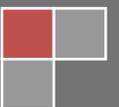


2007

# Derecho Penal

## Parte General (UNS)

Bibliografía: Libros de Hugo Sierra y Lopez Camelo



## UNIDAD 1 NOCIONES PRELIMINARES

### EL DERECHO PENAL. CONCEPTO GENERALES

Al plantearse el problema de definir el derecho penal, algunos tratadistas despliegan definiciones de marcado tono subjetivo haciendo referencia al *jus puniendi* (derecho o facultad del Estado de determinar los delitos y señalar las penas correspondientes); otros acuden al concepto objetivo teniendo a la vista el conjunto de normas o leyes que regulan la actividad.

A su vez, hay quienes se orientan en una línea sociológica, al considerarlo uno de los instrumentos de control social, mientras que otros lo hacen desde un punto de vista estático y formal al considerarlo como un conjunto de normas jurídicas que definen ciertas conductas como delitos.

#### A. EL DERECHO PENAL COMO ORDENAMIENTO O CONJUNTO DE NORMAS

La consideración del derecho penal como una sección del ordenamiento jurídico de un Estado surge como una derivación de los principios de legalidad y de reserva, de modo tal que sólo aquello que aparece como definido como delito es preocupación del derecho penal. Como dice Soler, el derecho penal constituye un sistema discontinuo de ilicitudes.

#### B. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL

Por control social suele entenderse el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias.

La convivencia social del hombre hace que surjan una serie de controles que tiene como objetivo regular su coexistencia.

En este orden de ideas, *el derecho penal es una especie de control social (formal), que integra el sistema de control vigente en una comunidad, cuya especificidad deriva tanto del objeto a que se refiere (no toda conducta, sino solo al delito), como de sus fines (prevención y represión), medios que utiliza (penas y medidas de seguridad) y su rigurosa forma de operar (principio de legalidad).*

### FUNCION DEL DERECHO PENAL

¿Por qué debe haber derecho penal? La mayoría de la doctrina opina que el derecho penal cumple la función de salvaguarda de bienes jurídicos y la función de tutela de valores éticos.

#### A. El derecho penal como protector de bienes jurídicos

La misión del derecho penal es la tutela de aquellos bienes vitales y fundamentales que un grupo social ha considerado como merecedores de una protección especial.

- Concepto y función del bien jurídico: Por bien jurídico habrá de entenderse aquellos intereses imprescindibles (trascendentes), para el individuo y la comunidad. En opinión de Zaffaroni, es necesario diferenciar el objeto del derecho a disponer del objeto, siendo esto último lo que es verdaderamente tutelado por el orden jurídico.

Para que un bien jurídico sea penalmente tutelado deben exigirse dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el derecho penal.

#### B. El derecho penal como fomento de valores ético-sociales

Partiendo de que el delito no solo lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sino que también contradice reglas ético-sociales, un sector de la doctrina entiende que la función del Derecho Penal es el fomento del respeto a los bienes jurídicos, esto es, una labor o función pedagógica que tiende a estimular el buen comportamiento ciudadano.

## LA FUNCION DEL DERECHO PENAL SEGÚN LA CRIMINOLOGIA CRITICA

La Criminología Crítica es una corriente de pensamiento marxista que se alza contra los postulados tradicionales del derecho por entender que solo sirve como instrumento de dominación social, porque en la creación y aplicación de la ley penal no cuentan más que los intereses de los sectores dominantes, esquema propio de una sociedad capitalista.

Desde este punto de vista, el derecho penal tiene como función explotar a los sectores marginales y postergados. Sobre esta base, el *labeling approach* se preocupa por investigar los procesos que producen el etiquetamiento del criminal.

## CRISIS Y CRITICA DEL SISTEMA PENAL

El vocablo “crisis” expresa el tránsito de un estado de cosas que se percibe como inadecuado que exige el abandono del presente obsoleto y su renovación por aquello que se adecue a los nuevos tiempos.

Cuando se habla de crisis del derecho penal se habla de su escasa utilidad para dar respuesta al fenómeno criminal.

A partir de los años 70 esta crisis dio lugar al surgimiento de 2 importantes movimientos: el abolicionismo (plantea la desaparición del sistema punitivo) y el minimalismo (bregan por un mejor derecho penal).

- El abolicionismo: Propone la sustitución del sistema penal convencional por mecanismos no punitivos tendientes a la “autocomposición” del conflicto. Los abolicionistas prefieren reemplazar el termino “delito” por “situación problemática” y considerar que la política criminal deje de ser aquella política estatal que se ocupa del delito y los delincuentes para pasar a tener una aspiración más abarcativa, en donde se procure la reformulación de los sistemas penales, que despeje la actual misión de constituirse en una maquinaria de sufrimientos vanos.

La criminalización deja de lado a las víctimas, despojándolos de su posibilidad de resolver sus conflictos, a la vez de generar la estigmatización del llamado “delincuente”. Busca alternativas al sistema penal.

- El minimalismo penal: Pretende un mejor derecho penal que tenga como objetivo no solo la prevención de los delitos a partir de la amenaza de la pena, sino también la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas. En un estado de derecho debe primar la concepción del mínimo: intervención mínima y sólo necesaria del derecho penal y mínima reacción estatal ante el delito.

## LA DOGMATICA JURIDICO PENAL

Se entiende por dogmatica jurídico-penal al método empleado por el penalista para conocer el derecho positivo. La denominación dogmatica tiene un sentido metafórico, pues parte de las normas consideradas como un dogma, es decir, como una declaración de voluntad con pretensión de validez general, que el intérprete no puede alterar.

Con la actividad dogmatica se trata de averiguar que es lo que la ley quiere castigar y como quiere hacerlo.

El método dogmatico consiste en el análisis del texto legal, su descomposición en elementos y en la reconstrucción coherente a partir de la fundamentación, elaborando las teorías o los sistemas.

## RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS DISCIPLINAS

- La criminología: En lo que puede denominarse criminología tradicional, encontramos una disciplina que procura la explicación causal del delito como obra de un autor determinado, es decir, su preocupación es la investigación de la conducta desviada y los factores (biológicos, psicológicos, sociales, etc.) que han incidido, apuntando al tratamiento del delincuente como un paciente.  
En los tiempos que corren, la criminología se ha dado en llamar “criminología crítica”.
- La política criminal: Es parte de la política general de un estado. Por política criminal habremos de considerar aquella disciplina que trata de determinar con arreglo a criterios técnicos y políticos las conductas que deben ser objeto de criminalización, los medios que se estimen como adecuados para una eficaz prevención del delito y las metas propuestas en la ejecución de las penas.

## EL DERECHO PENAL FRENTE A LAS NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD

La política criminal moderna no trata de descriminalizar o atenuar las penas, sino de crear nuevos delitos o agravar las penas de los ya existentes.

Esta política criminal, no se orienta ya exclusivamente a la protección de los clásicos bienes jurídicos (vida, integridad física, etc.) sino a los bienes colectivos o universales (medio ambiente, recaudación fiscal, salud pública, etc.).

Por otra parte para aquellos delitos tales como el tráfico de drogas, terrorismo, corrupción administrativa, se implementan mecanismos que pueden vulnerar garantías constitucionales (grabaciones, agentes encubiertos, etc.) en donde el fin parece justificar los medios.

## RELACIONES DEL DERECHO PENAL CON OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO

- Con el derecho procesal penal: El procesal penal se ocupa de regular la forma en que se realiza el derecho penal. El derecho procesal penal comprende un conjunto de normas que tiene por objeto organizar los tribunales en lo criminal y regular la actividad jurisdiccional del derecho penal material, fijando las condiciones de admisibilidad del proceso y los presupuestos, formas y efectos de los actos procesales, con amplio respeto a las garantías individuales.  
El derecho penal enuncia los mandatos y prohibiciones que el legislador formula en términos de hipótesis y que a través del proceso deberá comprobarse si en el caso concreto se dan los requisitos que exige la figura delictiva.
- Con el derecho administrativo: El CP se nutre de numerosas definiciones acuñados por el Administrativo (servicio público, función pública, bienes de uso público, etc.); y tutela además intereses que atañen a la Administración y al ejercicio de la función pública. Zaffaroni advierte el avance que tuvo el derecho Administrativo a expensas del Penal, dando lugar a un “subsistema” que denomina “derecho penal administrativo”.
- Con el derecho militar: Se denomina derecho militar al conjunto de distintas naturaleza que rigen la organización y funcionamiento de las fuerzas armadas. Las normas de carácter penal se erigen como un derecho penal especial denominado “derecho penal militar”. Tiene previsto la pena de muerte.
- Con el derecho internacional: Se da tanto en la vertiente pública como en la privada. El derecho penal público tiene como principal cometido el estudio de la tipificación internacional de delitos por vía de tratados y el establecimiento de la jurisdicción para la intervención de cortes internacionales de justicia.

Con el derecho internacional privado, las relaciones se establecen con la aplicación de los principios por los cuales se establece el alcance de la validez de la ley y la jurisdicción competente.

Asimismo, conforme a la ley de cooperación internacional en materia penal (24767), se establecen las condiciones respecto de la extradición pasiva (Argentina →al extranjero).

#### EL DERECHO PENAL Y LA CONSTITUCION. PRINCIPALES DISPOSICIONES PENALES

La CN contiene preceptos que afectan y conforman el sistema punitivo.

Hay preceptos que consagran principios fundamentales con directa incidencia en la elaboración del derecho penal y que limitan el poder punitivo del Estado, como el principio de legalidad (art. 18 CN) y el de reserva (art. 19 CN).

Como derivación directa de esos principios básicos, también hay en la CN otros principios, como son el *principio de lesividad*, que tiene como regla esencial la imposibilidad de prohibir y castigar una conducta que no perjudique los derechos de un tercero y el *principio de culpabilidad*, que está relacionado con los presupuestos de la pena, ya que ésta no puede aplicarse a quien no tuvo capacidad de motivarse en la norma para actuar de modo diferente a como lo hizo.

Asimismo, en la CN encontramos disposiciones que se refieren a delitos luego tipificados en el CP:

- El art. 15 CN → Trata de personas
- El art 22 CN → Motín
- El art 29 CN → concesión de poderes tiránicos
- El art 119 CN → traición a la patria
- El art 127 CN → delito de sedición.

## UNIDAD 2

### LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD

#### FUNDAMENTO O JUSTIFICACION DE LA PENA

No se trata de preguntar sólo la función de “la pena” en abstracto, sino de averiguar qué función corresponde a la pena en el derecho penal de un determinado modelo de Estado.

En el Estado moderno, se la considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado.

En el Estado de base teocrática la pena podía justificarse como exigencia de justicia, análoga al castigo divino.

En un Estado absoluto erigido en fin en sí mismo, la pena era un instrumento ilimitado: fue la época del “terror penal”. El estado clásico liberal buscó antes la limitación jurídica de la potestad punitiva que la prevención de delitos.

La aparición del Estado intervencionista (social) pone el acento en la lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de prevención especial. En el nuevo contexto del estado social-intervencionista pudieron aparecer las medidas de seguridad.

La tendencia intervencionista del Estado social condujo en algunos países a sistemas políticos totalitarios → Se hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin dejar de ser *social*, reforzase sus límites *jurídicos* en un sentido *democrático*. Surgió así el “Estado social y democrático de Derecho”. El derecho penal de tal estado habrá de asumir varias funciones. En cuanto derecho penal de un Estado *social*, deberá legitimarse como *sistema de protección efectiva de los individuos*, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y solo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Pero en cuanto derecho penal de un Estado *democrático* deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos del Estado liberal clásico y en parte reforzados por la necesidad de llevar de contenido democrático el Derecho penal (garantías constitucionales, principio del mínimo sufrimiento necesario, condenas con proceso previo, medidas preventivas adecuadas, etc.).

#### EL FIN DE LA PENA. DISTINTAS TEORIAS

El problema de la justificación de la pena, o sea del poder de cualquier comunidad política de ejercitar una violencia programada sobre uno de sus miembros, es tal vez el problema más clásico de la filosofía del derecho → ¿sobre qué cosa se apoya el *ius puniendi*?

Hay 2 clases de respuesta a tal pregunta: una positiva, suministrada por las doctrinas *justificacionistas*, y otra negativa, ofrecida por las doctrinas *abolicionistas*. Las últimas no reconocen justificación alguna al derecho penal.

Según una útil distinción, las doctrinas de la pena justificacionistas se pueden dividir en 2 grandes categorías: las teorías *absolutas* y las teorías *relativas*.

#### TEORIAS ABSOLUTAS (O RETRIBUCIONISTAS) → Kant, Hegel

La pena será *legítima* si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia. En consecuencia, estas teorías legitiman la pena si ésta es *justa*. La *pena necesaria* será aquella que produzca al autor un mal que compense el mal que él ha causado libremente. La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Solo es legítima la pena justa, aunque no sea útil.

## TEORIAS RELATIVAS

Procuran legitimizar la pena mediante la obtención de un determinado fin. Su criterio legitimante es la *utilidad* de la pena. Si este fin consiste en la intimidación generalizada de la población, será una teoría *preventivo-general* de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, se tratará de una teoría *preventivo-especial (o individual)* de la pena.

## TEORIAS DE LA UNION (O MIXTA) → Roxin

Tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora → la pena será legítima en la medida en que sea a la vez *justa y útil*.

Según Roxin la pena tendrá distintos efectos de acuerdo con la etapa o momento en que se la tenga en cuenta:

1. En la etapa legislativa, su finalidad será la prevención general
2. Al tiempo de individualización en el caso concreto, mediante la sentencia judicial, la pena tendrá connotación retributiva
3. En la etapa de ejecución pena, el objeto de la pena es orientado a la reeducación o resocialización del individuo (prevención especial positiva).

## EL PENSAMIENTO PREVENICIONISTA Y SUS MANIFESTACIONES

La falta de utilidad social de las teorías retribucionistas ha conducido a su fracaso. Por esta razón han nacido algunas teorías donde la pena o se justificaría como una respuesta retributiva sino como una modalidad de prevenir delitos futuros. Frente a las teorías absolutas, estas teorías preventivas reciben el nombre de “teorías relativas”.

Las teorías relativas han conocido 2 corrientes:

1. Prevención general
2. Prevención especial

a) La prevención general (positiva y negativa): Las teorías de la prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en la sociedad. El derecho puede tener en la sociedad 2 efectos:

1. Un efecto intimidatorio (prevención general negativa)
2. Un efecto integrador (prevención general positiva)

La prevención general negativa concibe a la sociedad como un cúmulo de delincuentes y la pena como una amenaza para los individuos.

La prevención general positiva procura afianzar los valores éticos y morales de la sociedad, el respeto a la ley, reafirmando su confianza en el sistema social como modo de evitar la comisión de delitos.

b) La prevención especial: A diferencia de la prevención general, que usa como sujeto la colectividad, la prevención especial tiende a prevenir los delitos de una persona determinada. Por eso la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena y no en el de la conminación legal (como la prevención general). El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro.

1. Si se tiene en cuenta a la pena como instrumento correctivo de la intencionalidad delictiva “mejorándolo o recuperándolo” (prevención especial positiva)
2. Si la pena tiene por finalidad neutralizar al delincuente para evitar su actividad delictiva (prevención especial negativa).

## EL SISTEMA PUNITIVO ARGENTINO

El art. 5 del CP enumera las penas aplicables en nuestro derecho penal positivo. Ellas son la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Las 2 primeras privan de la libertad ambulatoria, la multa afecta al patrimonio y la inhabilitación priva de derechos.

### CARACTERISTICAS

Nuestro sistema punitivo está determinado por 2 características principales:

1. *La personalidad de la pena*, es decir, la pena nunca puede trascender la persona que es autora o partícipe del delito.
2. *La relativa indeterminación de la pena*. Todos los tipos penales establecen una amenaza de pena, que está pautada con un mínimo y un máximo según sea el delito de que se trate. No ocurre en caso de penas perpetuas.

### DISTINTAS CLASES DE PENAS: PRINCIPALES Y ACCESORIAS, SEPARADAS, ALTERNATIVAS Y CONJUNTAS.

Todas las mencionadas en el art. 5 CP son penas principales, ya que las accesorias son las que se derivan de la imposición de las principales.

Las penas accesorias son la inhabilitación absoluta del art. 12, el decomiso del art. 23 y la reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la ultima condena, cuando la reincidencia fuere múltiple (art. 52 CP).

La conminación de las penas principales se hace en la parte especial del CP:

- a. *Separadamente*, cuando solo se conmina con una de las penas (ej. art. 89)
- b. *Alternativamente*, cuando se conminan 2 penas, entre las que el juez debe elegir. Esta conminación puede ser *paralela* (cuando las penas alternativamente conminadas son de la misma especie –por ej. privativa de libertad– e igual cantidad, pero distinta calidad de pena, como en el art. 79; o *no paralela* (cuando las penas alternativamente conminadas son de distinta especie, como en el art. 94).
- c. *Conjuntamente*, donde las penas son siempre de distinta especie y que deben ser aplicadas ambas por el juez (art. 84).

### LA PENA DE MUERTE. DISCUSIÓN Y ARGUMENTOS DE CADA POSTURA

La pena de muerte era la mas extrema de las viejas penas corporales o aflictivas. Hasta el siglo XVIII la pena capital era aplicable a un importante número de delitos (homicidio, adulterio, etc.) y aplicada sin demasiados reparos.

Hasta la época medieval y renacentista, su ejecución era por demás cruel (empalamiento, descuartizamiento por tiro de caballos, fuego en la hoguera, crucifixión) y ostentosa, produciéndose generalmente en plazas o sectores públicos.

Con la Revolución Francesa de 1789 se incorpora la guillotina.

En este mismo periodo, se acentúa la tendencia a imponer penas privativas de libertad (Beccaría, Howard). Todo ello va gradualmente provocando una disminución de casos de pena capital.

| ARGUMENTOS DE LA PENA DE MUERTE              |   |
|--|---|
| A FAVOR                                      | EN CONTRA   |
| produce un efecto de intimidación            | El error judicial   |
| la cárcel es el fracaso del sistema punitivo | No se trata de una pena, sino de un tormento                                  |
| La peligrosidad de los reos                  | Importa declarar que el criminal es irrecuperable (excede la justicia humana) |
| Ejemplaridad de la sanción                   | Se opone a la protección de la vida   |

#### LA PENA DE MUERTE EN ARGENTINA

El art. 18 CN establece “...*quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes...*”. → regla que fue interpretada por algunos en el sentido de que no prohibía la imposición de la pena de muerte en procesos por causas no políticas. Sin embargo una interpretación sistemática del texto permitió concluir que el orden constitucional argentino prohíbe la pena capital por cualquier causa.

En 1914 se registra el precedente “Livingstone” de aplicación de pena capital. Sin embargo, los golpes de estado provocados por las FFAA la implementaron en diversas normas (ej. 21338/76) aunque su ejercicio mas común durante el último golpe militar fue su aplicación clandestina.

Como consecuencia de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 in. 22) merecen destacarse reglas que establecen: (Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana derecho Humanos)

- en los países que no hayan abolido la pena capital, solo se la podrá mantener por los mas graves delitos (CADH)
- el derecho a de toda persona condenada a muerte a solicitar el indulto o la conmutación de pena. (PIDCP, CADH)
- la prohibición de imponerla por delitos cometidos por menores de 18 años o mayores de 70 años, como tampoco por mujeres en estado de gravidez.
- La prohibición de extender su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente, como también la de restablecerla en los Estados que la han abolido.
- La prohibición de aplicarla por la comisión de delitos políticos o comunes conexos con los políticos.

#### LA MEDIDA DE SEGURIDAD EN E DERECHO ARGENTINO

Cuando se habla de “sistema dualista” o de “doble vía” se quiere decir que, junto con las penas (consecuencias jurídicas del delito condicionadas por la culpabilidad del autor), el sistema prevé también *medidas de seguridad y corrección* (consecuencias jurídicas del delito que no presuponen dicha culpabilidad) → mientras la pena encontraba su fundamento en la culpabilidad, las medidas de seguridad lo tenían en la peligrosidad del autor.

Los párrafos 2º y 3º del art. 34 CP prevén lo que tradicionalmente han sido denominadas “medidas de seguridad”.

Se trata de la internación en un manicomio del sujeto que padece enajenación. Ello, hasta tanto se declare que ha desaparecido el riesgo de que el sujeto se dañe a si mismo y/o a terceros.

Asimismo, en los supuestos que se decida la absolucón del imputado por insuficiencia de las facultados o alteración morbosa de las mismas, también podrá ordenarse la reclusión en un establecimiento adecuado hasta la comprobación de que han desaparecido las circunstancias que lo tornaban peligroso.

Se afirma que las medidas de seguridad han sido propuestas como tratamiento destinado a corregir a personas con trastornos de conducta que los llevan a delinquir.

### UNIDAD 3

#### ESTRUCTURA Y FUNCION DE LA NORMA PENAL

##### NORMA Y LEY PENAL

La norma penal es una norma jurídica que refuerza su poder de orientar y disciplinar conductas humanas mediante una coacción (la amenaza de pena) para el infractor.

En el lenguaje científico se suelen contraponer los conceptos de “norma” y “ley”. Uno de los autores que ha potenciado al máximo esta distinción es Binding.

Los principales conceptos de norma en la dogmática penal son 2:

1. La norma como imperativo → como una orden a la que se debe obediencia
2. La norma como doble juicio de valor → como norma objetiva de valoración y como norma subjetiva de valoración

##### LA NORMA COMO IMPERATIVO. SU DISTINCION CON LA LEY. TEORIA DE BINDING

Binding desarrollo su teoría respecto a la distinción entre “norma” y “ley penal” → la ley penal es el *juicio hipotético* que establece la voluntad del Estado de aplicar una sanción si se produce determinada conducta humana. Cuando el súbdito realiza esta conducta, es claro que no ha infringido la ley penal, pues esa conducta ha sido la condición para que la misma se aplique. No es la ley penal lo que ha infringido el subidito delincuente, sino la “norma jurídica”, que es distinta de la ley penal. → La norma tiene una finalidad preventiva (se dirige al súbdito), la ley penal una misión represiva (se dirige al juez).

##### LA NORMA COMO DOBLE JUICIO DE VALOR: DE (DES)VALORIZACION Y DE DETERMINACION

La norma penal es una unidad inescindible en la que pueden apreciarse dos momentos o aspectos: como norma de valoración y como norma de determinación: la norma importa un doble juicio valorativo: desde un punto de vista objetivo como valoración (o mejor dicho desvaloración) de aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico; y desde un punto de vista subjetivo como una regla o imperativo de determinación, orientado a los ciudadanos o súbditos de la ley.

##### ESTRUCTURA LOGICA Y ESTRUCTURA LEGAL DE LA NORMA

La norma penal consta de 2 elementos:

- el presupuesto de hecho
- la consecuencia o sanción

Ej: Art. 110 CP: (Injuria) **“El que deshonrar o desacreditare a otro ← (presupuesto de hecho), será reprimido con multa de [mil quinientos a noventa mil pesos] o prisión de un mes a un año ← (consecuencia o sanción)”**.

Lo anterior corresponde a la estructura lógica y regularmente es respetada por el legislador en la formulación legal de la misma.

Pero a veces, por razones prácticas, o técnica legislativa, esta coincidencia no siempre se da, surgiendo así los casos de “ley penal en blanco”.

##### LA LEY PENAL EN BLANCO

Son aquellas disposiciones penales en donde la conducta prohibida o mandada no aparece debidamente explicitada sino que mediante una fórmula de reenvío, remiten al intérprete a otra disposición legal de igual o inferior rango. Se ha cuestionado esta técnica legislativa por el inseguridad jurídica que acarrea → esta técnica legislativa se usa en materias de continua actualización (orden económico).

Ejemplo: Art.206:“Será reprimido con prisión de uno a seis meses el que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal”.

Debe distinguirse la ley penal en blanco de la ley penal en blanco “al revés”, que tiene la particularidad de que el presupuesto de hecho aparece definido, NO ASÍ LA SANCION, la que aparece remitida a otra disposición. → Si es de Inferior categoría (reglamento, resolución administrativa, etc.): ES INCONSTITUCIONAL.

Ejemplo: Art. 187: “Incurrirá, según los casos, en las penas señaladas en el artículo precedente, el que causare estrago por medio de sumersión o varamiento de nave, derrumbe de un edificio, inundación, de una mina o cualquier otro medio poderoso de destrucción”.

#### INTERPRETACION DE LA LEY PENAL

Se entiende por interpretación el descubrimiento y determinación del propio sentido de una disposición a fin de aplicarla a los casos concretos.

La posibilidad de interpretar las leyes penales no ha sido una cuestión pacífica. Los clásicos del derecho alertaban sobre la interpretación del texto legal: Beccaría decía: “careciendo los jueces criminales de la cualidad de legisladores, no tienen derecho alguno para interpretar las leyes penales”.

Actualmente, no hay quien mantenga aquella previsión.

