza a preguntarse sobre la “razonabilidad” de la distinción. De esta manera, habrá que indagar si es válido cualquier tipo de distinción realizado por el legislador.

Comienzan entonces a exigirse razones que hablen a favor (o en contra) del criterio utilizado por el legislador para clasificar, en definitiva, se aplica el criterio de la razonabilidad para evaluar esas razones del creador de la norma.

Alexy, afirma que el legislador tiene amplias facultades para clasificar y ordenar los objetos de legislación; sin embargo, tiene prohibido efectuar diferenciaciones irrazonables, pues la voluntad política está subordinada también al contenido de las normas constitucionales. De allí que el principio de igualdad se relaciona íntimamente con el de razonabilidad.[28]

El Tribunal Constitucional Federal, según Alexy, señala que existe una diferenciación arbitraria cuando para la diferenciación legal no es posible encontrar una explicación razonable, que surja de la naturaleza de la cosa o que, de alguna forma, sea comprensible. Por esa razón, una diferenciación es arbitraria y está por ello prohibida cuando no es posible encontrar una razón calificada de una determinada manera. De ello, Alexy dice que las diferenciaciones sólo son admisibles si existe una razón suficiente que las justifique y, cuando no exista una razón tal, está ordenada la igualdad de tratamiento.[29]

De allí que la forma adecuada de realizar un examen de igualdad constitucional de una norma es efectuando un examen de razonabilidad.[30]

Ahora, si indagamos en cuáles fueron las razones para el dictado de la Ley N° 22.415, y en especial del artículo aquí estudiado, podrá observarse con claridad que ninguna de las justificaciones efectuadas por la Comisión Redactora[31], resisten su paso por el tamiz de la razonabilidad.

Es que, si la razonabilidad de las leyes depende, tanto de su adecuación a los fines que persigue como de la ausencia de iniquidad manifiesta, con la sola lectura de los motivos esbozados por los creadores de la norma se advierte no sólo su flagrante inequidad; sino además, un desmesurado salto entre los fines perseguidos y las consecuencias prácticas de su aplicación.

Para fundar esta afirmación recordemos que el motivo sustancial para que quienes intentan cometer el delito de contrabando sean tratados por la ley de forma distinta que quienes intentan cometer cualquier otro delito; y a la vez que sean tratados del mismo modo quienes cometen el delito de contrabando frente a quienes sólo lo intentan, se debió a que el delito aduanero corresponde a una categoría especial, a que no es fácil diferenciar casos de tentativa o de delito consumado, y a que, al implicar una pena más alta, la persona no podría transitar el proceso en libertad.[32]

Estos criterios, a nuestro modo de ver, resultan derrotables, en tanto son incapaces de diferenciar razonadamente la tentativa de contrabando de la tentativa de cualquier otro delito. Resulta así una regla disruptiva dentro del sistema de sanciones penales, en tanto se aparta de la regulación general de la tentativa prevista en el Código Penal.

De este modo, no sólo se viola el principio de igualdad por apartarse del régimen general de punición de la tentativa previsto en el Código Penal[33], sino que además, situaciones diferentes como la tentativa y la consumación son tratadas del mismo modo, dentro del sistema de punición de los ilícitos aduaneros, y por lo tanto, no se respetan las diferencias objetivas que existen entre las dos situaciones.

5. Conclusión [\[arriba\]](#)

El principio CONS >TENT -los delitos consumados merecen mayor pena que los delitos tentados- constituye un principio implícito que se deriva de los principios -en sentido estricto- de lesividad y de igualdad.

Partiendo entonces de esos principios explícitos de la Constitución Nacional, el principio implícito CONS >TENT es la mejor explicación del funcionamiento de aquéllos.

La regla prevista en el art. 872 del Código Aduanero es incoherente dentro del universo de delitos que componen el Código Penal, las leyes especiales y las complementarias; y contradice el principio implícito antes señalado. Por lo tanto, dicha regla es inconstitucional.