#### CLASES DE INTERPRETACION. CLASIFICACIONES

1. Según los **sujetos** que la llevan a cabo se distingue entre interpretación:
  - Auténtica: es la que realiza el mismo órgano que la sancionó. Ej. Art. 77 y 78 CP.
  - Doctrinaria: es la que realizan los tratadistas y estudiosos del derecho. (No tiene poder vinculante).
  - Judicial: es la que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales y configuran la doctrina legal.
2. Según los **medios** la interpretación puede ser:
  - Gramatical: es la que busca el sentido en la propia letra de la ley analizando los vocablos y principalmente en los verbos.
  - Histórica: busca la “voluntad del legislador” al dictar determinado precepto.
  - Lógica: Sostiene que la interpretación de las normas debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el sentido que las concilie y deje a todas con valor y efecto.
  - Teleológica: Pone acento en la determinación de cuál es la finalidad de la norma penal.
3. Según los **efectos** del proceso interpretativo
  - Declarativa: Es aquella que supone paridad con la literal.
  - Restrictiva: Cuando se le otorga al precepto un ámbito más restrictivo del que brinda el sentido común de los términos. (la ley dice más de lo que quería decir)
  - Extensiva: Cuando se atribuye al precepto un mayor alcance de lo que expresa el texto (la ley dice menos de lo que quiere decir).

#### LA ANALOGIA

La analogía consiste en la aplicación de la ley a los casos no previstos en ella, pero *semejantes* a los contemplados.

La analogía como mecanismo o técnica de aplicación de la ley no es discutida en otras ramas del derecho, no así en el derecho penal, pues los principios de legalidad y reserva (arts. 18 y 19 CN) imponen un límite al *ius puniendi* del Estado.

La doctrina ha distinguido entre la analogía un *malam partem*, inadmisibile en nuestra disciplina, y la analogía *in bonam partem*, es decir, cuando resulta beneficiosa al reo, que seria aceptable por no violenta la legalidad toda vez que el límite constitucional está referido al derecho a castigar y no al derecho de no castigar.

#### FUENTES DEL DERECHO PENAL

La doctrina distingue 2 clases de fuentes: de producción y la de conocimiento.

Como fuente de producción del derecho pena se designa a la autoridad dotada de poder para dictar leyes penales, que en un Estado de Derecho recae en el Poder Legislativo.

Como fuentes de conocimiento del derecho penal se aluda a la forma que el derecho objetivo puede ser conocido en la vida social, que en nuestro sistema es la ley.

Zaffaroni considera también que hay también “fuentes de información”, por la que designa la bibliografía sobre nuestra ciencia.

#### LA COSTUMBRE

Su calidad de fuente del derecho (admitidas en otras ramas del derecho) cede ante la particularidad del derecho penal por imperio del principio de legalidad.

#### LA JURISPRUDENCIA

En nuestro sistema los fallos de los tribunales no son fuente inmediata del derecho penal por carecer de efecto vinculante.

Sin embargo, ocurre que existen fallos contradictorios en distintos tribunales, lo que puede provocar un grave estado de incertidumbre por la inseguridad jurídica. En tales casos, se busca la uniformidad de criterios a partir de las decisiones de los tribunales superiores (Cortes, Cámaras de Casación) que establecen lo que se conocer como *doctrina legal*, o los llamados *acuerdos plenarios*.

## UNIDAD 4

### LA LEY PENAL EN EL ESPACIO Y EN RELACION A LAS PERSONAS

#### LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

El art. 1, el CP establece: “Este Código se aplicará:

1. Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;
2. Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo”.

En la disposición transcrita la doctrina ha entendido consagrados varios principios que rigen en materia de aplicación de la ley penal con relación al espacio. Tales principios son los de territorialidad, el real (o de defensa), el de personalidad (o nacionalidad) y el universal (o cosmopolita).

- a. Principio de territorialidad: Este principio enuncia que la ley penal se aplica a todos los delitos cometidos en el territorio del país, sin importar la nacionalidad del autor o la del titular del bien jurídico lesionado. El principio de territorialidad se encuentra vinculado al concepto “jurídico” de territorio, esto es aquel espacio físico donde el Estado tiene jurisdicción. El principio de territorialidad se aplica tanto a ciudadanos como a extranjeros. Dice el art. 1 del CC: “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes”.
- b. Principio real (o de defensa): De acuerdo con este principio la ley penal es aplicable a los hechos que amenazan la seguridad interior o exterior del Estado. Se refiere al ataque a instituciones políticas, económicas, financieras o culturales del Estado; con exclusión de aquellos dirigidos a los bienes privados. (ej. Se dispone la aplicación de la ley argentina en virtud de este principio en el caso de delito de falsificación de moneda argentina cometido en Francia).
- c. Principio de Nacionalidad (o de la personalidad): Es producto del *Ius Sanguinis*. El principio enunciado propone la aplicación de la ley penal en función de la nacionalidad del autor (activo) o de la víctima (pasivo).
- d. Principio universal: Este principio propone la extraterritorialidad absoluta, esto es la aplicación de la ley penal sin límites territoriales, autorizando a cualquier Estado a la represión del delito de que se trate teniendo en cuenta su naturaleza, cuya persecución penal importa a todos los Estados porque afecta la condición humana. Cabe sostener su aplicación con relación a delitos tales como el narcotráfico, corrupción de menores, piratería, etc.

#### LUGAR DE COMISION DEL DELITO

La expresión “delito cometidos” tiene particular importancia cuando el sitio donde se manifiesta la voluntad delictual es distinto del lugar donde se verifica el resultado, y dichos lugares se encuentran sometidos a distintas regulaciones normativas. → ej. Dispara un paraguayo desde el sector fronterizo de su país que impacta y mata a una persona en territorio argentino. El problema es determinar dónde se considera *cometido* ese hecho ilícito, y definir la ley que en el caso resulta aplicable. Diversas teorías:

- a. Teoría de la manifestación de la voluntad: propicia como criterio de comisión delictual, la que atiende a la exteriorización del designio criminal. (cometido en Paraguay).
- b. Teoría del resultado: Por el contrario, reputa cometido el delito en el lugar donde se produjo la consecuencia originada en la conducta realizada.

- c. Teoría de la ubicuidad: Es la dominante en la actualidad, según la cual puede entenderse “cometido” el delito tanto en el lugar donde se manifestó la voluntad, como donde se verificó el resultado.

#### EFFECTOS

El significado de la alusión efectuada en el art. 1 del CP a los “efectos” que deba producir el delito como criterio de aplicación de la ley argentina, es interpretado de diversas maneras.

- a. Como *resultado* en los delitos cometidos a distancia.
- b. Aludiendo a la *afectación de fundamentos políticos, económicos y/o sociales del Estado*.

#### TERRITORIO ARGENTINO

- a. Concepto general: Se considera que el territorio argentino está comprendido por la superficie geográfica terrestre, el mar territorial y el espacio aéreo. También se incluye al espacio físico ocupado por las fuerzas militares en tiempo de guerra y los ríos internacionales hasta la línea del talweg.
- b. Mar territorial: El territorio nacional incluye además del mar territorial (en el que existe soberanía plena-12 millas-), la zona contigua (12 millas siguientes en las que existe poder de policía –inmigración, sanitaria, aduanero, fiscal-) y la zona económica exclusiva (200 millas – exploración, explotación de recursos-)
- c. Buques y aeronaves: Respecto de los buques y aeronaves, son considerados territorio argentino aquellos de carácter público, mientras que se hallan sujetos a la aplicación de la ley nacional los que de carácter privado: a) que se encuentren recorriendo territorio nacional, b) cuando medie afectación de intereses nacionales o c) si el primer puerto o aeropuerto de arribo luego de cometerse el hecho delictivo es argentino.
- d. Embajadas y legaciones diplomáticas. No se encuentran incluidas en el concepto de territorio, pero cuentan con inmunidad real.

#### APLICACIÓN PERSONAL DE LA LEY PENAL

Por imperio de la CN todos los habitantes de la nación argentina son iguales ante la ley, vedando expresamente la existencia de fueros personales.

No obstante, nuestro derecho admite que ciertas personas puedan no ser pasibles de persecución penal: se trata de las inmunidades parlamentarias y diplomáticas.

- a. Privilegio de las opiniones parlamentarias.  
En el art.68 CN se establece que “Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”.  
Pero el privilegio consagrado a favor de los legisladores, se extiende aún cuando hayan cesado en su cargo, o cuando hubieran sido desaforados por la causa en cuestión o por cualquier otra. Cabe puntualizar que las opiniones cuestionables deben haber sido emitidas en el *desempeño de las funciones legislativas*.  
La excepción a la regla se prevé en el art. 29 CN: cuando la opinión, traducida en el voto, importa conceder facultades extraordinarias, la suma del poder público, o el otorgamiento de supremacías o sumisiones por las que se comprometa la vida, el honor o las fortunas de los argentinos en la forma allí establecida, el legislador es responsable y pasible de la pena de los infames traidores a la Patria (art. 227 CP).

Asimismo, el art. 69 CN establece que ningún Senador o Diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado, excepto el caso de ser sorprendido in fraganti en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva.

Para el supuesto de ser querellados cada Cámara podrá con 2/3 de los votos suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento (art. 70 CN).

b. Ministros o Embajadores.

La práctica internacional consagra una prerrogativa a agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país, y a las personas que componen la legación, consistente en una inmunidad de aplicación de la ley penal nacional condicionada a la renuncia a dicha protección por parte del país al que representa el diplomático. De no mediar tal renuncia, a este último le incumbe el juzgamiento del agente que ha cometido delito.

## UNIDAD 5

### LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. ORIGEN HISTORICO Y SU CONSAGRACION CONSTITUCIONAL. ANALISIS JURIDICO-PENAL DEL ART. 18 CN.

Nuestra Constitución establece en su art. 18 que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”, consagrando así el PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL, que ya estaba previsto en la Constitución de EEUU y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

El principio de legalidad constituye la máxima garantía del poder punitivo.

La exigencia de legalidad supone que la ley penal debe ser previa, escrita, formal y estricta.

- La es previa cuando fue sancionada con anterioridad al hecho bajo análisis, no puede regir hacia el pasado salvo cuando es mas benigna.
- Es escrita cuando no emana de usos, prácticas o cánones sociales, sino que se encuentra en un documento escrito.
- La ley es formal cuando fue sancionada por el órgano de competencia legislativa.
- Es estricta cuando se ajusta con precisión al caso bajo análisis, sin que sea admisibles interpretaciones que extiendan su alcance.

También se ha señalado que la ley debe ser cierta, queriendo significar que la ley penal debe ser enunciada con la máxima claridad o precisión (principio de taxatividad).

Del principio de legalidad se derivan diversas prohibiciones:

- La prohibición de retroactividad de la ley penal mas gravosa
- La prohibición de aplicación de pena sin ley formal
- La prohibición de analogía
- La prohibición de indeterminación

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. “TEMPUS REGIT ACTUM”. LA LEY PENAL MÁS BENIGNA.

La irretroactividad de la ley penal es una regla fundamental que resulta derivación del principio de legalidad, siendo su consecuencia la imposibilidad de aplicar la ley penal “ex post facto”.

El principio “tempus regit actum” (el tiempo rige al acto) constituye la base del sistema de aplicación de la ley penal en el tiempo.

Esto significa que el criterio que rige la materia –como regla– es que la ley penal aplicable es la vigente al tiempo de comisión del hecho considerado como delito, y que no se puede aplicar una pena más severa que la establecida en ese mismo momento para la conducta ilícita que se trate.

Sin embargo, la consigna de irretroactividad tiene como excepción la vigencia del principio de aplicación de la ley penal más benigna.

EL ART. 2 DEL CP

Art. 2: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley.

En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho”.

## CRITERIO PARA LA DETERMINACION DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA

A fin de determinar qué ley habrá de considerarse como más benigna, corresponde utilizar un método consistente en 2 operaciones:

1. Subsumir el caso a la ley vigente al tiempo de la comisión
2. La misma operación con relación a la nueva ley para luego comparar ambos supuestos.

Es necesario tener en cuenta que cada una de las leyes de que se trata debe ser considerada en forma íntegra y completa (no se admite la posibilidad de aplicar parcialmente un texto legal).

Las pautas indicativas de la mayor o menor benignidad de la ley están dadas por: la pena, los elementos constitutivos del delito, la posibilidad de ejecución condicional de la condena, la situación de circunstancias atenuantes o agravantes, etc.

## LEYES INTERMEDIAS

Durante el tiempo que transcurre entre la comisión del hecho delictivo y el dictado de la sentencia, es posible que hayan regido otras leyes, no vigentes en ninguno de los 2 extremos del período temporal descripto.

Igual supuesto se puede dar en el lapso comprendido por el momento en que se pronunció la sentencia condenatoria, hasta el de finalización del cumplimiento de la pena.

Ninguna de las dos hipótesis excepciona la regla de mayor benignidad que en forma expresa prevé el art. 2 CP: "Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley".

El régimen procesal penal nacional y el de la provincia de BS AS (entre otros) establecen la posibilidad de modificar en todo tiempo y a favor de condenado sentencias firmes mediante la instancia de revisión, cuando corresponda aplicar retroactivamente una ley penal más benigna que la aplicada en la sentencia.

## LEYES TEMPORALES

Ciertas leyes son sancionadas por el legislador para atender una situación excepcional y de duración limitada en el tiempo. Se ha dictado en nuestro país un supuesto así al legislarse para evitar saqueos en ocasión de producirse el terremoto que afectó la provincia de San Juan (1944). La ley dictada en aquella ocasión agravaba con severidad las penas previstas para ciertos delitos cometidos con motivo o en ocasión de aquel fenómeno natural.

Esta clase de leyes hacía que constituyeran la excepción a la regla en estudio (aplicar la más benigna retroactivamente).

Pero a partir de 1994 con la reforma constitucional, el principio tratado adquiere jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) al encontrarse en la Convención Americana sobre DDHH.

En consecuencia, en la actualidad no rigen excepciones a la aplicación irrestricta de la regla de mayor benignidad retroactiva.

## UNIDAD 6 EL DELITO

### LA INFLUENCIA DE LA IDEOLOGIA DE LA ILUSTRACION

Hasta finales del siglo XVIII, el sistema penal europeo se caracterizaba por la crueldad de sus leyes instrumentadas a través de un proceso arbitrario e inquisitorial en el que la confesión era la “madre de las pruebas” y aplicación de torturas para lograrla era habitual. No había límite a ese sistema.

Contra ese modelo se alzan quienes pretenden humanizar el sistema penal, (es el paso del Estado Absoluto al Liberal) en donde confluyen los aportes ideológicos del Iluminismo.

- **BECCARIA**

En 1764 publica “De los delitos y las penas”, en donde critica la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales de su tiempo. Fundamenta el principio de legalidad y se manifiesta partidario de una política de prevención del crimen antes que la represión. Propone: leyes claras y simples, predominio de la libertad y la razón, justicia libre de corrupción, recompensa al ciudadano honesto, educar al pueblo.

- **LARDIZABAL**

Su obra refleja claramente tendencias racionalistas y utilitaristas de su época con una mayor carga de iusnaturalismo. Hace un despliegue de conocimientos jurídicos e incursiona en casi todos los problemas del derecho penal como autoría y participación, error, escalas penales, etc. (obra superior a la de Beccaria).

- **MONTESQUIEU, ROUSSEAU, VOLTAIRE**

Montesquieu en “El espíritu de las leyes” clama por la división de poderes, la moderación de las penas desmedidas y la abolición de la tortura.

Voltaire, se manifiesta partidario del principio de legalidad y de la restricción del arbitrio judicial (jueces esclavos de la ley). La pena debe ser proporcional y útil.

Rousseau: Hombre naturalmente bueno que es pervertido por la convivencia social estructurada en una forma de contrato y al que se traiciona cuando uno de sus miembros comete un delito.

### LA ESCUELA CLASICA

Los postulados de la escuela clásica son 2: la concepción trascendente del Derecho, cuyo modulo inmutable es la ley natural y donde el delito es un concepto meramente jurídico; y el principio del libre albedrío del hombre, con la consiguiente concepción de la pena como retribución del acto culpable y moralmente reprochable.

El autor más relevante: Carrara. El rasgo mas acentuado de su obra lo constituye el iusnaturalismo.

### LA ESCUELA POSITIVA

El potente despertar de las ciencias sociales y naturales con un método experimental, y una nueva idea del Estado (intervencionista); constituyen los fundamentos del Positivismo.

- **La escuela positiva italiana**

Los postulados fundamentales en que se asienta la escuela positiva italiana pueden resumirse en los siguientes:

1. El delito como conducta humana es considerado un fenómeno natural, consecuencia de factores individuales (Lombroso) y sociales (Ferri), que inevitablemente llevan al individuo a cometerlo.
  2. Se niega el libre albedrío, ya que al ser el delito el resultado de una personalidad motivado por el medio ambiente, resulta imposible aceptar que el individuo pueda actuar libremente, sino que lo hace compelido por el determinismo de su sola convivencia en sociedad.
  3. La pena es reemplazada por la medida de seguridad.
    - La escuela positiva alemana
- El principal referente es von-Liszt. Su particularidad reside en la necesidad de una ciencia total del derecho penal, integrada no sólo por el derecho penal, sino también por los aportes de la criminología y de la política criminal.

#### EL CONCEPTO ESTRATIFICADO DEL DELITO: LA TEORIA DEL DELITO

La teoría del delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. A partir de este método de análisis, se llega al concepto “estratificado” del delito, ya que para concluir si un hecho debe ser considerado “delito” deben darse una serie de condiciones que operando como una suerte de “filtros”, exige que cada una de ellas sea analizada cuando se haya afirmado la anterior.

Diremos que estamos ante un delito cuando se haya comprobado que se trata de una *acción, típica, antijurídica, y culpable.*

Breve evolución de la teoría del delito.

#### EL CAUSALISMO

Se ha denominado causalista a la corriente que funda su sistema en un concepto de acción naturalista en donde la voluntad (o propósito) del agente no es analizado como parte de la acción sino como elemento de la culpabilidad en la modalidad de dolo o culpa.

##### a. Sistema de Liszt- Belling

El concepto de delito se estructuraba en torno al concepto de acción, que era concebida de forma estrictamente causal, como transformación física del mundo exterior, en donde lo relevante estaba integrado por un movimiento corporal generador de un proceso causal que provoca una modificación del mundo exterior.

El tipo es entendido como la descripción objetiva y neutra del desarrollo de una conducta prevista en la ley penal, siendo exclusivamente descriptivo.

La antijuricidad es también de corte objetivo y consiste en la contradicción entre la acción causal típica con la norma.

La culpabilidad aportaba el contenido subjetivo al sistema y representaba la relación psicológica del autor con el hecho y que de acuerdo a su intensidad, asume la modalidad de dolo o de culpa.

##### b. El modelo Neokantiano

La acción dejó de ser el sustento teórico de todo el sistema como era concebido por causalismo naturalista.

El tipo dejó de ser considerado como algo netamente objetivo y descriptivo, para admitir en su seno elementos normativos y elementos subjetivos (ej. Animo de apropiación) distintos del dolo.

Por su parte, las inconsecuencias a que conducía la concepción psicológica de la culpabilidad en aquellos casos en que pese a la constatación de esa relación psicológica entre el agente y el resultado no había culpabilidad (actual del inimputable), o a la inversa, cuando pese a no

haber relación psicológica había culpabilidad (colpa inconsciente) hizo que FRANK introdujera el concepto normativo de la culpabilidad sobre la base del juicio de reproche, aunque manteniendo el dolo y la culpa en el ámbito de la culpabilidad, con lo que se lograba un concepto mixto (normativo y psicológico).

#### EL FINALISMO

La acción deja de ser un comportamiento voluntario de contenido, para tener una perspectiva ontológica: por ser inconcebible una conducta humana sin voluntad, y la voluntad sin finalidad, la conducta (la acción) requerirá siempre una finalidad.

Si el tipo prohíbe una conducta y no una causación, y la conducta es siempre final, la voluntad de realizar el tipo (el dolo) debe abandonar su ubicación en la culpabilidad para alojarse en el tipo, con lo que el tipo pasa a tener una estructura compleja (objetiva y subjetiva).

De esta manera, despojada la culpabilidad de elementos psicológicos (dolo o culpa), permite establecer una concepción normativa pura de la culpabilidad, consistente en el juicio de reproche que se formula al autor por no haber adaptado su conducta a la norma, pese a que estaba en situación de hacerlo.

Se critica el no poder resolver el delito culposo, es decir en aquellos casos en que el resultado no es buscado (no hay finalidad).

Ante esta objeción, el finalismo respondió que en las conductas culposas son también finales, solo que en la selección de medios para el logro de la finalidad se infringió el deber de cuidado.

#### EL FUNCIONALISMO

La característica más destacable de estas corrientes es la pretensión de construir sistemas abiertos aptos para la permanente orientación hacia las exigencias cambiantes político-criminal.

Es posible distinguir 2 corrientes funcionalistas: la moderada (Roxin) y otra radical (Jackobs).

- Roxin

Denomina a su sistema funcional o racional conforme a objetivos. Sostiene que la dogmática es una herramienta para resolver problemas, resultando imprescindibles acudir a la política criminal, que debe impregnar todas las categorías del delito. Los fines del derecho Penal son los de la política criminal y cada una de las categorías del delito cumple funciones político-criminales.

Primeramente Roxin normativiza la concepción de acción aduciendo que no puede ser un concepto ontológico, pues depende de valoraciones que le dan sentido. Es la manifestación de la personalidad, entendiéndola por ella (acción) todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico-espiritual.

Para la tipicidad, el criterio básico es el de la determinación legal; para la antijuricidad, es el de la solución social a los conflictos (a través de las causas de justificación); y para la culpabilidad, es el de los fines de la pena.

En función de este criterio, el tipo consiste en la plasmación del principio de legalidad; con la noción de antijuricidad queda garantizada la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico; y en cuanto a la culpabilidad, se amplía hasta ser una categoría de responsabilidad, en la que si bien la culpabilidad es condición de cualquier pena, no basta para su imposición, pues debe establecerse si el autor del injusto merece una pena.

- Jackobs

Sostiene que la pena tiene como objetivo restablecer el equilibrio normativo alterado por el delito, que su función es tender a sustentar la confianza de la sociedad en el cumplimiento de las normas. Procura reafirmar la vigencia de la norma. El fin esencial del derecho penal no es la protección de bienes jurídicos sino la protección de la norma.

La acción es un concepto jurídico y consiste en el reconocimiento de la vigencia de la norma. Culpabilidad no es más el reproche por no haberse motivado en la norma: culpabilidad es haber se comportado de un modo que no se puede tolerar si se quiere mantener la vigencia de la norma (infidelidad a la norma).



## UNIDAD 6 (Según libro de Sierra)

### EL DELITO

#### EVOLUCION DEL CONCEPTO EN EL MARCO DEL PROGRESO DE LA CIENCIA PENAL

La evolución del concepto de delito, que transitó desde una consideración unitaria (delito es la infracción punible) hasta la estratificada con que se lo conoce en el presente (delito es la acción típica, antijurídica y culpable) se llevó a cabo en el marco del progreso de la Ciencia Penal.

#### EL ILUMINISMO (O ILUSTRACION)

Para indagar sobre los orígenes reales del pensamiento jurídico-penal hay que remontarse necesariamente al Iluminismo y en especial a Beccaría.

Hasta fines del siglo XVIII reinó en Europa un sistema penal caracterizado por sanciones extremadamente crueles, a cuya aplicación se llegaba a través de un proceso inquisitivo y desprovisto de garantías, en el que se admitía la tortura y se otorgaba validez a la confesión obtenida por esa vía. Era la época de los regímenes absolutistas.

Contra esto reaccionó la Ilustración, dando paso al Estado Liberal, que procuraba la humanización del sistema penal vigente hasta entonces.

- Beccaría escribió en 1764 una celebre obra titulada “De los delitos y las penas”, donde critica la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales de su tiempo. Fundamenta el principio de legalidad y se manifiesta partidario de una política de prevención del crimen antes que la represión. Propone: leyes claras y simples, predominio de la libertad y la razón, justicia libre de corrupción, recompensa al ciudadano honesto y educar al pueblo.
- Rousseau (“El Contrato Social”, 1762) sostenía que el delincuente quien se colocó en contra del contrato social, es un traidor en cuanto rompe el compromiso de organización, deja de ser miembro de la organización y debe ser tratado como rebelde.
- Montesquieu (“El Espíritu de las leyes”) postulaba la división de poderes y la moderación de las penas, con la abolición de la tortura, sostenía la separación de la ley natural (proveniente del orden natural) y la ley positiva (derivada del poder estatal), y al contraponerlas planteaba la posibilidad de que esas leyes positivas eran la causa de la violencia, la corrupción y el delito. Para él hay 2 corrupciones: una que se produce cuando los ciudadanos no observan las leyes, pero otra es la que deriva de la dureza de la legislación que acostumbra al despotismo.
- Lardizábal: Tuvo gran significación en el mundo hispanoamericano, aunque careció de la trascendencia de Beccaría. Escribió en 1782 su “Discurso sobre las penas contraídas a la legislación vigente en España para facilitar su reforma”, en el que reflejó las tendencias racionalistas y utilitaristas de la época, aunque con mayor carga de iusnaturalismo. Si bien adscribe al contractualismo, considera que la facultad de dictar leyes es de origen divino. Postula que las penas se atengan al principio de necesidad, destacando sus fines utilitarios de prevención general (intimidación) y especial (enmienda), y se declara partidario de la pena de muerte, aunque aplicada restrictivamente y donde no hay otro remedio para lograr el orden social. Lardizabal presenta una obra completa de Derecho Penal y por ello, desde el punto de vista técnico jurídico, es muy superior a la de Beccaría. Despliega conocimientos tales como autoría y participación, el error, la ignorancia, la enfermedad mental, escalas penales, diferencias de gravedad entre delitos dolosos y culposos, etc.
- Bentham: Su utilitarismo lo llevo a rechazar todo tipo de iusnaturalismo y contractualismo. En su obra “Teoría de las penas y sus recompensas” sostiene que la pena debe ser útil y por eso su fin debe ser la prevención general, siendo además ese único fundamento legitimante.

El pensamiento iluminista se caracterizó por ser racionalista, utilitario e iusnaturalista, sin perjuicio de que en algunos autores una u otra tendencia aparezca en segundo plano.

LA DENOMINADA “ESCUELA CLASICA”: CARRARA. FEUERBACH.

Aquí comienza la etapa en donde el Derecho Penal comienza a adquirir nivel científico.

Feuerbach ha sido considerado como el padre del Derecho Penal, pues fue quien con mayor claridad plasmó en un sistema de derecho penal todo el pensamiento iluminista de su época hasta llegar a Kant. Hace prevalecer el derecho natural frente al derecho positivo, aunque su racionalismo (heredado de Kant) lo lleva también a ser el primero en construir un sistema a partir de la ley positiva.

Sin embargo el iluminismo es que el lo conduce a separarse de Kant en cuanto a la concepción de la pena, a la que le asigna fines de prevención y no solamente retributivos. Esta idea de la pena ligada a la esencia del nuevo Estado de derecho separado de lo divino, lo lleva a plantear su conocido postulado de *la legalidad de los delitos y de las penas* → toda pena presupone una ley penal; la imposición de ella, la existencia de una acción criminal y por último, que a todo hecho criminal le corresponde una pena legal.

Feuerbach, partiendo de las concepciones contractualistas, concibe al delito como una lesión a la libertad, garantizada por el contrato y protegida por la ley penal, o sea lo lesionado era el derecho de cada uno.

Junto con Feuerbach se destaca en Alemania Birnbaum, cuya importancia reside en que releva un concepto fundamental para la futura Teoría del Delito: BIEN JURIDICO.

*El pensamiento de Carrara:* Quien lleva a su máxima expresión el iusnaturalismo y racionalismo de entonces es Francesco Carrara. Su obra más importante es “Programa de derecho Criminal”. Sostiene que la ley positiva es un derivado de la ley natural dada por el Creador, y que el derecho a castigar al que transgrede dicha ley positiva es solo la justicia y no la defensa del conjunto, adhiriendo así a una posición estrictamente retribucionista en cuanto a la pena. Es decir, caracteriza a la ley penal como la ley dictada por el Estado y promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y caracteriza al delito como la infracción a esa ley, resultante de un acto externo del hombre, moralmente imputable y políticamente dañoso.

Carrara llega a la conclusión de que el delito es un ente jurídico. Ve en la pena un medio de tutela jurídica, que tiende al restablecimiento del orden jurídico alterado por el delito. Tiene el carácter de un mal equivalente al que el delincuente ha causado.

LA “ESCUELA POSITIVA” ITALIANA: LOMBROSO, FERRI Y GAROFALO

El positivismo emprende una refutación del pensamiento iluminista, al que se califica de metafísico, de inútil para el orden de la sociedad.

La ciencia positiva es descriptiva y también causal explicativa. Todos los hechos de la naturaleza están subordinados a leyes naturales inmutables que la observación permite descubrir.

La ciencia positiva del siglo XIX oponía, frente a la razón, la observación. Un sistema erigido sobre la pura razón era simplemente especulativo o metafísico, pero no científico. Quedaba así planteada la crítica al iluminismo y al racionalismo iusnaturalista.

Como se ve, el positivismo produce un quiebre en todo sistema fundado en la lógica y el racionalismo.

El fundador de la escuela positiva italiana fue Cesare Lombroso, quien centra su observación no en el delito, sino en el delincuente. Su obra “El hombre delincuente” (1878).

Para Lombroso el delincuente era una especie diferente del género humano caracterizada por una detención del desarrollo embrionario que lo situaba en una condición inferior a la humana en la escala zoológica → antropología criminal.

*Garófalo*: Su obra *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión* (1885). Su pensamiento lo lleva a considerar al delito como un fenómeno natural o social. Su “Criminología” es el más completo catálogo de racionalizaciones a las violaciones de DDHH que se haya escrito, argumentos que luego serían usados por los autoritarismos y totalitarismos.

*Ferri*: Escribió “Sociología Criminal”. Adoptó un enfoque sociológico del delito y del hombre criminal. Considera a los delincuentes como seres anormales, a los que clasificaba en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales. Tal anormalidad, provocada por factores físicos, sociales y antropológicos es la que determina al delito, negando en consecuencia el libre albedrío. Sostiene que el criterio básico que deben tener en cuenta las leyes penales es la peligrosidad social del delincuente- Y llega a sostener que la defensa social puede ser anterior al delito, bastando que el sujeto demuestre su temibilidad (capacidad para delinquir) postulando la imposición de *medidas predelictuales*.

LA VARIANTE ALEMANA DEL POSITIVISMO: LA ESCUELA DE MARBURGO. EL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL EN EL PENSAMIENTO DE FRANZ VON LISZT.

La influencia del positivismo se extendió en Alemania, aunque a través de una variante más moderada y de mayor contenido jurídico. Su principal representante fue von Liszt. Parte de una posición omnicompreensiva de las disciplinas que se ocupaban del delito, entre las que incluía el derecho penal y el derecho procesal, la criminología, la política criminal, la penología y la criminalística.

Von Liszt concebía al delito como una acción que era un hecho de la naturaleza que producía una modificación en el mundo exterior (causalismo naturalista); y a la antijuricidad como la transgresión de una norma, como daño social, promoviendo así la distinción entre antijuricidad material y formal. Asimismo postula una concepción psicológica de la culpabilidad en la modalidad más característica: la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad, siendo el dolo y la culpa especies de ésta.

En su famoso “Programa de Marburgo” enuncia su teoría de *la pena como fin* y se declara partidario del sistema de la doble vía, en el que coexisten una pena retributiva y la medida de seguridad.

Es el primero en plantear sistemáticamente la importancia del enfoque político criminal respecto al derecho penal. Señala que ambas disciplinas están estrechamente vinculadas aunque en permanente contradicción. La política criminal defiende a la sociedad y el derecho penal al delincuente.

INTRODUCCION A LA TEORIA DEL DELITO. EL CAMINO A HACIA LA CONSTRUCCION SISTEMATICA

Como señala Zaffaroni, la Teoría del Delito es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. Recorriendo dicho camino se arriba a lo que se denomina “concepto estratificado del delito” que se integra con varios estratos de análisis y que en la actualidad lo define como una acción típica, antijurídica y culpable.

Breve evolución de la teoría del delito.

## EL CAUSALISMO. SISTEMA DE LISZT – BELING

Liszt conceptuaba al delito como una acción antijurídica, culpable y punible. La acción antijurídica (injusto) se presentaba como la causación física de un resultado dañoso, en la que la acción solamente importaba la puesta en marcha de la causalidad, mientras que la antijuricidad consistía en la contradicción entre dicha acción y la norma. La culpabilidad era entendida como una relación psicológica entre la acción y el resultado.

Las ideas de Liszt se complementan con el aporte de Beling, quien introduce como característica específica y previa del concepto de delito la *tipicidad*, a la que concibe como la prohibición de la causación de un resultado. El delito pasó a ser definido como acción típica, antijurídica y culpable. En el sistema Liszt-Beling, el injusto (la tipicidad y la antijuricidad) era considerado objetivo, mientras que la culpabilidad tenía un contenido subjetivo.

## EL CAUSALISMO NEOKANTIANO

El concepto de acción que consistía en una mera transformación del mundo exterior producida por un movimiento corporal (causalismo naturalista) daba cuenta de una acción carente de voluntad. El contenido de la voluntad de la conducta se ubicaba en el estrato de la culpabilidad.

El neokantismo afirma que la acción era voluntaria, pero se trataba de una voluntad sin contenido exteriorizada en forma de puesta en marcha de la causalidad. El contenido de la voluntad seguía ubicado en la culpabilidad.

Pese a dicho aporte, el esquema causalista evidenció sus falencias porque:

1. Por un lado, se advirtió que el concepto de culpabilidad era insuficiente dado que había casos en que había culpabilidad pero no existía la aludida relación psicológica (culpa consciente), mientras que en otros existía dicha relación psicológica pero no había culpabilidad (actuar del inimputable). Esto motivó a que FRANK introduzca el *concepto normativo de la culpabilidad*, elaborado sobre la base de un *juicio de reproche*, pero conteniendo también en ella el dolo y la culpa.
2. Por otro lado, se relevó en el tipo la presencia de elementos subjetivos (animo de apropiación) dejando de ser considerado el tipo como algo totalmente objetivo.

Quedó así superado el esquema según el cual el injusto era objetivo y la culpabilidad subjetiva, aunque siguió manteniéndose la sistemática causalista. La acción pese a ser voluntaria, seguía agotándose en la mera causalidad; la tipicidad continuó consistiendo en la prohibición de causación del resultado, aunque eventualmente también tomaba en cuenta elementos subjetivos; la antijuricidad igualmente fue entendida como la contradicción entre la causación del resultado y el orden jurídico; y la culpabilidad fue entendida como reprochabilidad, pero conteniendo también el dolo y a la culpa.

## EL FINALISMO

Sostiene que la acción no es un mero proceso causal, sino un proceso dotado de sentido, el que proviene de la dirección que le imprime el sujeto, o sea *la finalidad*. Así, la acción es un hacer voluntario y final. Consecuentemente la tipicidad no se agota en la causalidad, sino que recoge ese sentido que conlleva la actividad humana y que se exterioriza a través del dolo o la culpa. El planteamiento finalista despoja a la culpabilidad de elementos psicológicos (pues alojó al dolo y a la culpa en el tipo), concluye que la misma consiste en el juicio de reproche que se hace al autor por no haber adecuado su conducta a la norma pudiendo hacerlo.

Como se ve, la estructura ontológica de la culpabilidad surge de la idea del ser humano como persona responsable, o sea capaz de obligarse, de actuar conforme a las normas jurídicas.

Welzel sobre la base o presupuesto de que existen determinados datos de la realidad (estructuras lógico-reales o lógico-objetivas) que el legislador no puede desconocer, construyó un concepto ontológico de acción, sobre el que asentó su teoría del delito. El finalismo considera a la finalidad una característica distintiva de la acción humana y a la subjetividad un elemento esencial del injusto (aparece así el concepto de injusto personal).

El tipo penal se divide en una faz objetiva y otra subjetiva, y el fin del autor es esencial para establecer la subsunción de la acción en el tipo.

Hay consecuentemente un tipo doloso y otro culposo, y el conocimiento (potencial) de la antijuricidad del hecho es un problema de la culpabilidad. Este es el juicio de reproche por la comisión del injusto.

## EL FUNCIONALISMO

A partir de los años 70 comenzaron los ensayos de *una construcción sistemática funcional*, según la cual los conceptos jurídicos penales no pueden prescindir de sus fines penales (políticos criminales) ni tampoco están dispuestos por la naturaleza ni por datos ónticos, sino que se construyen exclusivamente en función de los objetivos penales prefijados.

*Roxin* denomina a su sistema *funcional o racional conforme a objetivos*. Sostiene que la política criminal debe impregnar todas las categorías del delito. Los fines del Derecho Penal son los de la política criminal y cada una de las categorías del delito cumple funciones político-criminales.

Primeramente *Roxin* normativiza la concepción de acción aduciendo que no puede ser solamente un concepto ontológico, pues depende de valoraciones que le dan sentido. Va más allá de un proceso causal y su sentido es determinado social y jurídicamente. Es la manifestación de la personalidad, entendiéndolo por ella, todo lo que se puede atribuir a un ser humano como centro anímico espiritual.

Luego revisa todo el sistema del delito, puntualizando el carácter dinámico que adquieren cada uno de sus elementos a la luz de los criterios político-criminales. Para la tipicidad, el criterio básico es el de la determinación legal; para la antijuricidad, es el de la solución social a los conflictos (a través de las causas de justificación); y para la culpabilidad, es el de los fines de la pena.

En función de este criterio, el tipo consiste en la plasmación del principio de legalidad; con la noción de antijuricidad queda garantizada la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico; y en cuanto a la culpabilidad, se amplía hasta ser una categoría de responsabilidad, en la que si bien la culpabilidad es condición de cualquier pena, no basta para su imposición, pues debe establecerse si el autor del injusto merece una pena. La culpabilidad es necesaria pero no suficiente para imponer la pena. Debe mediar para esto una necesidad preventiva (general y especial) de punición, en forma tal que los requerimientos de la culpabilidad y de la prevención se limiten recíprocamente, surgiendo de su efecto conjunto la responsabilidad personal del autor.

*Jackobs*: Su posición ha sido considerada como una versión radicalización extrema del funcionalismo sistémico.

Niega las estructuras lógico-objetivas de Welzel y dice que el contenido de la totalidad de los conceptos dogmáticos debe llenarse a partir de las funciones del Derecho Penal, que él las orienta hacia los fines de la pena, que residen en la prevención general positiva.

Así sostiene que la pena tiene como objeto restablecer el equilibrio normativo alterado por el delito, y que su función es tender a sustentar la confianza de la sociedad en el cumplimiento de las normas → procura reafirmar la vigencia de la norma. El fin esencial del derecho penal no es la protección de los bienes jurídicos, sino la protección de la norma. El delito significa una falta de

fidelidad hacia el derecho, que viene a ser reparado por la pena. Para Jackobs la acción es un concepto jurídico que consiste en el reconocimiento de la vigencia de la norma.

Concluimos señalando que el tramo mas radical de la posición de Jackobs es una especie de “muerte de la culpabilidad” → la culpabilidad no es más el reproche por no haberse motivado en la norma, culpabilidad es haberse comportado de un modo que no se puede tolerar si quiere mantener la vigencia de la norma.

## UNIDAD 7

### LA ACCIÓN COMO CARÁCTER GENERICO DEL DELITO

#### EL CONCEPTO DE ACCIÓN: ¿ONTOLOGICO O NORMATIVO?

Conviene aclarar si el concepto de acción se trata de un dato que nos viene de la realidad o, por el contrario, es algo elaborado por el discurso jurídico penal, o sea, ¿es un concepto ontológico o normativo?

Según L-C, debe entenderse por “acción” exteriorización de la voluntad de un ser humano, quedando excluidos del derecho penal los comportamientos que no son humanos, así como los actos de las personas jurídicas, los actos de la naturaleza, de animales y todo aquello que se mantiene en el ámbito interno del ser humano.

#### EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN SUS ORIGENES

- **EL PRIMER CAUSALISMO:** (von LISZT- von BELING) La acción es entendida como un simple hecho de la naturaleza, un movimiento corporal que producía una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos (causa-efecto). La acción se constataba sin analizar la intencionalidad del sujeto. Esta concepción fue duramente criticada por su carácter excesivamente naturalista-mecanicista al no resolver satisfactoriamente la omisión, la que se definía como una simple “distención” muscular.
- **LA VARIANTE NEOKANTIANA O CAUSALISMO VALORATIVO (MEZGER):** Todo lo que es y puede ser punible según el derecho positivo cae bajo el concepto de acción. Entonces, la valoración no se refiere al contenido de la voluntad (aspecto que se analizará en la culpabilidad) sino a la desaprobación jurídica, lo que trae como consecuencia que se conceptúa como acción a la causación voluntaria –sin contenido– adecuada a un tipo legal (punible).
- **EL FINALISMO:** Según Welzel, el legislador esta vinculado por realidades ónticas preexistentes que no puede ignorar en su regulación. La primera de ellas es la acción humana concebida como ejercicio de actividad final, no simplemente causal. La finalidad de la acción consiste en que el hombre, al proponerse un objetivo pone en marcha un proceso causal dirigido por la voluntad. Si para el causalismo lo fundamental es la causación de resultados en donde la voluntad que los provoca no tiene importancia, el finalismo sostiene que la voluntad es la espina dorsal de la acción. La voluntad es el factor de dirección que configura el suceder, esto es un dato del ser, de la realidad que no puede ser modificado ni ignorado por el Legislador. En consecuencia, según el finalismo, no hay (no puede haber) un concepto jurídico penal de acción humana.
- **EL CONCEPTO SOCIAL DE ACCIÓN:** Jescheck afirmaba que la acción es el “comportamiento humano socialmente relevante”. → Noción marcadamente normativa porque para establecer la “relevancia social” de la conducta habrá que remitirse a las normas y usos sociales en un determinado contexto social, histórico y cultural.
- **EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LAS CORRIENTES FUNCIONALISTAS:** ROXIN elaboró un concepto de acción al que denominó “concepto personal de acción” y lo definió como “lo que se produce por un hombre como centro de acción anímico-espiritual, o sea como exteriorización de la personalidad.

La vertiente extrema del funcionalismo esta representada por JAKOBS, quien sobre la base de una total normativización del derecho penal, entiende que la acción es un concepto relativo; es decir no acción en sí, sino sólo acciones determinadas en cada caso mediante efectos externos evitables del sujeto. Jakobs: acción como “causación individualmente evitable del resultado”.

- ZAFFARONI: En un principio Zaffaroni defiende el concepto welzeliano de acción “óntico-ontológico”. Luego cambia de postura y admite que la acción es un concepto jurídico. “No hay pues un concepto óntico de acción, pero hay límites ónticos a la construcción jurídica del concepto de acción”.

#### AUSENCIA DE ACCIÓN

Hay 3 supuestos en los que no hay acción: fuerza física irresistible (vis absoluta), los movimientos reflejos y el estado de inconsciencia.

##### 1. FUERZA FISICA IRRESISTIBLE

El art. 34 inc. 2º la consagra expresamente al declarar que no será punible “el que obrare violentado por una fuerza física irresistible”. La fuerza f. i. es una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos (condición mecánica). Puede provenir de fenómenos de la naturaleza, acometidas de animales o comportamientos de otra persona que termina lesionando un bien jurídico.

##### 2. EL ESTADO DE INCONSCIENCIA

Según Zaffaroni debe entenderse por consciencia el resultado de las facultades mentales. Cuando las facultades están alteradas, la consciencia –aunque perturbada – existe, pero cuando lo que se encuentra afectado es el resultado de todas las facultades del siquismo estamos ante un caso de inconsciencia, previsto en el art. 34 in. 1º CP. (EJ. DESMAYO, durante el sueño, sonambulismo).

##### 3. INVOLUNTARIEDAD POR IMPOSIBILIDAD DE DIRIGIR VOLUNTARIAMENTE LOS MOVIMIENTOS:

Son los casos en que pese a darse una situación de consciencia del sujeto, no hay acción por faltar completamente el control de la voluntad sobre los movimientos corporales, y que nuestro CP recepta en el art. 34 inc. 1º cuando dice “el que no haya podido... dirigir sus acciones”. Ejemplo: los movimientos reflejos, reacciones de dolor antes pinchazos, tics nerviosos, etc.

#### IMPORTANCIA Y CONSECUENCIA DE LA AUSENCIA DE ACCIÓN

Cuando se da un caso de exclusión de la acción no solo se excluye la punibilidad sino que además:

- No es admisible la legítima defensa.
- No cabe considerar instigador, sino autor a quien se vale de un involuntario para lesionar un bien jurídico.

#### LA CUESTION EN LOS CASOS DE ACTOS IMPULSIVOS O EN “CORTO CIRCUITO”

Hay una serie de actos situados en la zona fronteriza de difusos límites entre el movimiento reflejo (en donde no hay acción) y la acción propiamente dicha. Son los llamados actos instintivos, automatizados o “en corto circuito” → ej. alargar los brazos en una caída, llevarse la mano a los ojos ante la molestia de un insecto, etc. → ¿Acción o supuestos de involuntariedad? Si en los actos impulsivos interviene –bien que mínimamente – la personalidad, son actos motivados, y por ende deben ser considerados acciones.

#### CAPACIDAD DE ACCIÓN Y LA CUESTION DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

Con asiento en el postulado romanista “societas delinquere non potest” la incapacidad de delito de las personas jurídicas está basada sobre 3 aspectos: la *incapacidad de acción* (por la inexistencia de la realidad natural, biológica y psicológica); la *incapacidad de culpabilidad* (por no poder comprender la criminalidad del acto); y la *incapacidad de pena* (al fallar los objetivos que persigue).

La idea en que se asientan quienes niegan que la persona moral sea capaz de acción reside en que la característica fundamental de la acción es su voluntariedad, aspecto privativo de la persona física, en tanto que el accionar de las personas jurídicas no es propio, sino consecuencia de las acciones de sus miembros.

Por su lado, partiendo de la idea de que la persona jurídica y la persona física son destinatarios de imputación normativa de derechos y deberes, nada impide suponer en la persona jurídica su capacidad para acordar y realizar comportamientos criminales.

Ante la necesidad de estructurar una estrategia punitiva a la criminalidad empresarial y el fracaso de que ella provenga a partir del esquema de la teoría del delito convencional concebida sobre la base de la conducta humana, Baigún desarrolla una propuesta alternativa, cuyo punto central es la instrumentación de un modelo que tenga en cuenta la peculiaridad del accionar de las personas jurídicas, al que denomina “acción institucional”.

Baigún es partidario de un sistema en el cual, por un lado, se mantenga la responsabilidad persona de los sujetos actuantes, y por el otro, determinar la responsabilidad de la persona jurídica, con las modalidades exigidas por la naturaleza de su accionar.

#### EL RESULTADO

Aún cuando para algunos autores, el resultado integra el concepto de acción, la doctrina dominante considera que si bien es una circunstancia física que se tiene eventualmente en cuenta para individualizar conductas queda fuera de ella y por ende, el nexo causal (relación de causalidad), también. Zaffaroni: La relación causal y el resultado son fenómenos físicos que van imperiosa e ineludiblemente unidos a la conducta, pero que de ninguna manera la integran, sino que constituyen elementos contingentes del tipo penal, ya que puede darse el caso en que se penalicen delitos de pura actividad (en los que no importa el resultado) ej: injuria.

## UNIDAD 8 EL TIPO PENAL

### CONCEPTO Y FUNCION DEL TIPO. TIPICIDAD Y JUICIO DE TIPICIDAD (Sierra)

El tipo penal es la descripción de la conducta prohibida por una norma. “Matar a otro” (art. 79) es la descripción de la acción que infringe la norma que prescribe “no matarás”. El tipo penal es el conjunto de elementos que caracterizan a un comportamiento como contrario a la norma.

La tipicidad es la característica que tiene una conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal, es decir individualizada como prohibida por un tipo penal → “la adecuación de la conducta a un tipo” (Zaffaroni).

Los delitos son actos típicos y la tipicidad es la consecuencia máxima del principio de legalidad.

El juicio de tipicidad es la tarea que realiza el juez para establecer si una conducta concreta se adecua al tipo. La subsunción es el resultado del juicio de tipicidad.

El tipo sirve para la individualización de las conductas humanas penalmente prohibidas. Otras funciones:

- Función de garantía (sólo los comportamientos subsumibles en el tipo pueden ser sancionados penalmente).
- Función motivadora, procura que los ciudadanos se abstengan de realizar dichas conductas.

### ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS (LC)

Existen 2 clases de elementos en la construcción del tipo penal:

1. Elementos descriptivos: son aquellos que provienen del lenguaje cotidiano, guardan correlato con aspectos del mundo real perceptibles por los sentidos. (ej.: daño a la salud, envenenar).
2. Elementos normativos: son los que implican una valoración o un concepto propiamente jurídico. (Ej. Persona jurídica, funcionario público).

### ESTRUCTURA COMPLEJA DEL TIPO PENAL: TIPO OBJETIVO Y TIPO SUBJETIVO

El concepto de tipo complejo apareció con Welzel quien encuentra en el tipo no solo al aspecto objetivo (constituido predominantemente por los elementos descriptivos del tipo) sino también al aspecto subjetivo integrado por el dolo y la culpa.

### DISTINTAS CLASES DE TIPOS:

1. **DOLOSOS Y CULPOSOS:** Son dolosos aquellos en los que las conductas responden a un curso causal dominado por el agente. Ej.: el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble propia del hurto.  
Los tipos culposos comprenden aquellas conductas que derivan en la producción de un resultado dañoso por haber sido realizadas por falta de cuidado. Ej. Daño por una mala maniobra en la conducción del automóvil (art. 94).
2. **ACTIVOS Y OMISIVOS:** Al momento de consagrar prohibiciones, el legislador puede formular el tipo enunciando la conducta prohibida, o bien puede indicar la conducta debida. Ej: el art. 89 prohíbe causar daño a otro en el cuerpo o en la salud (tipo activo).  
En cambio, en el art. 108 se sanciona la omisión de prestar el auxilio necesario a la persona menor de 10 años perdida o desaparecida, o la persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera (tipo omisivo).

Los tipos dolosos y culposos se interrelacionan con las formas activas y omisivas, pudiendo combinarse.