Notas [\[arriba\]](#)

**Abogada (UBA); especialista en derecho penal (UCA y UB); docente de grado y posgrado. Fiscal Federal.*

[1] El art. 872 dice “La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado”.

[2] ADLA XLI-A 1981 pp.1448-53.

[3] Alonso, Juan Pablo. Antinomias en el sistema normativo del delito de lesiones. (arts. 89 a 93 del código penal argentino). En Problemas actuales de la parte especial del derecho penal, Directores: Pastor Daniel y Guzmán, Nicolás, Ad-Hoc, 2011, pp. 39-106.

[4] Alonso, Juan Pablo. Principios Jurídicos Implícitos y Coherencia, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 36, 2013, ISSN: 0214-8676 pp. 357-385

[5] Alonso, Juan Pablo. Principios Implícitos y Fuentes Sociales del Derecho. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 41, 2018, ISSN: 0214-8676 pp. 63-83.

[6] Alonso recuerda con precisión a Alexy quien sostiene que la exigencia constitucional de igualdad no se limita a la igualdad en la aplicación del derecho sino que incluye también la igualdad en la formulación del derecho. Alexy, Robert, La Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (traducción al castellano de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling), p. 387, citado por Alonso, op cit.

[7] “En la mayor parte de los casos, el juicio de constitucionalidad requiere afrontar no ya dos reglas (una regla constitucional y una regla legal), sino una regla (legal) y un principio (constitucional)...Para hacer posible la comparación entre un principio y una regla es necesario extraer del principio una regla (implícita)- con supuesto de hecho cerrado, inderrotable, no genérica- que tenga el mismo antecedente (es decir que regule la misma clase de supuestos de hecho) que la regla cuya constitucionalidad se discute”. Guastini, Riccardo, en Interpretar y argumentar, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º Edición, 2018, (Traducción de Silvina Álvarez Medina), p. 212.

[8] Así lo describe Guastini, op. cit, p. 184.

[9] Dworkin, Ronald. Los derechos en serio, Ariel Derecho, 2º edición, 1989, pp. 72-75.

[10] Prieto Sanchís. Apuntes de la Teoría del Derecho, Trotta, 3º Edición, 2008, p. 206.

[11] Op. cit. P. 184.

[12] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Sobre principios y reglas, Doxa 10, 1991, p. 105.

[13] Prieto Sanchis, op cit., pp. 206-207.

[14] Conf. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, 9º Edición, 2009, Traduc. Perfecto Andrés Ibañez y otros, p. 466. Respecto a las razones que habilitan el castigo penal, un buen análisis sobre los alcances de las teorías morales y filosóficas respecto a cuándo es legítimo criminalizar una conducta puede verse en: Verde, Alejandra, La receptación como delito contra el

mercado formal. Delimitación con le encubrimiento. Delito posterior copenado, Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 145-146. También: Pérez Barberá, Gabriel, El ilícito material del delito tributario, en Institutos de Derecho Penal Tributario, Dir. Robiglio, Carolina, Ad Hoc, Buenos Aires, 2017, p. 69

[15] La tentativa estuvo presente en nuestra legislación desde el proyecto Tejedor -que toma la fórmula del Código bávaro-, hasta el Código Penal de 1921 -ley 11.179-, en los artículos 42 y 43, que regulan un instituto que no sufrió modificación alguna con posterioridad. Fernández, Gonzalo. Tentativa, en Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, Baigun, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, 2º Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp.199-202. También, en Zysman Bernaldo de Quirós, Diego. Tentativa y consumación del delito de contrabando. Una aproximación al tema a partir del supuesto de contrabando del artículo 864 inciso d), del Código Aduanero. La Ley, Suplemente Especial Derecho Económico, 2004. Puede verse on line:

AR/DOC/583/2004. Similar postura se observa en Beade, Gustavo. Algunos nuevos argumentos sobre la teoría de la equivalencia en el delito de contrabando. En Derecho Penal Económico, Tomo II, Rubinska, Ramiro y Schurjin Almenar, Daniel (coordinadores), Buenos Aires/Madrid/Barcelona, 2010, pp. 1429.