- Doloso activo: homicidio.
- Doloso omisivo: abandono de persona (art. 108 CP)
- Culposo activo: Ej. art. 203 en función del art. 200:  
*Art. 203. [Cuando alguno de los hechos previstos en los tres artículos anteriores fuere cometido por imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, se impondrá multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos, si no resultare enfermedad o muerte de alguna persona y prisión de seis meses a cinco años si resultare enfermedad o muerte.]*  
*Art. 200. Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.*
- Culposo omisivo: Ej. art. 204 bis en función del art. 204:  
*Art. 204. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que estando autorizado para la venta de sustancias medicinales, las suministrare en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica, o diversa de la declarada o convenida, o sin la presentación y archivo de la receta de aquellos productos que según las reglamentaciones vigentes no pueden ser comercializados sin ese requisito.*  
*Art. 204 bis. Cuando el delito previsto en el artículo anterior se cometiere por negligencia, la pena será de multa de mil a quince mil pesos.*

3. ABIERTOS Y CERRADOS: Esta clasificación guarda relación con el grado de individualización de la conducta prohibida. Son cerrados por cuanto individualizan totalmente la conducta prohibida. Ej. Matar a otro del art. 79 CP no requiere de ningún elemento adicional para que una conducta semejante quede comprendida en el tipo penal citado. En cambio, son abiertos cuando el tipo no individualiza completamente la conducta prohibida, por lo que para saber cual es ésta, el juez debe acudir a pautas o reglas generales que están fuera del tipo. Ej. La alusión a imprudencia, impericia, negligencia de las formas comisivas culposas, requiere de la determinación por parte del Juez y acudiendo a pautas referenciales acerca de si la conducta cuestionada importa “imprudencia, impericia, negligencia”.

#### RELACION DEL TIPO CON LA ANTIJURICIDAD

La antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica. Antijurídica es una acción típica que no está justificada.

1. Concepción avalorada del tipo: Sostiene que la tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad. El tipo solo abarca la exterioridad de la conducta, prescindiendo de todo lo interno o subjetivo (von Beling).
2. Teoría de la “*ratio cognoscendi*”: La tipicidad es un indicio de la antijuricidad. La tipicidad de un comportamiento no implica la antijuricidad del mismo, sino a lo sumo un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico. Del hecho de que Juan haya matado a Pedro no se desprende que el comportamiento de Juan sea antijurídico, porque puede ser en legítima defensa.
3. Teoría de la “*ratio essendi*”: Postula que la tipicidad es la esencia o razón de ser de la antijuricidad. Esta teoría reconoce 2 formas distintas:
  - a. La teoría de los elementos negativos del tipo: (Weber) El tipo se compone de elementos positivos (que deben efectivamente concurrir para que la conducta sea típica) y de elementos negativos (que no deben concurrir para que la conducta sea

- típica). Si estos elementos negativos (que son las causas de justificación) concurren queda eliminada la tipicidad (en lugar de hacerlo con la antijuricidad).
- b. La teoría del tipo del injusto: (Bockelman) La tipicidad implica también la antijuricidad, pero esta última puede excluirse por una causa de justificación en una etapa de análisis posterior. Teoría con falta de coherencia, porque no se puede afirmar en un estrato lo que en otro se niega.

#### LOS LÍMITES DEL TIPO PENAL. LA TIPICIDAD LEGAL Y LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

El concepto de tipicidad conglobante ha sido acuñado a partir de Zaffaroni. En una 1ª etapa Zaffaroni efectúa un análisis de la cuestión de la tipicidad penal a partir del concepto de antinormatividad.

Sostenía que no toda conducta que se ajusta a la descripción de un tipo penal resultará necesariamente antinormativa. Ello así, pues aun cuando exista tal formal adecuación típica, la conducta podría no hallarse prohibida por la norma o no verse comprometido el bien jurídico tutelado. Por ello, con posterioridad al juicio de tipicidad, corresponderá verificar si concurre la aludida antinormatividad.

Es así que la sola adecuación de la conducta al enunciado del tipo objetivo, no justifica el ejercicio del poder punitivo del Estado.

El análisis fue revisado, para considerar que el ámbito máximo dado por la antinormatividad, debía luego superar otra barrera fundamental: la comprobación de la conflictividad.

Existe conflictividad cuando hay lesión y sujeto imputado.

En este esquema la tipicidad conglobante cumple su función reductora verificando que exista un conflicto.

En definitiva, la tipicidad conglobante lleva al cotejo de la conducta en principio formalmente típica con el resto del ordenamiento jurídico, a fin de determinar que la misma no se encuentre permitida, pero también a constatar la aludida conflictividad que legitime el ejercicio del poder penal.

#### INSIGNIFICANCIA

A partir de la elaboración de Welzel –quien consideró atípicos aquellos supuestos en que la lesión al bien jurídico era insignificante- se forjó la moderna concepción del principio de insignificancia (Roxin).

En esencia, el citado principio tiene en cuenta la irrelevancia de la entidad dañosa del acto u omisión de que se trate, guardando relación con la exigencia de racionalidad y proporcionalidad que debe mediar en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

En tal sentido, gran parte de los tipos penales que admiten lesiones o en su caso peligro, susceptibles de ser graduados, admiten la insignificancia, deviniendo con ella en la atipicidad de la conducta.

## UNIDAD 9

### EL TIPO DOLOSO ACTIVO

INTRODUCCION: A partir del finalismo se impuso la concepción compleja del tipo pena en el que es posible distinguir una parte objetiva en la que se recogen aquellos elementos que no residen en la voluntad o intención del autor; y una parte subjetiva, que contiene los datos de la acción voluntaria. El tipo penal de los delitos dolosos contiene una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. En este caso se requiere una coincidencia entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor

#### ELEMENTOS INDISPENSABLES DEL TIPO OBJETIVO

1. EL SUJETO ACTIVO: Sujeto activo es el autor de la conducta típica. Por lo general, se alude a dicho sujeto con las expresiones “el que” o “quien”. En estos casos, sujeto activo puede ser cualquiera, dando lugar a lo que se denomina *delitos comunes*. Sin embargo, puede ocurrir que la ley requiera determinadas cualidades para ser sujeto activo de un delito → *delitos especiales*, que se dividen en delitos especiales *proprios* (que son aquellos en que el círculo de autores está restringido a lo indicado en el texto legal –ej. Juez, medico, funcionario publico-) y en delitos especiales *impropios* (aquellos que pueden ser cometidos por cualquiera, pero si son cometidos por una persona que reúne determinada cualidad se castigan más severamente).
2. LA ACCIÓN: Entendida en sentido amplio (acción u omisión), constituye el núcleo del tipo y es descrita generalmente por un verbo (matarse, causare, destruyere). Cuando el tipo exige para su configuración la producción de un resultado (lesión o puesta en peligro del bien jurídico) estamos frente a los delitos de resultado (homicidio que requiere la muerte de una persona a manos de otro), en tanto que cuando el tipo se satisface con la sola acción, estamos ante los delitos de mera actividad (injuria).
3. EL BIEN JURIDICO: Son aquellos intereses o valores que se estiman trascendentes en un grupo social. Titular del bien jurídico, es sujeto pasivo.

#### OTROS ELEMENTOS QUE PUEDEN INTEGRAR EL TIPO OBJETIVO

1. ELEMENTOS NORMATIVOS: A veces el legislador utiliza términos que exigen una valoración jurídica o cultural que precise su alcance: son los llamados elementos normativos del tipo. Por ej. cuando el art. 162 hace referencia al apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, debemos acudir al CC para determinar su alcance. También puede darse el caso de una valoración empírico-cultural, para determinar qué se entiende por “obsenidad” (art. 129). La valoración que se haga debe ajustarse a la del término medio de la sociedad, o sea no se exigen precisiones técnicas.
2. LAS REFERENCIAS: También pertenecen al tipo objetivo las referencias que se hacen en el tipo respecto de distintas circunstancias, como los medios (instrumentos) utilizados por el autor para la comisión del delito (usar veneno para un homicidio), al lugar en que se comete la acción (la penalidad del robo se agrava cuando se comete en despoblado), al tiempo o momento en que se realiza la acción (hechos cometidos en ocasión de un espectáculo deportivo).

PARTE SUBJETIVA DEL TIPO (TIPO SUBJETIVO): Comprende el contenido de la voluntad que rige la acción, que según su intensidad puede ser dolosa o culposa. Nos ocupamos ahora del aspecto subjetivo del tipo doloso.

A la parte subjetiva de los delitos dolosos corresponde todo aquello que pertenece a la dirección de la voluntad del autor y a su conocimiento de los elementos objetivos del tipo. En su virtud, *la parte subjetiva se compone en todo caso del dolo y, en ocasiones, de los elementos subjetivos distintos del dolo.*

#### EL DOLO

La doctrina considera que el dolo es el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo.

#### ELEMENTOS

- Cognoscitivo: El sujeto de la acción debe conocer los elementos que caracterizan su conducta como acción típica, o sea, debe conocer el tipo objetivo (ej. En el homicidio debe saber que mata a otra persona).
- Volitivo: Consiste en la voluntad de realizar el tipo objetivo.

CLASES DE DOLO: Hay 3 formas diferentes de dolo:

1. Dolo directo: Actúa con dolo directo quien dirige su voluntad a la realización de un resultado que considera consecuencia principal de su accionar. Ej. quien quiere matar y para ello hace ingerir a la víctima veneno habrá actuado con el dolo de homicidio agravado por el medio.
2. Dolo indirecto (o de consecuencias necesarias): Es una variante del anterior. El autor dirige su accionar hacia un objetivo pero sabiendo que necesariamente se producirán otras consecuencias que acepta o le resultan indiferentes. (Ej. un terrorista quiere matar al diplomático poniendo una bomba en la embajada donde trabaja junto con varias personas que seguramente morirán con la bomba –consecuencias necesarias de la acción querida-).
3. Dolo eventual: Su característica es que el autor dirige su acción con finalidad lícita, pero asumiendo como posible la realización de un evento típico. Es decir: la posibilidad cierta de producción del resultado típico –si bien no querido– no detiene su acción. Ejemplo: el sujeto que se sabe portador de HIV decide mantener relaciones sexuales sin protección. En la práctica es muy difícil de diferenciarlo de la culpa consciente: cuando el autor actúa con indiferencia hacia la probable producción del resultado, habrá dolo eventual; si por el contrario, confía o cree seriamente en que éste no se producirá, estaremos ante un caso de culpa consciente.

#### ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO

En algunos casos se requiere un plus de agotamiento del tipo que se conoce como los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo y que consisten en requerimientos que exceden el dolo.

Estos requerimientos pueden ser de dos clases: unos son *ultraintenciones* en que el fin perseguido está más allá de la mera realización del tipo objetivo. Es el caso del delito de raptó cuya consumación exige que además de actuar con dolo, el autor lo haya hecho *con la intención* de menoscabar la integridad sexual.

En otros casos, se alude a una especial *disposición interna* en el autor del hecho, como por ejemplo las reglas que califican el homicidio cuando es cometido con alevosía, que requiere que la muerte sea cometida *aprovechando* la indefensión de la víctima.

EL ERROR DE TIPO: A partir de Welzel se fue dejando de lado la distinción entre error de hecho y de derecho para el tratamiento de la cuestión del error, estableciéndose una nueva clasificación – no equivalente- entre *error de tipo* y *error de prohibición*.

En el error de tipo el autor no sabe lo que hace; en el error de prohibición sabe lo que hace pero desconoce que su comportamiento está prohibido por el derecho. Si el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, cuando falta ese conocimiento por error o ignorancia, estaremos ante un error de tipo, y el efecto que producirá será la eliminación del dolo. Y como el dolo se aloja en la faz subjetiva del tipo, su consecuencia será la atipicidad de la conducta si en el error es invencible.

En el caso de que el error sea vencible es posible castigar por delito culposo siempre que tal modalidad esté prevista legalmente.

El error se considerará inevitable o invencible cuando el sujeto por más cuidado que adopte nunca podría haberlo advertido.

#### PROBLEMAS DE DISPARIDAD ENTRE EL PLAN DEL AUTOR Y EL RESULTADO

Puede ocurrir que las etapas de un plan criminal y el resultado no se ajuste a lo planeado, dando lugar a situaciones problemáticas cuya apreciación no es pacífica en la doctrina.

- a) Error en el golpe ("*aberratio ictus*"): Se trata de casos en los que existe una desviación del curso causal, en los que el autor dirige su actividad contra un objeto determinado, pero como consecuencia de una ejecución deficiente, la acción recae sobre otro objeto de la misma especie.

Para algunos autores si la posibilidad de desviación del curso del acontecer estaban en el marco de la causalidad adecuada y el resultado provocado es típicamente equivalente al querido (se quiere matar a un hombre y se mata a un hombre), estamos ante un homicidio consumado.

Otros autores se inclinan a resolverlo como tentativa de homicidio (de B) en concurso ideal con homicidio culposo (de C).

- b) Error en el objeto de la acción ("*error in persona vel in objecto*"): Es el error que resulta del desconocimiento o falso conocimiento del objeto sobre el que recae la acción. Ejemplo: el que dispara contra una persona creyendo que es un animal, si tal error es inevitable, eliminará el dolo. Distinto es el supuesto cuando los objetos son equivalentes y el error recae, por ej. en la identidad de la persona. Ejemplo: A quiere matar a B y mata a C a quien confunde con B. En este caso el sujeto elabora su plan y lo pone en marcha con referencia a un objeto. Su equivocación no es relevante porque no recae sobre un elemento del tipo objetivo y por ende el dolo no se excluye.
  
- c) "*Dolus generalis*": Se trata de los supuestos en que el resultado se atrasa o adelanta respecto de los planeado por el agente. Así, en el caso de quien golpea a la víctima para atontarla y luego arrojarla a agua para que muera ahogada y en realidad muere al golpear contra la base del pilar del puente, el resultado anticipado es consecuencia de un desvío del curso causal irrelevante para excluir el dolo (el agente quiso matar y mató).

CAUSALIDAD E IMPUTACION: En los delitos de resultado, la consumación requiere no sólo que se produzca de cualquier manera y por cualquier causa el resultado descrito en el tipo, sino además que haya una determinada relación o nexo de unión entre la acción del sujeto y el resultado. Ahora bien, si la constatación de que una determinada conducta se encuentra en una relación de causalidad respecto al resultado, habrá que plantearse si al autor se le puede imputar objetivamente ese resultado.

Para saber si hay o no relación causal se han formulado diversas teorías.

- a) Teoría de la equivalencia de las condiciones ("*conditio sine quanon*"): Según esta teoría, toda condición de resultado por secundaria, indirecta o alejada que sea, es causa del mismo y por lo tanto, a los efectos causales todas las condiciones tienen el mismo valor, es decir, son equivalentes. Según ella, para determinar el vínculo entre un comportamiento humano y un resultado se utiliza ésta fórmula: si se suprime mentalmente la acción y el resultado no se produce, es porque existe un nexo de causalidad entre la conducta y la modificación del mundo exterior. En consecuencia, no habrá relación de causalidad cuando eliminado mentalmente el comportamiento el resultado de todas maneras se hubiera producido. CRITICA: Todas las condiciones cumplidas en el proceso causal sin distinción de rango o inmediatez produce una ampliación absurda de la responsabilidad por el "regreso al infinito". Ej. no solo habrá causado la muerte el asesino, sino también sus procreadores, quien le vendió el arma, etc.
  
- b) Teoría de la causalidad adecuada: Según esta teoría, únicamente se tiene como causante aquella conducta que de acuerdo con la experiencia de la vida, ostenta una tendencia hacia el logro del resultado típico; se trata de conductas que aumentan la probabilidad del mismo; en consecuencia, las condiciones que solamente por azar han colaborado al logro del resultado, son consideradas jurídicamente irrelevantes. Así, al afirmar que causa no es cualquier

condición del resultado sino aquella adecuada a ese resultado, permite evitar el “regreso al infinito”. Para que una condición sea aceptada como efectivamente causal, debe *regularmente* acarrear el resultado acaecido.

- c) Teoría de la relevancia típica: Según esta teoría, es causa del resultado toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado (equivalencia de las condiciones), pero además se deberá verificar si tal condición es relevante en el juicio de tipicidad.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACION OBJETIVA: (Roxin) Según esta teoría un resultado sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él un riesgo jurídico-penalmente relevante no permitido creado por el autor. Ejemplo: el sobrino quiere heredar al tío y con la finalidad de que sea alcanzado por un rayo lo envía al bosque en medio de la tormenta no habrá acción homicida (imputación del resultado “muerte”) ya que el riesgo (tormenta) no ha sido creado por el autor y, por ende, su acción no merece la desvalorización penal.

LOS PRESUPUESTOS DE LA IMPUTACION OBJETIVA:

- a) Creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido: Un resultado es imputable si la acción del autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico. La relevancia penal del riesgo reside en la capacidad de conducir el proceso causal puesto en marcha. Ej: en el caso de quien envía a otra persona al bosque cuando se acerca la tempestad para que muera alcanzado por un rayo, el resultado que puede acontecer (la víctima es alcanzada efectivamente por un rayo) no puede ser imputado al agente, pues el riesgo creado no está jurídicamente desaprobado y la posibilidad de producción del resultado queda al margen de la acción del sujeto activo (puedo ocurrir o no el rayo).
- b) Realización del riesgo imputable en el resultado: El resultado debe ser consecuencia del riesgo jurídicamente desaprobado por el autor. Si es consecuencia de la realización de otro riesgo distinto, el resultado no puede serle imputado objetivamente al autor.

## UNIDAD 10

### EL TIPO ACTIVO IMPRUDENTE O CULPOSO

INTRODUCCION: Mientras los delitos dolosos se caracterizan por la finalidad de lesión al bien jurídico que guía al del autor, en la conducta culposa o imprudente se emprende, por falta de cuidado o diligencia debida, una conducta peligrosa hacia el bien tutelado sin la concurrencia del ánimo lesivo.

RELEVANCIA PENAL DE LA CULPA O IMPRUDENCIA. SU DIFERENCIA CON EL DOLO: El fundamento de la incriminación de los delitos culposos está dado por el desvalor de la conducta que implica la inobservancia del cuidado objetivamente debido y por el desvalor del resultado típico (lesión o puesta en peligro) del bien jurídico.

Entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado en los delitos culposos tiene que darse una relación interna: el resultado tiene que haberse producido como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido y tiene que ser, además, uno de los que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

El delito doloso y el imprudente responden a estructuras típicas diferentes: para la configuración del tipo doloso debe existir coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el resultado prohibido; en cambio, en el delito culposos no hay coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y la dirección final prohibida (o resultado prohibido); por lo que la doctrina entiende que en el ilícito culposos o imprudente carece de sentido la distinción entre tipo objetivo y subjetivo.

#### **ESTRUCTURA DEL TIPO CULPOSO:**

##### **ASPECTO OBJETIVO:**

- En la faz objetiva del tipo culposos se encuentra un componente normativo de importancia suprema para su configuración: la inobservancia del deber de cuidado. La determinación del deber de cuidado no resulta dificultosa cuando la actividad está reglada (conducción de automóviles, ejercicio de la medicina, etc.), pero puede complicarse cuando falta tal reglamentación. En tal caso, el intérprete habrá de remitirse a las pautas sociales de conducta, que no deben confundirse con las fórmulas civilistas del “hombre normal” o “buen padre de familia”, que por ser imprecisas o vagas resultas inaplicables en el derecho penal

Criterios delimitadores del deber objetivo de cuidado: ¿la inobservancia del deber de cuidado es de naturaleza objetiva o subjetiva?

- a) Postura objetiva: El intérprete se limitará a examinar si la conducta lesiona un imperativo de cuidado, recurriendo al baremo del “hombre medio ideal”. Por hombre medio se entiende aquél hombre consciente y cuidadoso, diligente y razonable. → el concepto de cuidado es objetivo y normativo. → Vulnerará el deber de cuidado quien no adecua su conducta a la diligencia que en esa situación particular era de esperar de un hombre diligente y cuidadoso, el hombre que se comporta del modo ideal o esperado.
  - b) Postura subjetiva: Plantea la consideración de la capacidad individual, nivel de conocimiento, previsibilidad y experiencia del sujeto al tiempo de delimitar el cuidado que le era exigible al autor.
- Causación del resultado: Influencia de la teoría de la imputación objetiva (creación de un riesgo no permitido y realización del riesgo imputable en el resultado: El desvalor de la acción (consistente en la violación del deber de cuidado) resulta insuficiente para que se establezca la tipicidad objetiva culpable cuando no se ha producido el resultado prohibido. Ahora bien, no basta que la acción sea violatoria del deber de cuidado y que se produzca el resultado para que dicho resultado sea imputable al agente.

Desde el plano de la teoría de la imputación objetiva se ha dicho que para que el resultado típico producido sea atribuido al autor de la infracción de la norma de cuidado, el resultado tiene que ser objetivamente imputable a su acción, y el resultado será imputable si se encuentra en relación de la causalidad con la acción, y la acción contraria a la norma de cuidado ha creado o incrementado el riesgo de realización del mismo y ese riesgo es de los que la norma de cuidado infringida quería evitar.

Zaffaroni también coincide en que no basta que la conducta sea violatoria del deber de cuidado, y cause el resultado para que se tipifique objetivamente el delito culpable. Por ello sostiene que debe mediar una relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la causación del resultado, o sea, la violación del deber de cuidado debe ser determinante del resultado. Para establecer la relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y la producción del resultado debe acudirse a una hipótesis mental: debe imaginarse la conducta cuidadosa en el caso concreto, y si entonces el resultado no hubiera acaecido, habría una relación de determinación; por el contrario, si aun en el caso de que la conducta hubiera sido cuidadosa y el resultado se hubiera producido, no existiría relación de determinación. El límite del delito imprudente es el riesgo permitido.

#### **ASPECTO SUBJETIVO:**

El núcleo del tipo subjetivo del delito imprudente lo constituye la previsibilidad y cognoscibilidad individual del agente respecto del riesgo creado, o sea, un “deber subjetivo de cuidado” que determina cuándo el agente debió prever y conocer el riesgo efectivo creado.

**LA PREVISIBILIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA DIFERENCIA ENTRE CULPA CONSCIENTE Y CULPA INCONSCIENTE:** La previsibilidad individual permite distinguir entre culpa consciente y culpa inconsciente. En la primera el autor advierte la posibilidad de causar el resultado lesivo, pero confía en que éste no se producirá. En la culpa inconsciente, el agente ni siquiera percibe la posibilidad de producción del resultado, pero podía haberlo evitado si se hubiese comportado diligentemente.

**EL DELITO CULPOSO EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO. CARACTERES TÍPICOS:** Una de las particularidades de esta modalidad típica es la forma en que se individualiza: lo prohibido no será la acción (como en el doloso) sino que en el desarrollo de la acción y por inobservancia del deber de cuidado se ha producido el resultado lesivo. Es por ello que se dice que los tipos culposos son abiertos: resultaría imposible la previsión legal de todas las conductas que violen el deber objetivo de cuidado y cause un resultado lesivo al bien jurídico.

En nuestro derecho positivo no se define la culpa. Su concepto se extrae de los términos en que están redactados los art. 84 y 94 del CP:

- **Imprudencia:** El imprudente realiza acciones que no ha meditado previamente, obrando de manera precipitada (un exceso en el actuar).
- **Negligencia:** Aparece como una actitud omisiva (una falta en el actuar)
- **Impericia:** Es la actuación inexperta o inidónea en una tarea que requiere una especial destreza.
- **La inobservancia de los reglamentos:** Se refiere a la falta de ajuste de una conducta a determinada reglamentación creada en relación a actividades riesgosas.

**CASOS DE COMPLEJIDAD TÍPICA: LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES:** Puede ocurrir que el autor quiera realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta, por ej. quiere darle solo una golpiza y termina matando. Acá se da lo que se conoce como delito preterintencional, que son los casos de complejidad típica en el que confluyen dolo y culpa.

El CP no define la preterintención.

Ej: Art. 81 inc b: *“al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte”*.

Otros supuestos son: aborto seguido de muerte, abandono seguido de muerte, envenenamiento de aguas, expendio de sustancias medicinales de las que deriva la muerte, descarrilamientos o naufragios seguido de muerte, etc.

El resultado será imputable al autor al menos dentro del marco de la tipicidad culposa de su conducta.

## UNIDAD 11

### LOS TIPOS OMISIVOS

INTRODUCCION: El problema principal de la doctrina para lograr una fórmula satisfactoria de imputación radica en la relación de causalidad: mientras en los delitos activos se despliega una energía que *causa* un resultado, en la omisión el sujeto *no hace lo que debe* para interrumpir un curso causal que no ha generado. En consecuencia, para que la omisión sea imputable se requiere que el agente haya estado en condiciones de revertir un proceso causal ya iniciado.

HACER Y NO HACER COMO FORMAS DE CONDUCTA HUMANA: Si la conducta penalmente relevante para el derecho penal es aquella que consiste en un modo de obrar, de manifestarse en el exterior, puede asumir la forma de actividad como de pasividad, que en la mayoría de los casos de omisión no hay inmovilidad o pasividad total, sino solo un *no hacer algo concreto* que precisamente sucede porque se hace otra cosa distinta.

La doctrina se divide en dos posturas a la hora de definir la “omisión”: .la ontológica y la axiológica.

Dentro de la postura ontológica se agrupan aquellas teorías que consideran que la omisión (y la acción) son propiedades del ser, de la realidad en sí, y que tienen un juicio de valor previo al injusto.

La postura axiológica reúne teorías que fundamentan el concepto de omisión desde la perspectiva del deber ser y consideran que el juicio de valor recae en la norma jurídica. Entre los posibles comportamientos pasivos, el legislador a través de la norma jurídica selecciona sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo.

VISION ONTOLOGICA DE LA OMISIÓN: Para Welzel, la omisión no es en sí misma una acción, sino que por estar referida necesariamente a una acción consistirá en la omisión de una acción determinada. En consecuencia, el sujeto autor de la omisión debe estar en condiciones de poder realizar una acción: si no existe esa posibilidad de acción, no puede hablarse de omisión. Ej: el padre paralítico que ve como se ahoga su hijo no incurriría en omisión por cuanto carece de poder de hecho posible.

Critica: Adolece de falta de precisión ya que no es posible buscar un criterio que permita seleccionar entre las innumerables posibles acciones finales no realizadas por el sujeto, aquellas que guardan relación con la acción esperada.

VISION NORMATIVA DE LA OMISIÓN: (doctrina mayoritaria. Roxin). En la necesidad de establecer un criterio que permita seleccionar de entre todos los comportamientos pasivos aquellos que *interesen* al derecho penal, la doctrina mayoritaria se orienta hacia un concepto jurídico-penal de la omisión, y por ello serán relevantes penalmente aquellas omisiones consistentes en la no realización de una determinada prestación o en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el legislador.

Así, la omisión penalmente relevante consistirá en la conducta esperada que no es otra que la conducta debida según lo exija el precepto correspondiente previsto en un tipo penal establecido por el legislador. Si el CP dice que debemos prestar auxilio al herido o inválido o amenazado de un peligro cualquiera (art. 108) y no lo hacemos, estaremos incurso en omisión penalmente relevante. Para esta postura el concepto de omisión típica significa: *comportamiento consistente en un no hacer, normativamente desvalorado*.

## LOS TIPOS OMISIVOS. CLASES.

**DELITOS DE OMISIÓN PROPIOS (O DE OMISIÓN PURA):** En estos se castiga la simple infracción de un deber de actuar, equivaliendo a los delitos de pura actividad. Paradigma de esta índole de delitos es la omisión de auxilio (art. 108 CP).

1. Tipicidad objetiva: los elementos que componen el tipo objetivo son:
  - a. Situación típica: el deber de actuar surge, en el plano objetivo, de la presencia de una situación típica que es el presupuesto factico y que varía según el tipo específico. En el art. 108 consiste en encontrar perdido o desamparado a un menor de 10 años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera.
  - b. La no realización de la conducta mandada: la omisión de hacer lo que la ley manda a hacer es la conducta típica. En el caso del art. 108, cuando el agente “omitiera prestarle el auxilio necesario”.
  - c. Capacidad personal de realizar la acción: el agente debe haber podido realizar la acción omitida sin que ello implique un riesgo para si. → “cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal”.  
La conducta debida ha de ser físicamente posible, pues el derecho no ordena lo imposible. Tampoco manda realizar conductas heroicas si ello implica la asunción de riesgos personales; sin embargo, en este supuesto, debe dar aviso inmediatamente a la autoridad (art. 108 *in fine*).
2. Tipicidad subjetiva: En el plano subjetivo, la imputación a titulo de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de actuar en el caso, y el sustraerse conscientemente a la obligación de actuar.  
La culpa o imprudencia, generalmente no punible, puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica (ej. la creencia errónea en la gravedad de un accidente) o de las propias posibilidades de intervención como la falta de cuidado en la ejecución de la acción debida (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina)

## DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIOS (O DE COMISIÓN POR OMISIÓN):

La estructura del tipo objetivo es la misma que en los omisivos propios (situación típica, ausencia de la acción determinada y capacidad de realizarla); pero complementados con la presencia de particularidades: en la omisión impropia la situación típica generadora del deber de obrar no siempre aparece descripta expresamente por la ley. Además, para que el resultado pueda ser atribuido al agente debe encontrarse en *posición de garante* lo que implica una limitación del círculo de autoría, pues es de la esencia de la omisión impropia que no todo omitente sea autor; y *en posibilidad de evitación del resultado lesivo*.

Los delitos de comisión impropios pueden ser regulados por la ley (Ej: Art. 106: 1º Parte: “El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión.....”).

Sin embargo, como resultan innumerables los supuestos en que en determinadas situaciones a partir de la no realización de la conducta debida existe la posibilidad de que alguien que pudiendo hacerlo no evita la producción del resultado, se configuran aquellos delitos de omisión impropia no regulados legalmente de modo expreso y que han aparejado mas de una objeción de constitucionalidad → el homicidio previsto en el art. 79 CP puede cometerse por acción (cuando alguien mata a otro) o por omisión (impropia), como cuando aquel que se encuentra en posición de garante deja morir a otro pudiendo evitarlo → madre deja morir de hambre a su hijo.

FUENTES DE LA POSICION DE GARANTE: En los delitos de omisión impropia se exige que determinados sujetos tengan un deber específico de evitar que se produzca un resultado típico. Estos sujetos son denominados *garantes* y se dice que han cometido un delito si se abstienen de realizar la conducta que evitaría el resultado. La doctrina ha elaborado tres fuentes de la posición de garante:

a) La ley: Los deberes legales de proteger activamente un bien jurídico pueden suponer, en determinados casos, dependiendo de la relación entre el obligado y el bien jurídico o del obligado con la fuente de peligro, una posición de garantía.

Ejemplos:

1. Posición de garantía dependiendo de la relación entre el obligado y el bien jurídico: los deberes y obligaciones derivados de la patria potestad. De tal manera que existe una posición de garantía de los padres respecto de los hijos, de lo hijos respecto de los padres y de los cónyuges entre sí, que en principio compele a cada uno de ellos a impedir las lesiones o muerte de los otros familiares. También quedan comprendidas las posiciones de garantía que se derivan de la regulación legal de determinadas profesiones, como la del médico respecto a la vida de su paciente.
2. En cuanto al deber emergente de una relación del sujeto con una “fuente de peligro”, se pueden citar los casos del dueño de un animal peligroso.

b) El contrato: La aceptación contractual de un deber puede determinar también el surgimiento de una posición de garante. Ejemplo: guía de montaña, instructor de buceo, guardavidas de un natatorio.

c) La conducta precedente (injerencia): Hay situaciones en que el resultado típico se produce como consecuencia de una conducta no dolosa anterior del sujeto que obliga a evitar su agravación. Ejemplo: quien de modo imprudente embiste a un peatón con su vehículo. De este hecho (conducta precedente) se deriva la misma obligación de resguardo del bien jurídico afectado.

EL DELITO OMISIVO CULPOSO O IMPRUDENTE: Ya se dijo que la estructura del tipo objetivo omisivo consta de 3 elementos: a- Situación típica generadora del deber; b- ausencia de la acción ordenada y c- capacidad de realizar esa acción y que en los casos de omisión impropia los anteriores elementos básicos aparecen complementados por otros elementos particulares a

saber: a- la posición de garante que integra la situación típica; b- la producción del resultado que completa la no realización de la conducta debida; y c- la posibilidad de evitar el resultado, que integra la capacidad de acción.

Sentado lo anterior, hay 4 instancias en que puede surgir la atribución de responsabilidad culpable por omisión:

- a) *En la apreciación de la situación típica:* El policía que oye gritos pidiendo socorro y, faltando el deber de cuidado, cree que es una broma.
- b) *En la no realización de la acción ordenada:* El que falta al deber de cuidado al ejecutar el mandato, como el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua.
- c) *En la capacidad de acción:* En que falta al deber de cuidado en la apreciación de la posibilidad física de ejecución, como el que supone que no podrá salvar al niño porque juzga que el agua es profunda.
- d) *Falta de cuidado en la apreciación de las circunstancias que fundan la posición del garante:* el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche.

#### LA CUESTIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TIPOS OMISIVOS IMPROPIOS NO ESCRITOS

Los casos de omisión impropia que no aparecen determinados legalmente ha provocado desde siempre reparos constitucionales → No resulta digerible la equiparación entre el “matar a otro” con el “no evitar la muerte de otro” y que ambas situaciones se encuadren en el art. 79 CP, toda vez que el 1º caso de cumple con el principio de legalidad, en tanto que en la comisión por omisión es el juez quien mediante una complementación del tipo tiene que encontrar las características objetivas del autor que pro tratarse de una inferencia y no de una comprobación constituye un mecanismo de ampliación del tipo ya que al no decirse expresamente que la no evitación del resultado es punible, se deduce que queda comprendida tácitamente dentro de la prohibición típica.

Según Zaffaroni, la admisión de los tipos omisivos no escritos importa una vulneración a la prohibición de la analogía en *malam partem*, por lo que su inconstitucionalidad no podría ser salvada.

## UNIDAD 12

### ANTI JURICIDAD Y JUSTIFICACION

**CONCEPTOS GENERALES:** La antijuricidad es la colisión de la conducta con el orden jurídico. Cabe tener en cuenta que, de acuerdo con el principio enunciado en el art. 19 de la CN “todo lo que no está prohibido, está permitido”, el sistema de prohibiciones es taxativo, cerrado, insusceptible de ser ampliado. Y que existen supuestos que tienen justificaciones, que se encuentran permitidos, y que no resultan antijurídicos. Ej.: quien repele con un golpe el ataque de un vecino furioso armado con una pistola, lesionándolo, no responderá penalmente por dicho accionar lesivo.

#### LA ANTI JURICIDAD COMO CATEGORIA AUTONOMA

Para algunos autores al antijuricidad se encuentra fusionada con la tipicidad y no constituye una categoría autónoma en la teoría del delito (Mezger). Para ellos el carácter de prohibido de una conducta se deriva de la concurrencia de 2 requisitos: a) uno de signo positivo → la concordancia con el supuesto de hecho típico (tipicidad), y b) otro de signo negativo → la ausencia de causas de justificación. Por ello, algunos autores se refieren a ellas con el nombre de “*elementos negativos del tipo*”. Ej.: la prohibición del homicidio (art. 79 CP) estaría integrada por un elemento positivo “el que matare a otro”, y uno negativo: la no concurrencia de las causas de justificación del art. 34 CP.

Para un sector mayoritario de la doctrina la tipicidad es sólo un indicio de la antijuricidad, de manera que los tipos de delitos constituyen *normas prohibitivas*, y las causas de justificación ocupan un nivel distinto conformando *normas permisivas*. Así, para este sector, el homicidio está generalmente prohibido excepto que en un caso particular resulte permitido.

**ANTI JURICIDAD FORMAL Y MATERIAL:** La antijuricidad formal suele asociarse con el *mandato normativo*: es antijurídico lo que contraría al ordenamiento legal (conducta prohibida sin que concurra algún supuesto contemplado por un precepto legal).

La antijuricidad material tiene en cuenta lo “*socialmente dañoso*”. Ello significa que, sin perjuicio de la previsión legal, la antijuricidad de una conducta típica es ponderada en función del perjuicio que la misma haya podido ocasionar a la comunidad.

**CRITERIO OBJETIVO Y SUBJETIVO. LOS LLAMADOS “ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA JUSTIFICACION”:** Desde un punto de vista *objetivo*, se sostiene que las causales de justificación resultan operativas a favor del sujeto, cuando concurren los elementos objetivos previstos

respecto de cada una de dichas causales. Dicha concurrencia es suficiente para considerar que existe un permiso que torna lícita la realización de la conducta típica.

La posición subjetivista, por el contrario, demanda que -además de verificarse los extremos antes mencionados- el sujeto que supuestamente actuó en forma justificada, advierta las circunstancias propias de la situación dada. De acuerdo con este criterio, el individuo no sólo debe actuar en una hipótesis extrema de justificación, sino que -internamente- debe reconocer el hecho antecedente -ejemplo: que está siendo agredido- y que su conducta responde a la producción de tal evento. Se trata de los denominados "elementos subjetivos de la justificación".

## FUNDAMENTO

Se ha intentado hallar un fundamento común a todas las causas de justificación.

La "teoría de la colisión de intereses" o del "interés preponderante" enuncia que en todas las causas de justificación se permite la lesión de un interés o bien jurídico porque entren en conflicto con otro interés superior de mayor peso para el Derecho.

La "teoría del fin", por su parte enuncia que no es antijurídica la acción que constituye un medio adecuado para alcanzar el fin de la convivencia que el Estado regula.

Existen teorías pluralistas que combinan diversos criterios.

## LOS EFECTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION Y SUS CONDICIONES

La justificación determina:

1. Exclusión completa de la responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor.
  2. Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico (extensión del efecto justificante a los partícipes)
  3. Exclusión de la posibilidad de legítima defensa contra el que obra justificadamente
- Estos efectos dependen de las siguientes condiciones:
1. La provocación intencional excluye el efecto justificante
  2. La justificación se limita a la acción necesaria para salvar el bien jurídico
  3. El autor debe haber obrado con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación que se trata.

## LEGITIMA DEFENSA (DEFENSA NECESARIA)

El art. 34 inc. 6: “No son punibles... el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad de racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende...”.

El fundamento de la legítima defensa se halla en el principio según el cual “el derecho no necesita ceder ante lo ilícito”.

La condición fundamental de la legitimidad de la defensa es la *necesidad* de la misma. En principio, no se requiere que haya *proporcionalidad* entre el daño que se causó con la defensa del agresor y el daño que hubiera causado la agresión (sino que se requiere *racionalidad*).

La preposición “en” *defensa*, significa que no basta con que la persona defienda bienes jurídicos sino que exige que el móvil de su acción resida precisamente en esa protección. Pero es suficiente que el sujeto perciba la agresión y actúe en consecuencia ← elemento subjetivo

Los bienes defendibles pueden ser no solo la persona (y por lo tanto los bienes jurídicos personales) sino también los derechos.

#### CONDICIONES PARA LA JUSTIFICACION

##### a) LA AGRESION

La agresión debe haber partido *de un ser humano*.

Ilegitimidad: la agresión debe reunir los caracteres de una conducta prohibida por el Derecho. Por consiguiente, tiene que tratarse de una conducta antijurídica, prevista por la ley como delito y ajena a cualquier causa de justificación (no hay legítima defensa contra la legítima defensa).

La actualidad de la agresión: la agresión es actual mientras se está desarrollando. La inminencia de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión, es equivalente a la actualidad. No basta una lejana percepción del peligro por parte de la víctima, el peligro debe ser real, serio y grave.

##### b) LA NECESIDAD DE LA DEFENSA

La defensa es necesaria si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. La exigencia de la racionalidad se explica dentro de este marco: la necesidad de la acción de defensa es racional cuando ésta es adecuada para impedir o repeler la agresión.

##### c) FALTA DE PROVOCACION SUFICIENTE POR PARTE DE LA VICTIMA POR PARTE DEL QUE SE DEFIENDE

La justificación desaparece cuando el agredido ha provocado previamente al agresor, pero no de cualquier modo, sino de modo “suficiente”.

#### LIMITACIONES DEL DERECHO DE LEGITIMA DEFENSA

En principio, no es exigible que haya proporcionalidad entre el daño que causaría la agresión y el daño causado por la defensa, sino simplemente racionalidad.

Sin embargo, si la desproporción es exagerada se determina la exclusión del derecho de defensa.

#### DEFENSA PROPIA Y DEFENSA DE TERCEROS

El CP se refiere a la defensa de terceros (sean parientes o extraños) en el art. 34 inc. 7. La defensa de terceros tiene el mismo fundamento que la defensa propia. La diferencia reside en que en la defensa propia se exige “falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”, mientras que en la de terceros puede existir provocación suficiente por parte del agredido, pero tiene que ser ajeno a ella el defensor.

#### DEFENSAS PRIVILEGIADAS

Surgen del art. 34 inc. 6º 2º párrafo y constituyen situaciones de privilegio, puesto que con ellas se justifica cualquier daño ocasionado al agresor, inclusive la muerte; y razón de la diferencia con el apartado final que exige resistencia por el extraño encontrado dentro del hogar, radica en que mientras es casi del todo manifiesto el animo del que escala puede no serlo el de quien meramente está o se encuentra dentro de una casa, en cuyo caso la ley requiere un mínimo de prudencia por parte del propietario.

#### DEFENSAS PREDISPUESITAS

Comprenden las *offendícula* y las *defensas mecánicas predispuestas*.

Las *offendícula* son los escollos, obstáculos, impedimentos que imponen una resistencia normal, conocida y notoria, que advierte al que intenta violar el derecho ajeno (vidrios puestos sobre los muros divisorios).

Las *defensas mecánicas predispuestas* se materializan en aquellos mecanismos que, permaneciendo ocultos (es decir no son notorios), funcionan agresivamente contra la persona que realiza una determinada actividad sobre alguna cosa, que es la que la defensa predispuesta procura proteger. El mecanismo debe hallarse graduado de forma que no empiece a funcionar más que en caso de ataque presente, es decir, de peligro actual contra el bien jurídico que se pretende defender, y solo en la medida en que podría repeler la agresión el defensor, en la hipótesis de que éste actuara personalmente (ej. arma de fuego que se acciona mediante un sistema de hilos cuando se abre la puerta).

## ESTADO DE NECESIDAD:

Art. 34 inc. 3º: "...El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño". A diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, la situación generadora del estado de necesidad no tiene por qué provenir de un tercero, sino que puede surgir por el propio devenir de la vida, catástrofe natural, o inclusive el ataque de un animal.

El *fundamento justificante* del estado de necesidad es el *interés preponderante*. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La contrapartida de la justificación es el deber de tolerar impuesto al titular del bien sacrificado.

### a) ESTADO DE NECESIDAD POR COLISION DE BIENES O INTERESES:

Situación de necesidad: el sujeto debe encontrarse frente al peligro inminente de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico de menor valor relativo.

Habrá peligro inminente cuando la pérdida de un bien jurídico aparezca como segura o muy probable.

Acción necesaria: la acción no es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo (sin lesionar un bien jurídico).

Ponderación de bienes: el bien salvado debe ser de mayor jerarquía que el sacrificado. La acción realizada en estado de necesidad solo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Tiene que haber una marcada diferencia a favor del interés que se salva.

La sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social de medio utilizado para resolver conflicto de intereses (ej. extraer un riñón a uno para transplantarlo a otro, a quien se le salva la vida).

Ajeneidad: quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el Derecho.

### b) ESTADO DE NECESIDAD POR COLISION DE DEBERES:

Las pautas que rigen los casos de estado de necesidad por colisión de intereses son aplicables al caso de la colisión de 2 deberes que imponen al obligado al mismo tiempo comportamientos contradictorios y excluyentes, de forma tal que el cumplimiento de un deber determina la lesión de otro.

La diferencia que existe entre la colisión de deberes y la colisión de bienes o intereses reside en que, en la colisión de deberes de igual jerarquía, el cumplimiento de uno de los deberes tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione otro deber → Art. 34 inc. 4º "... el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo". El cumplimiento de un deber sólo entrará en consideración como causa de justificación en tanto colisiones con otro deber, por ejemplo: si un policía en persecución de 2 delincuentes debe en un momento optar por seguir a uno solo de ellos, estaría justificada su conducta típica del art. 274 CP → (Art. 274. "*El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable*").

### c) ESTADO DE NECESIDAD POR COLISION DE BIENES DE IGUAL JERARQUIA

En estos casos sólo se dará una causa de exclusión de la culpabilidad, denominada “estado de necesidad exculpante” (Unidad 13).

#### EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO

Para un sector de la doctrina, excluiría la tipicidad, cuando un tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside e el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo (ej. violación del domicilio, art. 150 “... contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo...”).

El consentimiento excluiría, por el contrario, la antijuricidad, cuando el comportamiento del autor importe una lesión de un bien jurídico (ej. en el caso del delito de daños en las cosas Art. 183 CP → Art. 183. “*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado*”).

#### AMBITO DE EFICACIA DEL CONSENTIMIENTO

El consentimiento no tiene eficacia general, ésta depende del poder de decisión que el orden jurídico otorgue al particular del bien jurídico. En principio, este poder de decisión solo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal.

No es válido el consentimiento para ser reducido “a servidumbre o a otra condición análoga” (art. 140 CP), ni para ser torturado por funcionarios policiales.

#### REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO EFICAZ

- Capacidad del sujeto pasivo para comprender la situación en la que consiente: el sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto del mismo.
- Consentimiento anterior a la acción: si es posterior, sólo es perdón. Por otra parte, el consentimiento se debe haber mantenido hasta el momento de la acción (es retractable).
- El consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza.

#### EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO PRESUNTO

Los requisitos del consentimiento presunto (no expreso) son:

1. La acción debe haber sido realizada *en interés del titular* del bien jurídico (ej. es preciso que la violación del domicilio en ausencia del titular haya sido para reparar la tubería de agua y evitar una inundación)
2. Según *un juicio objetivo*, el consentimiento hubiera sido de esperar en el momento de la acción (*ex ante*).

## LAS INTERVENCIONES QUIRURGICAS. LAS LESIONES DEPORTIVAS. ACTIVIDADES RESGOSAS FOMENTADAS

En el caso de los médicos, su actuación debe estar guiada por las reglas de su ciencia (*lex artis*), entre las que se ha ido introduciendo el “consentimiento informado del paciente”, de manera que si el medico pretende ejercer su oficio deberá recabar ese consentimiento so pena de ser acusado por el paciente de un ejercicio abusivo de la profesión.

Para Zaffaroni debe distinguirse entre las intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico y aquellas en las que no existe tal fin. En las terapéuticas, se da un caso de atipicidad conglobante por estar fomentadas por el derecho.

En cambio las intervenciones sin fin terapéutico (ej. cirugías estéticas) son típicas pero justificadas en la medida del consentimiento y de la adecuación a la *lex artis*. Cuando no media consentimiento hay una conducta típica de lesiones dolosas antijurídicas.

La actividad deportiva, también es fomentada por el orden jurídico, de allí que conforme a los principios de la tipicidad conglobante, la actividad deportiva practicada dentro de los límites reglamentarios resulta atípica penalmente, aunque de ella resulte un daño.

En conclusión, tanto en las lesiones quirúrgicas como en las provenientes de la actividad deportiva concurre el correctivo de la imputación objetiva del riesgo permitido que, contando con el consentimiento de los participantes –o de los pacientes– transforma las conductas legalmente típicas en atípicas en modo conglobado.

## EL EXCESO

Dice el Art. 35: “*El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia*”. ¿se trata de un delito culposo? NO.

Para Zaffaroni se trata de un caso de conductas dolosas con un menor contenido de antijuricidad. Debe tratarse de una conducta que comenzó siendo jurídica y que luego terminó siendo antijurídica (ej. se había logrado ya el cese de la agresión pero se siguió golpeando al agresor innecesariamente).

## UNIDAD 13 LA CULPABILIDAD

CONCEPTO Y EVOLUCION DE LA TEORIA DE LA CULPABILIDAD: A) PSICOLOGICA; B) NORMATIVA MIXTA; C) NORMATIVA PURA

La culpabilidad permite vincular en forma personalizada el injusto (acción típica y antijurídica) al autor para la imposición de una pena. El juicio de culpabilidad versa sobre el reproche individual del hecho al autor.

- La teoría de la culpabilidad en su originaria concepción se denominó **teoría psicológica**, consistiendo en la conexión del hecho con la subjetividad del autor. Así Beling, decía que hay culpabilidad cuando el sujeto conoce y quiere la producción del resultado (dolo) o cuando éste le es previsible (culpa). Esta concepción era propia de la sistemática causalista primitiva, según la cual la culpabilidad constituía la faz subjetiva del delito; era la pura descripción de una relación psicológica.

Sin embargo, se observaron **falencias**: no servía para explicar la “culpa inconsciente” (en la que no hay ninguna relación psicológica entre el autor del comportamiento culposo y el resultado), ni tampoco la inculpabilidad por incapacidad síquica (enfermo mental que actúa con dolo, pero no es reprochable penalmente).

- Con Frank surge la **teoría normativa de la culpabilidad** que consideraba que, junto con el análisis del dolo y la culpa, correspondía llevar a acabo un juicio de reproche sobre la comisión del ilícito. La culpabilidad pasó a ser un estrato *normativo* de la teoría del delito (la reprochabilidad del injusto), pero sin quitarle el dolo ni la culpa. Así resulta que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de esa relación
- psicológica. De allí que a esta teoría se la llame **normativa mixta**.
- El finalismo quito de la culpabilidad el examen sobre el dolo y la culpa (que pasaron a la tipicidad) y considerándola exclusivamente como el juicio de reproche por la comisión del injusto (Welzel). La culpabilidad quedó limitada a pura reprochabilidad, razón por la que se denomina a esta teoría como “**normativa pura**”.

La culpabilidad es la reprochabilidad del injusto al autor. Se le reprocha el injusto, porque al realizarlo el autor no se motivó en la norma pese a que le era exigible que se motivase en ella.

Un injusto (conducta típica y antijurídica) es culpable cuando al autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma siéndole exigible que lo hiciera (Zaffaroni).

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION: POSTURA DE ROXIN, JACKOBS Y JESCHECK

Roxin propone construir una culpabilidad basada en la teoría del fin de la pena. Sostiene que lo decisivo es que el legislador quiera hacer responsable al autor de su actuación. Por ello habla de responsabilidad y no de culpabilidad.

Jackobs postula el reemplazo del concepto clásico de culpabilidad por la necesidad de aplicar una pena conforma la teoría de la prevención general positiva. La *culpabilidad es haberse comportado de un modo que no se puede tolerar si se quiere mantener la vigencia de la norma*. Así, denomina a la culpabilidad como, infidelidad al Derecho.

Jescheck propicia lo que se ha llamado el “concepto social” de culpabilidad basada en algunos *standars* (el comportamiento normal del ser humano) → es el reproche social y no individual del injusto al autor.

## LA CULPABILIDAD COMO FUNDAMENTO Y MEDIDA DE LA PENA

La culpabilidad, entendida como el reproche individual del injusto a su autor, es un elemento necesario para la imposición de una pena. La culpabilidad entonces fundamenta la pena; y siendo un concepto graduable tiene incidencia en la mensuración de la misma.

Sin embargo no constituye el único fundamento del castigo ni tampoco el único elemento a computar en la medida del mismo → art. 41 CP.

## ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LA EXPRESION “COMPRESION DE LA CRIMINALIDAD”. LA IMPUTABILIDAD. CONCEPTO. ANALISIS DE LA FORMULA DEL CP ARGENTINO

Un sujeto es imputable cuando reviste las condiciones mínimas que le permiten motivarse en la norma, comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones conforme a derecho. Las circunstancias que eliminan esta capacidad son las causales de inimputabilidad. En nuestro CP está regulado en el art. 34 inc. 1º.

En una aproximación general, los supuestos de inimputabilidad se reducen a 3: la minoridad, la alteración mental, y la inconsciencia relativa.

- La ley argentina (22.278) establece una doble categoría de menores:

Los menores de 16 años son inimputables absolutos y no tienen capacidad de cometer ningún delito; los menores entre 16 y 18 años son inimputables relativos y tienen capacidad de culpabilidad para la comisión de ciertos delitos de mayor gravedad.

- Dentro de la “alteración mental” se incluyen las diversas situaciones de disminución de las aptitudes mentales que afectan la posibilidad de comprensión de la antijuricidad del hecho.
- Se habla de “inconsciencia relativa” en aquellos casos en los que existe una afectación en la posibilidad de dirigir las propias acciones sin que ello afecte la existencia misma de una conducta humana (como si la inconsciencia fuera absoluta).

Nuestro CP adscribe en su art. 34 inc. 1º a un criterio “psicológico-jurídico” indicando las causas de inimputabilidad que tendrían este efecto en la medida en que hayan impedido al sujeto comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

La expresión “*comprensión de la criminalidad*” denota que para ser imputable penalmente es necesario haber tenido la posibilidad de comprensión de la antijuricidad. Quien no tiene la posibilidad de saber que su conducta está prohibida no puede motivarse en la norma. Por esta razón, la imposibilidad de conocer la ilicitud elimina la culpabilidad y consecuentemente el delito.

De todos modos, la ley no exige que se haya comprendido efectivamente la criminalidad, sino que se haya *podido* comprender. Para poder “comprender” es obviamente necesario haber podido “conocer”; se trata de un conocimiento potencial. El conocimiento de la antijuricidad que debemos tener en cuenta no es el propio de los juristas, sino lo que se denomina “valoración paralela en la esfera del lego”, que se trata del conocimiento aproximado que de la antijuricidad penal tiene el profano.

ATENUACION DE LA CULPABILIDAD. LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA: Si la culpabilidad es graduable, la imputabilidad que es uno de los elementos que la integran también lo es. En consecuencia, hay sujetos que no obstante tener capacidad psíquica de culpabilidad, en el caso pudo encontrarse disminuida en virtud de determinadas circunstancias fácticas.

Un sujeto con imputabilidad disminuida es imputable, pero con una imputabilidad cuya medida o grado no alcanza a suprimir toda especie de capacidad de culpabilidad.

La legislación vigente no prevé una fórmula general de imputabilidad disminuida aunque la doctrina admite que hay casos de culpabilidad aminorada como la emoción violenta → “Art. 81. 1. Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable...”

#### EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD

Son “causas de inculpabilidad” aquellos supuestos en que al sujeto que realizó un injusto no se le puede reprochar ello por cuanto no resultaba exigible que se comportase de acuerdo a derecho. Dicha inexigibilidad versa sobre la posibilidad de comprender la antijuricidad del acto o bien, existiendo tal posibilidad de comprensión, de dirigir sus acciones conforme a ello (art. 34 inc. 1º). La idea básica a la cual pueden reconducirse todas las causas de inculpabilidad consiste en la inexigibilidad de un comportamiento ajustado a la norma.

a. Por incapacidad psíquica: La imputabilidad es la capacidad síquica de ser sujeto de reproche, compuesta de la capacidad de comprender la antijuricidad de la conducta y de adecuar la misma a esa comprensión. La incapacidad síquica para comprender la antijuricidad tiene como base necesaria una perturbación de la conciencia la que puede obedecer a 2 causas: “la insuficiencia de las facultades” y la “alteración morbosa de las facultades”. (art. 34 inc. 1º)

1. Insuficiencia de las facultades: dentro de las insuficiencias están comprendidas todas las oligofrenias (imbecilidad, idiocia y la debilidad mental). Son casos en que se presenta una falta de inteligencia congénita o producida por detención en su desarrollo. Los imbéciles y los idiotas son siempre inimputables. Los débiles mentales son imputables según la complejidad del delito imputado: homicidio ≠ delito de estafa.
2. Alteración morbosa de las facultades: es una disfunción y quedan abarcadas todas las psicosis y las neurosis.
3. La inconsciencia: ¿caso de inculpabilidad o falta de acción? → Zaffaroni sostiene que la inconsciencia no puede ser causa de inimputabilidad porque implica ausencia de conducta.

Para que haya inimputabilidad la insuficiencia de las facultades o alteración de las facultades deben haber impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, lo cual demanda una valoración jurídica de la intensidad de esos estados.

b. La responsabilidad penal de los psicópatas: Las psicopatías consisten en anomalías desde el nacimiento influyendo en su carácter, en su temperamento, en su afectividad, etc. pero no generalmente en su inteligencia o voluntad. El psicópata es inimputable porque la grave distorsión que padece le priva de la capacidad de internalizar valores y castigos, por lo cual es absurdo que el derecho penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle que no lo haya hecho.

c. Responsabilidad penal del ebrio. La teoría de la *actio liberae en causa*. En cuanto a la intensidad del trastorno en el momento del hecho, se debe distinguir entre la *embriaguez total* y la *embriaguez parcial*.

La embriaguez será *total* cuando el sujeto no haya podido comprender la antijuricidad del hecho o determinarse de acuerdo con esa comprensión por causa de la perturbación resultante.

La embriaguez *relativa* no arroja problemas de imputabilidad en la medida que no provoque una perturbación profunda de la conciencia.

La ley penal argentina no contiene disposiciones expresas respecto a la responsabilidad penal del ebrio y como surge del art. 34 inc. 1º del CP (comprender la criminalidad del hecho o dirigir las acciones), *debe concurrir en el momento del hecho*, puede darse el caso de que el sujeto se

encuentre en situación de inimputabilidad en el momento de ejecución y consumación del delito debido a que él mismo se colocó voluntariamente en ese estado, surgiendo la cuestión si en tales casos debe ser responsabilizado penalmente y, en caso afirmativo, con qué fundamento.

Teoría de la *actio liberae in causa*: Constituye una excepción al principio “el que no haya podido comprender en el momento del hecho”. En este caso, se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el injusto no lo era, pero sí lo era en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica.

Zaffaroni esta en contra de esta teoría → El sujeto que quiere matar a su enemigo y bebe para tomar coraje, habría comenzado a matar desde el último trago antes de la embriaguez, o sea, se reprocha penalmente lo que es una conducta lícita (beber), lo que implica no solo un absurdo sino una franca violación de los principios de culpabilidad y de legalidad.

ERROR DE PROHIBICION: A partir del finalismo, la ciencia del derecho penal clasifica al error como “error de tipo” y “error de prohibición”. El primero se refiere al desconocimiento de los elementos que forman parte del tipo objetivo. El error de prohibición *es aquel que atañe a la valoración de la conducta frente al orden jurídico, comprendiendo tanto al error sobre la significación antijurídica general del hecho* (error de prohibición directo), *como el error sobre la personal legitimación del autor para llevarlo a cabo* (error de prohibición indirecto). Según sea o no vencible, el error de prohibición tendrá los siguientes efectos: si es *invencible*, eliminara la culpabilidad subsistiendo únicamente las consecuencias de la afirmación del injusto (responsabilidad civil por el hecho); si es *vencible* habrá culpabilidad debilitada que, por ser esta categoría “graduable”, habilitará la posibilidad de mensurar la pena conforma a la reprochabilidad en los términos del art. 41 del CP. Se ha dicho que el error invencible o inevitable es aquel que cualquier persona en la situación del autor hubiera padecido, mientras que el vencible o evitable es aquel que pudo haberse evitado mediando una adecuada diligencia por parte del autor. De todas maneras será preciso analizar en el caso específico las características personales, profesionales y grado de instrucción del autor, el medio cultural, etc.

Se dijo más arriba que el error de prohibición puede ser directo o indirecto:

1. Error de prohibición directo: Es cuando se yerra sobre la licitud de la conducta, es decir, se desconoce la existencia de la norma. Ej.: un sujeto que proviene de un país en donde se permite la poligamia y contrae dos matrimonios en Argentina, ignorando que la bigamia es delito (norma prohibitiva).
2. Error sobre la concurrencia de una causa de justificación: En este caso, el autor sabe que actúa típicamente, pero cree estar legitimado para hacerlo. Ej.: la mujer que a sido víctima reiterada de malos tratos por parte de su marido, un día, luego de una discusión lo ve con un cuchillo e ignorando su verdadero propósito pero pensando erróneamente que va a sufrir una agresión,

le propina un golpe con el palo de amasar cuando en realidad el marido lo que se proponía hacer era cortar el asado.

#### DELITO PUTATIVO

También llamado “delito imaginario”, hace referencia a casos de “error al revés”, que pueden ser tanto de error de tipo como de error de prohibición →ej. el que se lleva al salir de un restaurante el abrigo propio pero lo hace creyendo y queriendo llevarse el abrigo de otra persona.

En este caso, el delito no existe, es imaginario y ninguna consecuencia puede tener (conducta atípica).

## EXCLUSIÓN DE LA CULPABILIDAD POR SITUACIÓN REDUCTORA DE LA AUTODETERMINACIÓN

Son casos en que la comprensión de la antijuricidad existe y pese a ello, no es posible exigirle al autor un comportamiento ajustado a derecho en virtud de encontrarse notoriamente reducido el ámbito de autodeterminación.

- a. El estado de necesidad exculpante: Se encuentra en el art. 34 inc. 2º CP en la parte que dice “el que obrare violentado por... amenaza de sufrir un mal grave e inminente”. A esta extensión de responsabilidad penal se la ha denominado estado de necesidad exculpante, que por oposición al estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3º) no exige la jerarquía de bienes en conflicto. Cuando un sujeto lesiona un bien jurídico ante la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (siendo los bienes equivalentes) existe falta de libertad por reducción del ámbito de autodeterminación: si de las circunstancias del caso se demuestra que no podía razonablemente exigirse otra conducta conforme a derecho, aunque el acto sea en sí injusto, se elimina el reproche de culpabilidad. Pese a que algunos doctrinarios han limitado el estado de necesidad exculpante sólo al caso en que la amenaza proviene de una acción humana (o sea, la coacción), Sierra adscribe a la posición de quienes consideran que la amenaza también puede provenir de un hecho de la naturaleza.  
Ejemplo: “Tabla de Carneadas” → 2 naufragos se encuentran aferrados a una tabla que solo tiene capacidad para sostener a flote a una persona y uno de ellos se la arrebató al otro para salvar su vida → hecho de la naturaleza.  
Si A amenaza a B con matarle los hijos (a los que tiene secuestrados) si éste no mata a C, estamos en un supuesto de coacción → acción humana
- b. Las fobias y el miedo: Hay casos en que pese a comprender la criminalidad del acto, el sujeto se encuentra imposibilitado de dirigir sus acciones conforme a esa comprensión (art. 34 inc. 1º in fine del CP) en virtud de padecer cuadros agudos bloqueantes de la voluntad.  
Las fobias pueden ser de dos tipos: fobias comunes (miedo exagerado a la noche, a las serpientes, etc.); las fobias ocasionales (agorafobia o claustrofobia). Así, por ejemplo, un sujeto que queda atrapado en un ascensor (claustrofobia) comienza a dar golpes y sabe que puede dañar o lesionar a sus compañeros, pero no puede controlarse (dirigir las acciones).  
Por miedo debe entenderse la alteración de la capacidad de decisión frente a un factor que deriva de la posibilidad de acaecimiento de un evento negativo. Si bien no se quiere que alcance a ser un cuadro de pánico o terror, deber reunir suficiente intensidad para trastornar la esfera volitiva → miedo insuperable
- c. La obediencia debida: El CP establece que no es punible el que obrare en virtud de obediencia debida (art. 34 inc. 5) → se refiere a la *obediencia jerárquica*. Los supuestos en los que un inferior obedece ordenes de un superior son casos de *cumplimiento de un deber* si la orden es legítima, y *estado de necesidad coactivo* (o sea, exculpante) cuando no lo es.
- d. La objeción de conciencia y el delincuente por convicción: Se denomina “autor por convicción” al que comete un injusto a raíz de una seria decisión moral que percibe como vinculante e incondicionalmente obligatoria, de forma tal que no podría actuar contra ella sin una seria necesidad de conciencia. En menos palabras: es el autor que se ve obligado al hecho en razón de sus convicciones morales, religiosas o políticas. Ej. el Testigo de Jehová que rechaza portar armas durante el servicio militar, negativas a autorizar intervenciones quirúrgicas, etc.

## UNIDAD 14

### AUTORIA Y PARTICIPACION CRIMINAL

#### INTRODUCCION

En un sentido amplio, al concurso de personas en un delito se lo llama “participación”, abarcando así a todos los participantes”, o sea a los autores, cómplices e instigadores.

En un sentido estricto, la “participación” criminal deja fuera a los autores, comprendiendo solamente a los cómplices e instigadores (los llamados “participes”).

La problemática de la autoría y participación (en sentido estricto) no es pacífica en la doctrina penal.

- a. Concepto extensivo: Las teorías extensivas *no diferencian entre autores y participes*, en base a la consideración de que todos los aportes al mismo delito por cada uno de los intervinientes debían considerarse de la misma importancia.  
Así, aplicando la teoría de la equivalencia de condiciones, se sostenía que *autor de un delito es todo aquel que ha contribuido de cualquier modo a su realización, sin importar la entidad material de su intervención*. → esta tesis supone un incremento desmedido de la represión.
- b. Concepto restrictivo: Son autores sólo algunos de los que concurren al delito. Un concepto restringido resulta preferible por dos puntos fundamentales: el reconocimiento de la accesoriedad de la participación y la adecuación a la realidad ya que los conceptos de autor, instigador y cómplice, son reales y no pueden negarse por el legislador.

#### DELIMITACION ENTRE AUTOR Y PARTICIPE

- a. TEORÍA SUBJETIVA: (Von Buri) Según esta teoría, la diferenciación entre autor y partícipe debe buscarse en la posición subjetiva que el agente interviniente adoptará: será autor el que actúe con *animus auctoris*, lo que significa que quiere el hecho como propio, y partícipe el que lo haga con *animus socii*, cuando solo quiere participar en un hecho ajeno. Ej.: una mujer (cómplice) ahoga en una bañera al hijo natural de su hermana (autora) a pedido de ésta.
- b. TEORIAS OBJETIVAS:
  1. Teoría formal-objetiva: (Soler) Según esta teoría, autor es quien realiza personalmente la acción descrita en el tipo. Será autor el que se apodera (art. 162 CP); el que retiene (art. 173 inc. 2º CP); etc. Su carácter “objetivo” deriva por oposición a la teoría “subjetiva” que exige el ánimo en el sujeto que concurre al delito. En cuanto a la denominación “formal”, proviene de los tipos legales para la determinación de la autoría. Crítica: deja afuera al autor mediato, que no realiza actos típicos ni resuelve la coautoría.
  2. Teoría material objetiva: El criterio “material” se fundaba en las teorías que pretendían limitar la causalidad distinguiendo las causas (determinantes, coadyudantes, etc.). Esta teoría sostiene que *autor es el que aporta la contribución más importante*, en la línea de la causalidad eficiente.
- c. TEORIA DEL DOMINIO DEL HECHO: (Roxin) Según esta teoría autor es el que *domina* el hecho delictivo, el que retiene el curso causal de los acontecimientos, el que con su actuación dirige el proceso que desemboca en dicha producción. Para precisar qué debe entenderse por *dominio del hecho*, es preciso señalar que la autoría se compone de elementos objetivos y subjetivos. Desde el punto de vista objetivo, consiste en el manejo del curso causal puesto en marcha para la realización del delito. Desde el punto de vista subjetivo, es necesario que el sujeto actúe con voluntad de dominio fáctico.

CLASES DE AUTORIA: Según Roxin, la aplicación de la teoría del dominio del hecho da lugar a tres formas de autoría: la *autoría directa* (dominio de la acción) cuando el delito es cometido única y exclusivamente por un sujeto; la *autoría mediata* (dominio de la voluntad) cuando el sujeto domina la voluntad del ejecutor directo; y la coautoría (dominio funcional), cuando a partir de un concierto previo, todos los intervinientes en el hecho son figuras centrales del suceso por tener a su cargo el dominio de su porción fáctica.

a. Autoría directa

1. Autor individual: Autor directo e inmediato es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo personal y directo lleva a cabo el hecho típico. Ej. → “el que matare a otro”. Se trata de una autoría principal. También habrá autoría directa cuando el agente actúe valiéndose de otro que no realiza conducta, como el que empuja a otro sobre la vidriera de un negocio para dañar la propiedad del dueño de este.
2. Autoría paralela o concomitante: cuando dos o más sujetos sin ponerse de acuerdo tienen el dominio del hecho por dominio de la acción. Ej.: A golpea y deja inconsciente a B. Llega C y al verlo desmayado aprovecha para sustraerle la billetera. La falta de acuerdo entre los ejecutores hace que A sólo pueda ser castigado por lesiones y C por hurto, en tanto que si hubiera existido el concierto previo, ambos serían responsabilizados por robo.

b. Autoría mediata: Se configura cuando un sujeto utiliza a otra persona como instrumento para llevar a cabo la realización del delito. Será autor aunque no intervenga en forma directa en el suceso por domina el hecho (dominio de la voluntad) al valerse del error o de la coacción que padece el ejecutor directo. Para que se configure la autoría mediata debe haber existido una acción de parte del sujeto utilizado como instrumento pues en caso de faltar ese dato la autoría será directa.

Casos de autoría mediata:

1. El error: Son los casos en que el realizador material se encuentra incurso en un error de tipo o de prohibición. En el primer supuesto, el sujeto instrumentado actúa sin conocimiento de la situación y ello se ha provocado o es aprovechado por el “hombre de atrás”. Ej.: A vierte veneno en la taza de café que B, desconocedor de ello, debe servir a C. El segundo supuesto se da cuando alguien provoca o aprovecha la creencia de otra persona (ej. un extranjero) de que el hecho no lesiona ningún bien jurídico penalmente protegido, o le hace creer que tiene derecho a realizar el hecho.
2. La coacción: Será autor mediato quien se sirve para la comisión de un delito de un tercero que actúa sin libertad por coacción o miedo insuperable. Se ha discutido si en estos casos hay realmente una autoría mediata ya que el coacto tiene el dominio del curso causal. Para Roxin ello no es ningún obstáculo. Ejemplo: A obliga a B, embarazada, con amenazas graves, a ingerir un abortivo. B es autora (exculpada) de aborto en tanto que A sería autor mediato, ya que a través de la presión coactiva sobre B detenta el dominio superior del hecho.
3. Inimputabilidad: La utilización de un inimputable puede basarse en la previa provocación intencional de la inimputabilidad por parte de la “persona de atrás” o suponer un aprovechamiento de la inimputabilidad ya existente en la persona instrumentada. Ej.: utilización de un menor de edad o de un loco para que atente contra un bien jurídico.

#### LA AUTORIA MEDIATA EN LOS DELITOS ESPECIALES Y DE PROPIA MANO

Los delitos especiales son aquellos que solamente pueden ser cometidos por una determinada categoría de personas, que tipo indica, produciéndose entonces una limitación de la esfera de autores. Así, no puede ser autor de cohecho pasivo (art. 256) el que no sea funcionario público, ni puede cometer prevaricato judicial (art. 269) el que no sea juez, etc. Estos delitos no admiten la autoría mediata por parte de quien no tenga estos caracteres.

Tampoco hay autoría mediata en los “delitos de propia mano” en los que es necesaria una actuación personal de autor que realice la conducta típica. Así, la violación sólo puede ser cometida por quien tenga acceso carnal (art. 119); el falso testimonio (art 275) sólo puede ser cometido por el que personalmente “depone, informa, interpreta o traduce”.

**LA CUESTIÓN DE LA AUTORÍA A TRAVÉS DE ESTRUCTURAS DE PODER ORGANIZADAS:** Con motivo del proceso seguido contra Eichmann por su responsabilidad en crímenes de guerra, Roxin desarrolla su doctrina del “dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder” que se caracteriza porque el denominado “hombre de atrás” tiene a su disposición una “maquinaria” personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.

Ahora bien, si en los casos en que el ejecutor directo realiza el acto en virtud de error o coacción no hay dudas de que actúa realmente como un “instrumento” del “hombre de atrás”, el problema surge cuando el ejecutor tiene el dominio del hecho → “autor detrás del autor”.

Roxin entiende que en los casos de aquel que domina una estructura organizada de poder en función de la cual se comenten delitos, ese aparato funciona sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, pues éstos (los ejecutores) son intercambiables (fungibles), no siendo necesario que el “hombre de atrás” los conozca y puede confiar en que se cumplirán las instrucciones, pues aunque alguno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, es decir, los ejecutores son solo “ruedas” intercambiables en el engranaje del aparato de poder”.

El fundamento de la fungibilidad de los ejecutores para considerar autores mediatos a los que tienen el dominio de la organización no es compartido por toda la doctrina. Jackobs entiende que la vinculación de todos los intervinientes (que dan las órdenes y quienes las ejecutan) no configura un forzamiento de la voluntad sino que jurídicamente tienen idéntica responsabilidad por lo que considera que son casos de coautoría.

#### LA EXPERIENCIA ARGENTINA: EL JUZGAMIENTO DE LAS JUNTAS MILITARES:

Según el fallo de la Cámara Federal, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.

De acuerdo al criterio del dominio del hecho por control de aparato de poder con ejecutores fungibles, cada uno de los miembros de la Junta tenía control total sobre una compleja gama de factores (hombres, órdenes, armas, vehículos, etc.) que eran necesarios para llevar adelante el plan criminal. Ello así, los autores inmediatos no pudieron ejecutar los delitos ordenados si no se los hubiera provisto por orden de los comandantes de los medios necesarios para ello.

Llegado el expediente a la Corte Suprema, respecto al título de la imputación de responsabilidad personal el máximo Tribunal se expidió de modo dividido: mientras la minoría ratificó la autoría mediata de los imputados en los hechos juzgados, la mayoría prefirió condenar a los comandantes como partícipes necesarios de los hechos delictuosos realizados por los subordinados.

#### LA COAUTORIA. CONCEPTO. LA COAUTORIA POR DIVISION DE FUNCIONES

La coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que intervienen consciente y voluntariamente en él. El art. 45 CP se refiere a ella cuando dispone: "los que tomasen parte en la ejecución del hecho".

Dentro de la coautoría puede diferenciarse:

- a. La **directa o total**, en la que todos los autores realizan todos los actos ejecutivos (ej. una patota cuyos miembros descargan golpes contra el transeúnte produciéndoles diversas lesiones leves).
- b. La **parcial**, en la que no todos los autores realizan todos los actos ejecutivos, sino que se produce un reparto de las tareas (ej. unos reducen al personal bancario, otros recorren cajas y trayendo el dinero, otros hacen campana, otros conducen para emprender la huida).

En el 1º caso la autoría no admite dudas. El caso de la autoría parcial es mas difícil de explicar, pues puede ocurrir que en el reparto de roles alguno o algunos de los coautores ni siquiera estén presentes en el momento de la ejecución. Por eso se hace necesario recurrir al criterio del *dominio del hecho*.

Para que exista este tipo de coautoría por división de funciones es necesario:

- a. Un elemento subjetivo, consistentes en un acuerdo o **plan previo y común a todos los intervinientes**, en el cual se distribuyen las tareas o funciones
- b. La contribución del coautor debe ser **esencial** de modo que sin ella no pueda cometerse el ilícito de la manera en que se planificó.
- c. Que los autores tengan el co-dominio del hecho, traducido en que cada uno tenga el **dominio de la función** que le fue asignada en el plan.

Naturalmente, en la coautoría cada uno de los coautores debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor.

#### LA PARTICIPACION. CONCEPTO. REQUISITOS. DOLO Y ACCESORIEDAD. GRADOS DE ACCESORIEDAD

La participación, en sus 2 formas (complicidad e instigación) es la contribución dolosa que se hace al injusto doloso cometido por otro.

Su castigo es posible en la medida en que la ley lo establezca con reglas determinadas pues, a diferencia de la coautoría, la participación no puede sancionarse por el camino de la subsunción en el tipo, por la sencilla razón de que **el partícipe no realiza el tipo**. Su punición es fruto de una extensión del ámbito de personas responsables. Por ello **es inconcebible la existencia de partícipes si no hay autores**. De ahí que la participación criminal se apoya en el **principio de accesoriidad**. O sea, por accesoriidad se designa la dependencia que la conducta del partícipe tiene respecto de la conducta del autor.

Existen 3 niveles de exigencia en torno al hecho principal al cual se accede:

- Según la teoría de la accesoriidad **mínima**, la participación es accesoria de una conducta típica
- Según la de la accesoriidad **media** o **limitada**, es accesoria de una conducta típica y antijurídica (un injusto).
- Según la de la accesoriidad **máxima**, lo es de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Actualmente se sostiene que la participación se rige por el principio de la accesoriidad media.

La única participación posible es la dolosa en delito doloso.