[16] Ferrante, Marcelo. Filosofía y Derecho Penal, Buenos Aires, 2013, Ad Hoc, pp. 109. En la nota 1 el autor menciona “no podemos explicar adecuadamente por qué el daño importa, pero importa”. También Schleider, Tobías. Acción y resultado. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal, Buenos Aires, 2011. Ediciones Didot. pp.123. En esa misma línea, Villar sostiene que la mayoría de los penalistas alemanes y del sistema continental europeo en general sostienen la relevancia del resultado, sea por la idea de lesión al bien jurídico, o, como lo entiende Jakobs, aunado al quebrantamiento de una expectativa normativa, rechazando el concepto de bien jurídico. Villar, Mario A. ¿responsabilidad por la suerte?. En Racionalidad en el Derecho. Serie Estudios. Alonso, Juan Pablo, compilador, Eudeba, Buenos Aires, 2015, pp.437-458.

[17] Zaffaroni, Eugenio. Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal, Parte General, 2º ed, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp.778.

[18] Nino, Carlos Santiago. Los Límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, pp 435.

[19] Sancinetti, Marcelo. Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de la acción. Buenos Aires, 1991. Hammurabi. pp. 67 y ss. El autor, junto a Marcelo Lerman, considera acertada la regla del artículo 872 al comentar el fallo “Branchesi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Comentario al Fallo “Branchessi”. Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Leonardo Pitlevnik, Director, Tomo 11, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, pp.41-50.

[20] Schleider, op cit, pp.339-340.

[21] Asimismo señala que el contenido típico de lo injusto es diferente, según el autor realice el resultado típico o que su hecho permanezca en el estadio de la tentativa o que tan sólo haya sido imaginado. Por ello los códigos penales prevén una atenuación de la pena obligatoria o, el menos facultativa, y muchos de ellos sólo consideran punible la tentativa para un determinado grupo de delitos. Hirsch, Hans Joachim. Derecho Penal. Obras completas, Tomo III, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2002, pp. 239-240.

[22] Conf. Roxin, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2º edición alemana, Diego Manuel Luzón Peña y otros. Ed. Civitas. España, 1997, pp.319 y 329.

[23] Op cit., pp. 63 y 108.

[24] Op cit., pp. 457.

- [25] Ronconi, Liliana. Vita, Leticia. El Principio de Igualdad en la Enseñanza del Derecho Constitucional, Academia, revista sobre la enseñanza del Derecho, Año 10, n° 19, Buenos Aires, 2012, pp.31-62.
- [26] Didier, María Marta. El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 35-36
- [27] Ronconi, Liliana. Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real, Revista Isonomía, n° 49, México, 2019, pp. 103-140.
- [28] Alexy. Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Primera Reimpresión, España, Madrid, 1997. Ed. pp. 86/87. y La Construcción de los derechos fundamentales. 1° ed. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pp. 20/21.
- [29] Alexy, op cit, pp.395.
- [30] Didier, María Marta, op cit, pp. 21.
- [31] Recordamos en el punto 2 de este trabajo que este Código fue gestado durante la dictadura cívico-militar argentina, sancionada por las autoridades de facto. Por lo tanto, sólo pudieron analizarse los fundamentos esgrimidos por una Comisión Redactora que, en modo alguno puede ser considerada la voz del legislador.
- [32]
- [33] Si bien el artículo 4° del Código Penal establece que se aplicarán reglas generales también a los delitos previstos en las leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieren lo contrario. Lo que aquí sostenemos es que no existen buenas razones para apartarse de la regla general.

Recibido: 7.10.2021. Aceptado: 26.10.2021.