## FORMAS DE PARTICIPACION EN EL CP ARGENTINO:

- a. **Complicidad:** Cómplice es el que coopera en el injusto ajeno. Según la diferente naturaleza y eficacia del aporte prestado por el cómplice se puede dividir en dos categorías: primario o necesario (art. 45) y secundario (art. 46).
1. *Complicidad primaria:* El concepto de cómplice primario o necesario se deduce de la expresión “*los que (...) prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse*” (art. 45). Lo que caracteriza al cómplice primario es la calidad de indispensable que tiene el aporte que realiza –que lo diferencia del cómplice secundario- y que no tiene el dominio del hecho –que lo diferencia del coautor-.
  2. *Complicidad secundaria:* Su concepto se extrae del art. 46 cuando dice “*los que cooperen de cualquier modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo*”.

### Criterios de distinción entre cómplice primario y secundario:

1. *Intensidad objetiva del aporte:* Si el aporte prestado por un sujeto es imprescindible para la realización del hecho al punto que sin él no se habría podido cometer, será considerado cómplice primario. En caso de que el delito igual podría haberse cometido aún prescindiendo del aporte del partícipe, será considerado cómplice secundario.
  2. *Momento en que se realiza el aporte:* En este punto la doctrina aparece dividida. Para los profesores, la complicidad secundaria es factible tanto en la etapa de preparación como de ejecución del hecho; en tanto, la complicidad necesaria solo es posible en la preparación del hecho. Si interviene en la ejecución será coautor pues, con una aportación decisiva se co-domina el hecho.
  3. *Teoría de los bienes escasos:* Se resume de la siguiente manera: si el partícipe coopera al delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso) es cooperador necesario; en cambio, si lo que se entrega es algo que abunda, entonces es cómplice necesario.
- b. **Instigación:** El instigador (inductor) es aquel que sin tener el dominio del hecho, determina a otro a cometer un delito. Su concepto se extrae –como en el caso del autor mediato- del art. 45 cuando alude al que “*determina directamente a otro*”. Con lo dicho se afirma que dentro de la figura del “*determinador*” queda incluido tanto el autor mediato como el instigador, que es una forma de participar en el injusto ajeno pero sin tener el dominio del hecho. De acuerdo con esto, el autor principal habrá realizado el hecho (o comenzado su ejecución) como consecuencia directa de la acción del instigador.
- No debe confundirse la instigación como forma de participación criminal con el delito de instigación a cometer delitos previstos en el art. 209 CP. En el primer caso, se provoca la decisión criminal en una o varias personas determinadas; en el delito autónomo del art. 209 se incita a personas indeterminadas a la comisión de un delito (ej. el que en una reunión multitudinaria arenga para que se saqueen supermercados o se corten rutas). Para que se configure la instigación es preciso un contacto psíquico entre el inductor y el autor.

Exceso del instigado: El instigador no puede responder más que por aquello que dolosamente instigó. No responde por el exceso del instigado → ej. se instiga a golpear y el instigado mata. Si bien la 1ª parte del art. 47 CP se ocupa solo de la complicidad, no hay inconveniente en extenderla analógicamente a la instigación.

A la inversa, si el instigado realiza menos de lo querido por el instigador (ej. se instiga a matar y sólo se lesiona levemente), la limitación impuesta por la accesoriedad hace que éste responda por el delito efectivamente cometido (lesiones leves) no obstante que instigó un homicidio.

#### EL SISTEMA DE COMUNICABILIDAD DEL ART. 48 CP

Art. 48: *“Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe”* ← Esta disposición se ha conocido con el nombre de “incomunicabilidad de las circunstancias personales” y está referido a todas las relaciones, circunstancias y calidades personales que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a las causas personales de exclusión de la pena.

*La participación es accesoria de un injusto y no necesariamente de un delito;* de allí que cuando circunstancias que son ajenas al injusto tengan por efecto excluir la culpabilidad, disminuirla o excluir la penalidad, estas circunstancias no pueden beneficiar a los demás concurrentes.

Tampoco se comunican las relaciones, calidades y circunstancias personales que agraven la penalidad, salvo que sean conocidas por el partícipe.

#### LA PENALIDAD EN EL CP ARGENTINO

La complicidad necesaria, al igual que la instigación, tiene la misma pena que la autoría y la coautoría. En cambio, la complicidad secundaria tiene una escala penal atenuada, que es la misma que se aplica a la tentativa (art. 42). La pena se disminuye de un tercio a la mitad.

## UNIDAD 15 LA TENTATIVA

EL ITER CRIMINIS (Libro Sierra).

El iter criminis es el recorrido que sigue el autor de un delito desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación. En el pueden diferenciarse entre una **fase interna** y otra **fase externa**.

- La fase interna abarca desde que nace en el individuo la idea criminal (ideación) como también los posteriores momentos en que *decide* cometer el delito (decisión); ambos momentos no son castigados penalmente. → “el pensamiento no delinque”
- La fase externa, cuando el sujeto, pasando del plano de la ideación realiza actos que forman parte de su proyecto delictivo y que pueden observarse desde el exterior. Comprende la *preparación, la ejecución y la consumación*.  
La preparación es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos con mira a crear las condiciones para la obtención del fin.  
La ejecución es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan.  
La consumación es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor.

En un derecho penal democrático y liberal solo entran en el ámbito de lo punible la ejecución y la consumación, mientras que la ideación, decisión y preparación son penalmente irrelevantes.

DELIMITACION DE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS TENTADOS.

De acuerdo al art. 42 CP sólo son punibles el delito consumado y la tentativa. (y no los actos preparatorios previos a la ejecución del hecho).

Dicho art establece: “El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44”. → La tentativa aparece cuando se observa el comienzo de ejecución y antes de ello estamos en la fase preparatoria. Consiguientemente, se impone determinar cuándo existe dicho “comienzo” para distinguir entre actos preparatorios y tentados.

- a. La teoría formal-objetiva: Hay tentativa cuando se comienza a ejecutar el “núcleo del tipo”. Así habrá tentativa de homicidio cuando se comienza a matar a un hombre. Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción típica (“matar”, “apoderarse”) dificulta la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio del delito → ¿es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar?
- b. Teoría objetivo-individual. Toma como punto de partida el *plan del autor* (la forma en que éste piensa cometer el delito) para establecer cuándo comienza la ejecución. Según este criterio, “la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización de dicho plan” → Esta teoría se mantiene en el plano objetivo en cuanto parte de la consideración de la conducta típica particular introduciendo un elemento subjetivo (plan del autor).
- c. Teoría puramente objetiva: Analiza los hechos desde la posición de quien desconoce por completo el plan de autor y espera que sus acciones lo delaten (que los actos por él ejecutados reflejen el peligro para el bien jurídico y el dolo con que se ejecuta la acción. El plan del autor queda al margen. Cuando los *actos externos son inequívocos* (cuando los actos observados indudablemente se dirigen a la consumación del delito) *serán actos de tentativa o ejecutivos*, en tanto que cuando no se pueda afirmar dicha inequívocidad, serán actos preparatorios.

## CASOS DE PUNIBILIDAD DE LOS ACTOS PREPARATORIOS.

La fase externa del iter criminis comienza según vimos con los actos preparatorios, aunque en general se sostiene que no son susceptibles de punición. Sin embargo, en el CP POR EXCEPCION se tipifican algunos actos preparatorios como la ASOCIACION ILICITA, o la CONSPIRACION PARA COMETER TRAICION.

## LA TENTATIVA.CONCEPTO.

La tentativa comprende todos aquellos actos ejecutivos llevados a cabo por el agente con miras al delito propuesto. →Acto ejecutivos: todos aquellos que indiquen el comienzo de ejecución de un delito (Art. 42 CP).

No todos los tipos penales admiten la tentativa. Por ej. La injuria o la tenencia de armas de guerra. Naturaleza: Se trata de un delito incompleto en el que no se dan todos los caracteres típicos. “Forma imperfecta de ejecución”.

## FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.

- a. Teoría objetiva: El fundamento del castigo de la tentativa se basa en su proximidad a la lesión de un bien jurídico protegido. Esta teoría sostiene que para que haya actos de tentativa los mismos deben poner en riesgo un bien jurídico. Sin peligro, no hay tentativa punible. Esto no resulta aceptable en nuestro CP que castiga la tentativa inidónea.
- b. Teoría Subjetiva: Considera que el fundamento es subjetivo: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante los actos de ejecución del delito. De acuerdo con esta teoría, como la voluntad contraria al derecho es la misma en la tentativa que en el delito consumado, la pena a aplicar debería ser la misma → Inadmisibles para nuestro CP que establece una escapa penal reducida para la tentativa (Art. 42 y 44).
- c. Teoría de la Impresión: Según esta teoría, la tentativa se pena por ser peligrosa “cualquier conducta que en la comunidad produce la impresión de una agresión al derecho”. Busca fundamentar la punibilidad en la conmoción que produce en la comunidad la exteriorización de la voluntad mala del autor.

## LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA. SU TIPICIDAD COMO DELITO INCOMPLETO.

La tentativa se trata de un *delito incompleto*, de un instituto en función del cual se extiende la norma contenida en el tipo a casos en que no llega a consumarse la agresión al bien jurídico.

La tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo; por lo tanto en ella el tipo subjetivo permanece idéntico a la consumación. La distinción entre delito consumado y la tentativa reside en que en la tentativa el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo.

- a. El tipo objetivo del delito tentado: Presenta las siguientes particularidades:
  1. El hecho debe consistir por lo menos en un comienzo de ejecución de la acción típica. (de lo contrario → acto preparatorio).
  2. Alguno de sus elementos padece el defecto por la falta de consumación, por ejemplo falta la muerte de la víctima a que alude el Art. 79.
- b. El tipo subjetivo del delito tentado: No difiere en nada del tipo subjetivo del delito consumado.

En el derecho pena argentino solo es admisible la tentativa de delito doloso, siendo inconcebible la “tentativa culposa”.

## DISTINCION ENTRE TENTATIVA ACABADA E INACABADA

- Tentativa acabada: (delito frustrado) Cuando el autor realizó todo cuanto estaba a su alcance pero el resultado no se produce por motivos ajenos a su voluntad. Ej.: el proyectil disparado fue a dar en la hebilla del cinturón. Estaba “todo” dispuesto para que el resultado se produjera, pero no fue así.
- Tentativa inacabada: (tentativa simple) Tiene lugar cuando hay interrupción de la conducta quedando sin ejecutarse todos los actos. El resultado no puede llegar aún a realizarse pues faltan las condiciones necesarias: Ej. El autor disparó mal y dio contra el suelo.

#### TENTATIVA Y DOLO EVENTUAL

La tentativa es un tipo *dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. De ahí que se considere que el dolo de la tentativa sea el mismo que el dolo del delito consumado. Cabe la tentativa con dolo eventual siempre que el tipo del delito respectivo admita la comisión dolosa eventual.

#### LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE. LA TENTATIVA IRREAL Y EL DELITO IMAGINARIO.

A veces alguien planea cometer un delito, pero resulta imposible que pueda consumarlo sea porque los medios empleados no son aptos para ello (matar con un arma de juguete) o porque el objeto sobre el que se pretende cometer el crimen es inexistente (hacer abortar a una mujer no embarazada).

En estos casos, el sujeto tiene la intención de cometer el delito, pero no logrará consumarlo porque los medios empleados o el objeto sobre el que actúa son inadecuados o inidóneos. → “delito imposible” o “tentativa inidónea”.

El delito imposible es un supuesto de tentativa (art. 44 CP ultimo párr.)

La tentativa inidónea se diferencia de la tentativa idónea en el empleo de un programa causal eficiente, que no obstante no concreta el resultado.

En los casos en que el delito no pueda consumarse por INEXISTENCIA DE OBJETO, la doctrina los considera como “delitos imposibles” (hacer abortar a mujer no embarazada, hurtar la cosa propia).

Cuando los medios empleados, además de ser absolutamente inidóneos resultan RIDICULOS (matar clavando alfileres en su retrato) estamos ante el supuesto de “tentativa irreal”.

Se sostiene que el fundamento del castigo de la tentativa inidónea es el mismo que el de la tentativa idónea, porque también se afecta un bien jurídico en forma de perturbación (por ej. Aun con medios ineficaces alguien ha querido matarlo).

#### EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO. CONCEPTO. NATURALEZA Y REQUISITOS. CONSECUENCIAS.

El art. 43 CP establece que “el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito. La ley premia con la impunidad a aquel que, habiendo comenzado a ejecutar el delito, desiste de consumarlo en forma voluntaria. El desistimiento es voluntario y por lo tanto impune cuando no está motivado: a- en la representación de alguna acción especial del sistema penal que ponga en peligro la realización del hecho delictivo; o b- en el convencimiento de la imposibilidad de consumarlo.

En cuanto a la naturaleza del desistimiento, unos sostienen que desaparece la antijuricidad del hecho, otros eliminan la culpabilidad, otros ven una excusa absolutoria, y otros una causa de atipicidad. El desistimiento además debe ser definitivo.

#### EL AGENTE PROVOCADOR Y EL LLAMDO DELITO EXPERIMENTAL.

Agente provocador es quien instiga a otro a la comisión de un delito para que cuando se encuentre en la etapa de la tentativa se posibilite la aplicación de la sanción penal.

En Argentina, la ley nada aclara y la doctrina se resiste a brindar impunidad a estos sujetos, considerando que sigue siendo un caso de instigación.

La situación se conoce como “delito experimental”, pues la misma ha sido creada por el agente provocador, quien a su vez ejerce una función de protección que impide el resultado típico, por lo que el delito queda en grado de tentativa.

**UNIDAD 16**  
**UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS Y SANCIONES**

**HIPOTESIS CONCURSALES**

Los casos de concurso de delitos se presentan ya sea cuando varias disposiciones penales son aplicables a una misma conducta, o cuando un agente ha ejecutado varias conductas que son subsumibles bajo una misma o distintas disposiciones penales y se debe decidir la penalidad aplicable dentro de una única sentencia. Así, en el art. 54 se contempla el concurso ideal o formal (“un hecho que cayere bajo mas de una sanción penal”), en tanto que en los art. 55 y 56 se refieren al concurso real o material (“concurrieren varios hechos independientes”).

Sin embargo hay 2 hipótesis concursales que el CP no menciona:

1. Cuando concurren varios hechos que no son independientes (“delito continuado”).
2. Cuando la tipicidad múltiple de la conducta es solo aparente, pues los tipos se excluyen (“concurso aparentes de tipos o de leyes”).

**¿EL TERMINO “HECHO” ES EQUIVALENTE A “CONDUCTA”?**

Al repasar el articulado del CP, vemos que se alude al término “hecho” y no a unidad o pluralidad de conductas. Esto dio lugar a controversias.

Para decir si hay o no un concurso de delitos hay que determinar si nos encontramos con una o con varias acciones. No será entonces, la unidad o pluralidad de resultados lo que nos indicará si nos encontramos ante una unidad o pluralidad de encuadramientos, sino que ello se determinará según la actividad final (conducta) desplegada por el sujeto → “hecho humano voluntario”. → el vocablo hecho debe ser equiparado a “conducta humana”.

**CONCURSO IDEAL**

Cuando con una sola acción se realizan varios tipos penales iguales (la bomba del terrorista que mata a varias personas) o varios tipos diferentes (la bomba mata y además produce daños materiales) surge el CONCURSO IDEAL O FORMAL. En el primer caso estamos ante el concurso ideal homogéneo (no posee relevancia penal) y en el 2º ante el concurso ideal heterogéneo.

El art. 54 CP dice “cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor”.

Los elementos o requisitos del concurso ideal son 2:

1. La unidad de acción (o conducta única)
2. La lesión de varias leyes penales (o la realización de varios tipos penales) que no se excluyan entre si (de lo contrario → “concurso aparente”).

El art. 54 establece que la pena única se forma mediante la absorción de las penas menores.

**CONCURSO REAL**

En el concurso real se da una pluralidad de acciones y una pluralidad de preceptos penales violados. Puede ocurrir que los delitos cometidos sean iguales entre si (varios hurtos) o diferentes (un robo, una violación, un homicidio). En el 1º caso, homogéneo, en el 2º heterogéneo.

El art. 55 dice “cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.

Sin embargo, esta suma no podrá exceder los 50 años de reclusión o prisión”. → “acumulación de penas o de la aspersion”.

## UNIFICACION DE CONDENAS. APLICABILIDAD DEL ART. 58 DEL CP

Así como se impone una pena única en los casos en que en una sentencia se resuelve una pluralidad delictiva que constituye un concurso real, también se aplica una pena única:

1. En los casos en que en los distintos delitos en concurso real intervienen distintos tribunales; y
2. En los casos en que el agente comete un delito mientras esta cumpliendo pena por otro anterior.

## EL DELITO CONTINUADO

El delito continuado consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distintos momentos pero en ocasiones similares, que importan la realización de un mismo tipo penal o de tipos penales de naturaleza semejante. Se caracteriza porque cada uno de las acciones que lo integran ya de por sí representan un delito consumado, pero todos ellos se valoran juntos en un solo delito → Ej. El cajero del banco que diariamente se apodera de algún dinero hasta llegar a la suma que le permita adquirir el auto que desea, no comete muchos hurtos, sino que comete un solo delito continuado de hurto.

Nuestro CP no contempla el delito continuado, pero su aceptación es innegable.

## ELEMENTOS

- **Objetivos:**
  1. Similitud del precepto penal violado. Si bien no se requiere que todas y cada una de las acciones importen la realización del mismo tipo penal, la naturaleza del precepto infringido debe ser similar (robos y hurtos). Además no se requiere que el delito haya sido consumado, sino que puede haber quedado en grado de tentativa.
  2. Cierta conexión espacial y temporal.
- **Subjetivos:** Presencia de un dolo conjunto.

## DIFERENCIAS CON EL CONCURSO REAL

En el concurso real hay pluralidad de conductas mediante la realización de hechos delictivos autónomos o independientes entre sí, que pueden violar preceptos penales iguales, similares o totalmente distintos, y que no responden a un dolo unitario. Aquí hay varios delitos mientras que el delito continuado hay uno solo.

## CONCURSO APARENTE DE TIPOS

En el concurso aparente de tipos o de leyes, de los diversos tipos en que puede encuadrarse un mismo hecho, solo uno de ellos es realmente aplicable, quedando desplazados los demás conforme a diversos criterios interpretativos.

## MODOS DE DESPEJAR EL CONCURSO APARENTE

- a. **PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD:** Cuando un precepto reproduce las características típicas de otro, añadiéndole otras específicas, el precepto más específico desplaza al más genérico (*lex specialis derogat legi generalis*).
- b. **PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD:** Según este criterio, el “precepto subsidiario” se aplicará cuando la principal no es aplicable. (ej. Cheques sin provisión de fondos se declaran subsidiarios del delito de estafa).
- c. **PRINCIPIO DE LA CONSUNCION:** Comprende aquellas situaciones en las cuales la ley da por sentado que cuando se aplica determinado tipo de delito, por él han de entenderse

consumidas otras fases de la acción realmente sucedidas y punibles. Ej: el homicidio consume las lesiones, el delito doloso al preterintencional.

**UNIDAD 17**  
**CONDICIONES DE OPERATIVIDAD DE LA SANCION PENAL**

**LA PRETENSION PUNITIVA. ¿NATURALEZA PENAL O PROCESAL PENAL?**

Frente a la infracción llevada a cabo por el transgresor, el Derecho Penal material carece de todo poder de reacción y por ello se sostiene que su realización es tarea del Derecho Procesal Penal. Mientras el Derecho Penal fija los presupuestos y el contenido de la pretensión punitiva, el Derecho Procesal Penal se ocupa de establecer si corresponde la persecución de una persona supuestamente infractora y de cómo debe realizarse tal persecución (presupuestos de admisibilidad).

La opinión mayoritaria de la doctrina argentina le acuerda a la materia de la promoción y extinción de la acción penal, naturaleza sustancial. Siendo la acción penal un poder absolutamente limitado en su contenido por las figuras delictivas, se hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Estas condiciones y límites son normas penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a tal pretensión distintos modos de nacimiento y extinción.

Para Zaffaroni, en cambio, la única razón que existe para que el CP regule el ejercicio y la extinción de las acciones reside en el respeto al principio constitucional de la igualdad ante la ley, que se vería menoscabado si esa materia pudiera ser diversamente tratada por las diferentes provincias.

La ley formal establece reglas de procedimiento para ejercer esas acciones, pero dichas normas realizadoras pertenecen al derecho de fondo, por cuanto prevén y condicionan lo que constituye el contenido sustancial de la función represiva penal. La redacción de los Arts. 72 y 73 CP es clara al respecto cuando dice que: "... son acciones... que nacen... de los siguientes delitos...".

**DISTINTAS ACCIONES PREVISTAS EN EL CP ARGENTINO**

**a. Acciones públicas (principio de oficialidad) (art. 71)**

Nuestro sistema punitivo dispone la adopción del régimen de la oficialidad en la persecución penal, con las excepciones que importan las llamadas "acciones dependientes de instancia privada" y "acciones privadas". El principio de oficialidad importa que los órganos estatales encargados de la investigación y castigo de las conductas que el CP tipifica como delitos deban actuar inexorablemente. El art. 274 CP tipifica la conducta ilícita de los funcionarios públicos que, obligados a hacerlo, no prosigan ni castigan delitos. El Ministerio Público fiscal y la Policía deben actuar de oficio. Además del principio de oficialidad, otros rasgos que caracterizan a la acción pública son: su *exclusividad*, ello es que el Estado, de oficio deberá promover la acción en forma exclusiva; la *irretractabilidad* (una vez promovida la acción no puede ser abandonada), y la *indivisibilidad* (abarca a todos los hechos cometidos – indivisibilidad real- a todos los partícipes del delito – indivisibilidad personal-).

**b. Acciones dependientes de instancia privada (art. 72)**

En el ejercicio de las acciones para perseguir los delitos a los que hace referencia el art. 72 del CP prima la libertad que debe regir la decisión de instar la acción por parte de la víctima o sus representantes legales. Una vez promovida la instancia se transforma en una acción pública. Rige para estas acciones el principio de divisibilidad real.

Los delitos cuya persecución depende de la denuncia exclusiva y excluyente de la víctima o sus representantes legales son los delitos contra la integridad sexual (abuso sexual, estupro,

**rapto). Pero además son perseguibles por instancia del ofendido las lesiones leves, sean dolosas o culposas; y el delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.**

No obstante se podrá intervenir de oficio en el caso de muerte o lesiones gravísimas a la víctima como consecuencia del delito de abuso sexual o cuando el ofendido fuere un menor que no tuviere padres, tutores ni guardadores o en el caso de que fuesen estos los victimarios. Igualmente podrá intervenir el Fiscal de oficio cuando resultare conveniente para el interés superior del menor si existiesen intereses gravemente contrapuestos entre los padres, tutores o guardadores y el menor. También podrá intervenir de oficio en el caso de las lesiones cuando mediaren razones de seguridad o interés público.

*Otros obstáculos a la actuación de oficio:* Están dados por la calidad del autor del delitos cuando para someterlos a proceso deba realizarse previamente el proceso constitucional por desafuero.

- c. Delitos de Acción privada: (art. 73) Son aquellos para cuya persecución no basta que la víctima manifieste su interés instando la acción sino que requieren que la víctima la lleve adelante por sí misma (delitos de calumnias, injurias, violación de secretos, concurrencia desleal y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima sea el cónyuge).

Para estas acciones rige el principio de divisibilidad real y personal, de modo tal que se entiende que la formulación de la pretensión del titular del derecho, a través de la querrela, se asimila a una acusación del Ministerio Fiscal y queda objetiva y subjetivamente limitada al hecho imputado y a la persona acusada.

En todos los supuestos del art. 73 debe procederse mediante la promoción de una querrela contra el autor del delito. Esto significa que ni el Fiscal o Juez de Instrucción tienen ninguna actividad instructoria.

El art. 76 CP dispone que las acciones privadas son absolutamente intransferibles, con excepción de la acción que nace de los delitos de calumnias e injurias.

#### EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La potestad del Estado de someter a proceso o imponer una pena a una persona no se mantiene indefinidamente en el tiempo ni sobrevive a ciertas causas naturales o jurídicas que determinan su fenecimiento. Así, existen impedimentos para perseguir el delito; algunos surgen de la propia ley penal (ej. El art. 59 CP) y otros de los principios constitucionales que irradian todo el sistema penal.

#### DISTINTOS SUPUESTOS

1. SENTENCIA FIRME: Con la decisión definitiva dictada en un proceso penal nace para el sujeto la garantía denominada *ne bis in idem*, o sea la imposibilidad de juzgar 2 veces a una persona por un mismo hecho. Actualmente se la comprende como la prohibición de la múltiple persecución penal. De la aplicación de este principio nace para el sujeto la posibilidad de oponer la excepción de cosa juzgada frente a la pretensión de un nuevo juzgamiento.
2. MUERTE DEL IMPUTADO: Tiene aptitud cancelatoria de la pretensión punitiva estatal con fundamento en el principio de la personalidad de la pena, y no solo implica la terminación del curso de la acción penal sino también de la posibilidad de ejecutar contra una persona una sentencia judicial (art. 59 CP). Es una causa general, ya que se refiere a cualquier clase de acción penal, y es personal, ya que solo alcanza a la persona del imputado fallecido y no puede favorecer a los restantes participantes de un hecho ilícito.

3. **LA AMNISTIA:** Es una institución de Derecho Público cuya naturaleza participa de un doble carácter: político por un lado y jurídico por el otro; porque emana de un acto de gobierno, que por causa superior busca impedir retroactivamente, mediante el olvido, la aplicación de las leyes represivas.
- Las causas especiales que la motivan radican en la necesidad de preservar el orden público del Estado mediante la obtención de la paz, la tranquilidad y la concordia. La concesión de amnistías es atribución del Congreso.
- La amnistía está contemplada como causal extintiva de la acción penal en el art. 59 inc. 2. Del art. 61 se sigue que la amnistía no solo extingue la acción penal sino que también hace cesar la condena, pero deja subsistente la posibilidad de exigir las indemnizaciones debidas a los ofendidos por el delito amnistiado.
4. **RENUNCIA DEL AGRAVIADO EN LOS DELITOS DE ACCION PRIVADA:** El art. 59 inc. 4 consagra la renuncia del ofendido como causal que impide la persecución de los ilícitos del art. 73. El art. 60 aclara que la renuncia solo afecta al renunciante y sus herederos. No es necesario que sea aceptada por el beneficiario.
5. **PRESCRIPCION:** La prescripción de la acción penal es la causa de extinción que opera por el simple transcurso del tiempo tras la comisión de un delito, según los plazos que fija la ley, y que impide el inicio o continuación de la persecución penal de los participantes en el hecho ilícito a quienes beneficia, dejándola subsistente con respecto a los demás (art. 59 inc. 3).
- a. **PLAZOS:** Los plazos de prescripción varían según la especie de la pena prevista para el delito de que se trate, y en las privativas de la libertad, también, según sean penas divisibles o indivisibles (art. 62).
- En los supuestos de delitos amenazados con penas perpetuas, el plazo de prescripción es de 15 años, si se trata de reclusión o prisión, y de 5 si se trata de inhabilitación. Cuando la prisión o reclusión fueren temporales la acción prescribirá luego del transcurso de un plazo igual al del máximo de la pena prevista para el delito, término que no podrá ser inferior a dos años ni superior a 12.
- La acción persecutoria de los delitos amenazados con inhabilitación temporal, por cualquier plazo, o multa, cualquiera sea su monto, tienen plazos fijos de prescripción: 1 año para la inhabilitación y 2 años para la multa.
- b. **IMPRESCRIPTIBILIDAD:** Es ya consagrada la doctrina de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, es decir, aquellos que afectan los derechos humanos de toda la humanidad sin importar quien sea la víctima.
- c. **COMIENZO DEL PLAZO:** el art. 63 se refiere a los delitos cuya consumación se produce en modo instantáneo y determina que empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito. En los delitos permanentes la prescripción comenzará a correr desde la medianoche del día en que se produjo el último acto consumativo.
- En los delitos que exigen la producción de un resultado material para considerárselos consumados, el plazo se computará desde el momento de producción del daño efectivo y, en los que no lo exigen, tendrá lugar desde la realización del comportamiento del sujeto activo.
- En caso de concurso ideal de delitos, como se trata de un solo delito, la prescripción debe regirse por la de la pena mayor, que es la única aplicable.
- En el caso de concurso real de delitos, como la comisión de un nuevo delito interrumpe el cómputo del plazo de prescripción desde el nuevo hecho se comienza a

recontar el plazo de la prescripción del primero y corre **paralelamente** al plazo de la prescripción del nuevo delito. La última parte del art. 67 dice: "La prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para delito y para cada uno de sus partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo".

- d. **SUSPENSIÓN DEL PLAZO:** La suspensión de la prescripción importa la paralización del cómputo del plazo para que se extinga una acción penal ejercida anteriormente o aun sin iniciar. Removida la causa de suspensión el tiempo ya corrido no se pierde, se adiciona al que pueda transcurrir en el futuro.
- I. Cuestiones previas o prejudiciales: Operan impidiendo la iniciación del proceso penal, tal el juicio político, o deteniendo su curso como la prioridad de juzgamiento (cuando a una persona se le impute un delito federal y uno común, será juzgado 1º por el federal).  
La única cuestión prejudicial (que es aquella que obsta al dictado de una sentencia penal hasta tanto exista una resolución en otro juicio) que puede suspender el curso de la prescripción de la acción penal es la necesidad de que el Juez Civil resuelva el juicio sobre las causales de nulidad del matrimonio anterior para que el Juez Penal pueda resolver la causa sobre el delito de bigamia.
  - II. Delitos cometidos durante el ejercicio de la función pública: Se suspende el plazo de prescripción de la acción penal respecto de cualquiera que haya participado en la comisión de delitos contra la Administración Pública (cohecho, malversación de caudales públicos, enriquecimiento ilícito, peculado, etc.) mientras alguno de ellos se encuentre desempeñando un cargo público.
  - III. Delitos de los arts. 226 y 227 bis del CP: En los casos de delitos de rebelión (art. 226) y de consentimiento o cooperación con ella (art. 227 bis) se suspende el plazo hasta el restablecimiento del orden constitucional.
  - IV. Suspensión del Juicio a prueba mientras dura la suspensión: Si el tribunal hace lugar al pedido de *probation*, se suspende el juicio por el plazo de entre 1 y 3 años según la gravedad del delito, y durante ese período queda suspendida la prescripción de la acción penal.
- e. **INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN:** Cuando se produce la interrupción del plazo de prescripción se borra el plazo ya transcurrido; y ocurrido el acto interruptor comienza un nuevo término. La ley 25990 modificó los párrafos 4 y 5 del art. 67 del CP. El resultado de la reforma fue que mantuvo como causa interruptora de la prescripción la comisión de un nuevo delito, pero sustituyó la causal *secuela de juicio* por una serie de actos interruptores más precisos.
- I. La comisión de nuevo delito: La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito. Por delito debe entenderse no solo acción típica, antijurídica y culpable, sino que además no concorra ninguna circunstancia que impida la punición real del hecho y su autor, ya que se impone que medie pronunciamiento condenatorio firme.
  - II. Los actos del proceso: Antes de la reforma por la ley 25990 el CP decía que se interrumpía la prescripción por la secuela del juicio. No era fácil interpretar el término secuela y en qué sentido se utilizaba el término juicio.  
La tesis restringida sostenía que el término juicio hacía referencia al debate contradictorio que se inicia luego del requerimiento de elevación a juicio del fiscal de instrucción; la tesis amplia en cambio pretendía que también interrumpían la prescripción algunos actos del proceso durante la instrucción, aún cuando no había acuerdo sobre cuáles actos procesales tenían aptitud interruptora.

La ley 25990 zanjó la cuestión inclinándose por una posición amplia al introducir una serie de actos procesales susceptibles de interrumpir la prescripción: el primer llamado efectuado a una persona en el marco de un proceso judicial, con el objeto de recibirle declaración indagatoria por el delito investigado; el requerimiento acusatorio de apertura o elevación a juicio, efectuado en la forma que lo establezca la legislación correspondiente; el auto de citación a juicio o acto procesal equivalente; y el dictado de sentencia condenatoria, aunque la misma no se encuentre firme

6. PAGO VOLUNTARIO DE LA MULTA (art. 64): La satisfacción de la multa, que consiste en el pago de una cantidad de dinero al ofendido por el delito, solo extingue la acción penal de los delitos reprimidos únicamente con ella. No es aplicable el art. 64 si además de la pena de multa, al delito se lo reprime con otra pena aplicable alternativa, conjunta, accesoria o complementariamente.

El pago debe ser del *maximun* de la multa correspondiente al delito imputado y de las indemnizaciones a que hubiere lugar, si se hubiese iniciado el juicio. El máximo es el establecido por la ley para el delito.

Mientras no se haya iniciado el juicio, la acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá por el pago voluntario del mínimo de ésta.

7. El cumplimiento de todas las condiciones establecidas en el artículo 76 ter para la suspensión del juicio a prueba: Además del requisito material de posibilidad de condenación condicional, la ley 24316 que incorporó el instituto de la suspensión del juicio a prueba en los art. 76 bis a quáter - exige otras condiciones positivas y negativas. Las primeras son el *ofrecimiento de reparación a la víctima*, y el *cumplimiento de las reglas de conductas* que el Tribunal establecerá conforme al art. 27 bis y que el imputado deberá cumplir durante el plazo en que esté suspendido la celebración del juicio. La negativa es la *no comisión de un delito* durante el pazo de suspensión.

El art. 76 ter establece que si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas se extinguirá la acción penal.

8. AVENIMIENTO CON EL IMPUTADO PROPUESTO POR LA VICTIMA DE DELITO SEXUAL: El art. 132 prevé que en los delitos de abuso sexual simple, abuso sexual gravemente ultrajante y abuso sexual con acceso carnal, estupro y rapto, si la víctima de estos delitos fuese mayor de 16 años podrá proponer un avenimiento con el imputado.
9. LA RETRACTACION PUBLICA EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR: La contracara de la renuncia del agraviado prevista por el inc. 4 del art. 59 es la retractación pública del querellado, prevista por el art. 117 CP. La retractación debe hacerse antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo.

#### LA CONDENA CONDICIONAL

Impide el cumplimiento efectivo de prisión de la condena. Lo que se suspende al condenar condicionalmente es la ejecución penal de la condena; y vencido el plazo de ésta, y cumplidas las condiciones a la que se somete la suspensión, si el condenado no comete un nuevo delito dentro de los 4 años a contar desde el pronunciamiento, la condenación se tendrá por no pronunciada

(art. 27). Prueba de ello es que transcurridos 8 años -o 10 si ambos delitos son dolosos- se puede obtener una segunda condena condicional.

#### REQUISITOS LEGALES DE OPERATIVIDAD

Debe tratarse de la 1º condena del individuo a una pena privativa de la libertad que no exceda de 3 años. Asimismo podrá ser otorgada por 2º vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de la primera condena o 10 años si ambos delitos fueran dolosos.

No procede la condenación condicional para las penas de multa e inhabilitación, lo que no obsta a que la de prisión que puede imponerse en modo conjunto con la de inhabilitación sí lo sea, siendo solo de efectivo cumplimiento esta última.

#### ¿FACULTAD DEL JUEZ O DERECHO DEL IMPUTADO?

Dado que el art. 26 habla de que será facultad de los tribunales dejar en suspenso la pena y que tal decisión deberá ser fundada, suele entenderse que por regla las penas son de cumplimiento efectivo y excepcionalmente el juez puede disponer que su ejecución sea condicional, fundando su decisión en *la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir y la naturaleza del hecho*. → esto prohíbe el total arbitrio del juez para otorgarla.

Sin embargo Zaffaroni opina que se trata de un derecho del imputado que nace con el cumplimiento de los recaudos materiales (primera condena a pena inferior a 3 años).

#### CONDICIONES

La principal condición a que queda sometida la condenación condicional es la abstención delictiva, ya que si el condenado comete un nuevo delito dentro del término de 4 años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el 2º delito.

Según el art. 27 bis, la suspensión de la pena también está sujeta al cumplimiento de reglas de conducta que se impondrán al condenado, quien deberá cumplirlas.

#### LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA (“PROBATION”)

Por ley 24316 se agregó al CP en su art. 76 bis, ter, quater, un instituto del derecho anglosajón “*probation*”. Se trata de un instituto por el cual, cumpliéndose los requisitos predeterminados, el Estado renuncia a su potestad punitiva.

Consiste en la paralización del trámite del proceso penal iniciado en contra de una persona, durante un cierto lapso, siempre que se den los recaudos de admisibilidad de procedencia. Durante el periodo de suspensión el sujeto quedará sometido a determinadas reglas de conducta impuestas por el tribunal. Cumplidas estas reglas se extinguirá la acción penal. Caso contrario, la causa continuará con el trámite correspondiente.

#### CONDICIONES DE OPERATIVIDAD. TESIS AMPLIA Y TESIS RESTRINGIDA

Del 1º párr. del art. 76 bis parece surgir que el instituto es aplicable a los delitos que son amenazados en abstracto con una pena que no supere los 3 años (“delitos no graves”).

Pero ello dejaría afuera de su aplicación otros muchos delitos que si bien prevén penas superiores en su máximo a los 3 años, tienen previsto un mínimo que permitiría que se aplique al momento del dictado de la sentencia una pena de ejecución condicional.

- La teoría restrictiva sostiene que no se puede aplicar la suspensión del juicio a prueba a delitos que posean una pena prevista mayor de 3 años, aun cuando en concreto la pena afectiva aplicada no exceda tal número de años (*probation* solo para delitos no graves). Fallo Kosuta.
- La teoría amplia, estima que la aplicación del instituto cubre todos los delitos, distinguiendo que no requiere consentimiento del Ministerio Público para las penas que no excedan de 3 años y sí requiere consentimiento del fiscal en aquellos que lo supera, admitiendo la aplicación analógica del art. 76 bis a aquellos delitos que poseen en abstracto una pena prevista con máximo superior a los 3 años, siempre que en concreto la pena a imponerse sea de 3 años o menor.

#### OTRAS CONDICIONES

El imputado al presentar la solicitud, deberá ofrecer reparar el daño en la medida de lo posible, lo que significa resarcir a la víctima dentro de sus posibilidades económicas. El damnificado podrá o no aceptar la indemnización, si no lo hiciere, ello no será impedimento para que el tribunal la conceda igualmente.

No procederá este beneficio en los hechos cometidos por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones ni en los casos de delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Si el fiscal no prestara su consentimiento en modo fundado, el Tribunal no podrá conceder la *probation*.

#### REVOCACIÓN DEL BENEFICIO

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecida, extinguirá la acción penal (art. 76 ter). En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados a favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Para su revocación, se requiere una sentencia condenatoria firme. Si se dictara dentro del plazo de prueba, la *probation* otorgada por el primer hecho se revoca, debiendo realizarse el juicio, y la condena que recaiga no podrá ser de ejecución condicional.

La suspensión del juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

#### DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA PENA. EL SISTEMA DEL ART. 41 CP

La individualización de la pena es la precisión que se hace en cada caso concreto para determinar la cantidad y calidad de los bienes jurídicos de que es necesario y posible privar al autor de un delito.

Nuestro sistema legal ha escogido el mecanismo de indeterminación de la pena, y deja al juez la tarea de determinar su monto entre un mínimo y un máximo. Para hacerlo, el juez debe fundar su decisión. Así deberá valorar la magnitud del injusto y de la culpabilidad, sin perjuicio de admitir el correctivo de la peligrosidad del autor. El art. 40 señala que en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad, los tribunales fijaran la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso. El art. 41 señala criterios generales:

- La naturaleza de la acción y los medios empleados

- La extensión del daño y el peligro causado
- La edad, la educación, costumbre, conducta precedente y demás antecedentes y condiciones personales
- La calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, miseria o dificultad para ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos
- La participación que haya tomado en el hecho
- Las reincidencias y demás antecedentes y condiciones personales.
- Los vínculos personales y la calidad de las personas
- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión
- Juicio de peligrosidad (pronostico respecto del obrar futuro del condenado después del cumplimiento de la pena).

#### PROHIBICION DE DOBLE VALORACION

Cuando un tipo penal ha tomado en cuenta ciertas características objetivas del hecho o subjetivas del autor o la victima para agravar la penalidad de la figura básica, no es posible computar ese agravante específico como agravante genérico.

#### AGRAVANTES POR USO DE ARMAS DE FUEGO Y POR LA INTERVENCION DE MENORES

El art. 41 bis establece que cuando algunos de los delitos previstos el CP se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego, la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de la especie de pena que corresponda.

El art. 41 quater establece que para todos los delitos previstos en el CP, cuando sean cometidos con la intervención de menores de 18 años de edad la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado.

#### ATENUANTE POR ARREPENTIMIENTO

El art. 41 ter establece que las escales penales previstas en los art. 142 bis y 170 CP podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la victima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores de hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de 8 a 15 años. Solo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a las personas a quienes identificasen.

#### AGRAVANTE DERIVADA DE LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIGENCIA DE LA CN

El art. 227 CP dispone que el máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la CN. No se aplica a los delitos que contemplan como elementos constitutivos los atentados contra la vigencia de la CN, y lo contrario afectaría la prohibición de la doble desvaloración.

#### LA LIBERTAD CONDICIONAL

La libertad condicional regula la posibilidad de que el condenado a una pena privativa de libertad pueda recuperar su libertad anticipadamente y por resolución judicial.

El art. 13 establece que:

- el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido 35 años de condena,
- el condenado a reclusión o a prisión por mas de 3 años que hubiere cumplido 2/3 de la condena...
- y el condenado a reclusión o prisión por 3 años o menos, que hubiere cumplido 1 año de reclusión u 8 meses de prisión,...

observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social bajo ciertas condiciones.

Se discutió acerca de si la libertad condicional es un derecho del imputado o si su concesión es una facultad del Tribunal.

Una vez cumplidos los recaudos temporales y habiéndose obtenido el informe de vida carcelaria y el pronostico de reinserción favorable, el juez de ejecución de la pena no puede denegar el derecho.

Se trata de una etapa de la ejecución de la pena sin encierro, sometida al cumplimiento de la condición de abstención delictiva y de residencia fija. Si se observa el cumplimiento de esas condiciones la pena se agota a su vencimiento; de lo contrario, no se tendrá en cuenta en el computo de la pena el tiempo que estuvo en libertad.

Al concederse la libertad condicional deberá cumplir las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas, utilizar estupefacientes, adoptar oficio, arte, industria o profesión, no cometer nuevos delitos, someterse al cuidado de un patronato, etc...

La libertad condicional no se concederá a los reincidentes (art 14 CP). Tampoco a ningún penado cuya libertad condicional le haya sido revocada.

Una vez transcurrido el término de la condena o el plazo de 5 años señalado en el art. 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida.

#### LA EJECUCION DE LA PENA

Tanto en el ámbito nacional, con la ley 24460, como en la provincia de BS AS, con la ley 12256, la ejecución de la pena judicializado. Es decir que ya no es del PE Nacional o Provincial, de quien dependen los servicios penitenciarios, sino que el PE administra el encierro y el Juez de Ejecución controla las condiciones del mismo, debiendo garantizar el cumplimiento de la detención en condiciones dignas, evitar arbitrariedades y ser instancia de apelación en las sanciones que se impongan al detenido, sea procesado o condenado, procurando una adecuada reinserción social. Para hacerlo, el condenado deberá ir atravesando distintas etapas, guiado por una constante evaluación llevada adelante por los organismos técnicos y criminológicos, que determinará el cumplimiento de cada etapa y la posibilidad de ingresar a la otra, acercándose al egreso definitivo. Una de las distinciones mas importantes entre el régimen nacional y provincial es que en el ultimo, la ubicación o reubicación del detenido será dispuesta, desde el ingreso a la Unidad del Servicio Penitenciario, porque la Junta de Selección en base a informes elevados por grupos de admisión y seguimiento. En la ley nacional, en cambio existe un régimen progresivo y luego del cumplimiento de cada etapa se ingresa a la siguiente.

#### LA REINCIDENCIA (art. 50)

La reincidencia es la recaída en el delito, tras una sentencia condenatoria, cuando la pena se hubiera cumplido, total o parcialmente. La reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito.

La reincidencia de nuestro derecho es “genérica” porque no exige que el 2º delito sea igual al anterior. Es “real” porque requiere que la pena impuesta por el 1º delito haya sido cumplida efectivamente.

La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél, que nunca excederá de 10 ni será inferior a 5 años.

- a. Su constitucionalidad: Se cuestionó la constitucionalidad de la reincidencia por afectación del principio *non bis in idem*, en tanto el primer hecho ya juzgado es nuevamente puesto a cuenta del condenado por el 2º delito. RESPUESTA: el ámbito de operatividad de la reincidencia se limita al nivel de la culpabilidad, ajustando el juicio de punibilidad a la reprochabilidad del agente, razón por la cual la tipicidad no se halla en juego y queda a salvo la garantía *non bis in idem*.
- b. Diferencia con la situación planteada en el art. 58 del CP: La vinculación entre la reincidencia y el primero de los 2 supuestos previstos por el art. 58 CP es que en este último artículo de unificación de penas prevé la aplicación de las reglas del concurso de delitos también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que este cumpliendo pena por otro hecho distinto. El presupuesto es el mismo, pero aparecen 2 situaciones diferentes: o bien el hecho por el que debe juzgarse es anterior a aquel por el que fue condenado o es posterior al dictado de aquella condena. Si es anterior se trata de un supuesto de simple *reiteración delictiva*. El individuo debió ser juzgado en un mismo proceso por ambos hechos pero por alguna razón no lo fue. Si, en cambio, el hecho por el que debe ser juzgado nuevamente fue cometido luego de la imposición de la condena anterior, entonces este es un caso de reincidencia. En este caso, la sentencia que condena por el nuevo hecho debe unificar la pena correspondiente a éste con la impuesta a la condena anterior- o con su parte no cumplida- aplicando las reglas del concurso real de delitos, pero manteniendo la vigencia de la condena anterior.

#### MÚLTIPLE REINCIDENCIA

Según el art. 52 CP se impondrá reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena cuando la reincidencia fuere múltiple, en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores:

- 4 penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de 3 años
- Cinco penas privativas de libertad, de 3 años o menores.

Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el art. 26.

#### LIBERTAD CONDICIONAL EN CASO DE RECLUSIÓN ACCESORIA POR TIEMPO INDETERMINADO

Dice el art. 53 CP que en los casos de pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, transcurridos 5 años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional al reo, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el art. 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos 5 años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el art. 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos 5 años de su reintegro podrá solicitar nuevamente su libertad condicional.

**UNIDAD 18**  
**EL DERECHO PENAL ARGENTINO**

**EVOLUCION DEL DERECHO PENAL ARGENTINO**

a) EPOCA DE LA COLONIA

La legislación española rigió las relaciones jurídicas de la colonia, siendo así de aplicación la Nueva Recopilación (1467) y numerosos ordenamientos (Alcalá, Montalvo, etc.). Las penas contenidas en esas leyes españolas eran severísimas, conforme a los criterios dominantes de la época. Regía la pena de → muerte, horca, garrote, decapitación, fusilamiento. Una característica de esta legislación fueron las penas fijas, severas, inspiradas en la retribución que se graduaban según la condición social del reo.

b) EL DERECHO PENAL PATRIO

En 1810 el Virreinato del Rio de la Plata rompió su subordinación política con la Corona española, pero su sociedad permaneció organizada como estaba, con sus leyes civiles y penales, su administración de justicia y su tradición eminentemente española.

Los primeros gobiernos patrios no se ocuparon mayormente de la reforma legislativa, continuando en vigor la Nueva Recopilación y demás ordenamientos españoles. De todos modos se fue elaborando una legislación penal fragmentaria y regional (leyes sobre el robo, tenencia de armas, Dec. 1811 sobre Seguridad Individual, represión de la piratería, abolición de tormentos, etc.).

La Declaración de la Independencia en 1816 trajo como consecuencia la necesidad de adoptar un cuerpo de leyes propio. En virtud del Reglamento de 1817, se resolvió seguir aplicando la legislación española.

En este periodo se registra el 1º intento de codificación penal llevado a cabo por el jurista francés Guret Bellemare. Se interrumpió su trabajo, regresó a Francia y su obra quedo inconclusa.

Cabe destacar el decreto de Urquiza de 1852 por el cual crea una Comisión codificadora que debía proyectar 4 códigos, entre ellos el penal, aunque los sucesos políticos ocurridos con posterioridad motivaron que su tarea quede también inconclusa.

c) PERIODO DESDE LA CONSTITUCION DE 1853 HASTA EL 1º CODIGO PENAL PARA TODO EL PAIS Y TODOS LOS DELITOS

Sancionada la Constitución de 1853 se dictaron las leyes: 27 (1862), 48 (1863) que conciernen a la jurisdicción de los tribunales nacionales, y la ley 49 (1863) que en cierto modo puede considerarse como un Código Penal. Legisla sobre el delito de traición y los que comprometen la paz y dignidad de la Nación, el de rebelión, sedición, piratería, el cohecho, etc.

- EL CODIGO TEJEDOR (L-C): Por decreto del PE de 1864 se designa a Tejedor para redactar el Código Penal, labor que culmina en 1868 y que tuviera decisiva influencia en nuestra legislación penal, no solo porque sirvió de base al código sancionado en 1886, sino también porque tuvo vigencia en casi todas las provincias argentinas.

Se trata de un código de corte liberal que sigue los lineamientos del código de Baviera (Feuerbach). Tuvo poca fortuna legislativa ya que la dificultad del pensamiento germano hizo que se lo interpretara con el pensamiento francés o italiano, dando lugar a duras críticas.

El proyecto Tejedor comprende 2 partes: la primera dedicada a las disposiciones generales; y la segunda a los crímenes, delitos y sus penas (entre las que figura la pena de muerte para los crímenes más graves).

Se dividen las infracciones a la ley penal en 2 clases: las más graves crímenes; y las menos graves se dividen en delitos y contravenciones.

- EL PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCIA: En 1868 se sanciona la ley 250 que autoriza al PE a nombrar 3 abogados para que estudien el Proyecto Tejedor y luego presenten las conclusiones al respecto. La comisión quedó definitivamente constituida por Villegas, Ugarriza y García. Extendiéndose una década en su mandato, la comisión presentó en 1881 otro proyecto cuya mas importante innovación fue la eliminación entre crímenes y delitos, así como disposiciones de derecho penal internacional y toma en consideración el principio real o de defensa en orden a la aplicación de la ley penal en el espacio. No tuvo tratamiento legislativo por el Congreso Nacional, sin embargo fue adoptado por la provincia de Córdoba.
  - EL CODIGO PENAL DE 1886: La comisión de la Cámara de Diputados que debía considerar el Proyecto anterior, no cumplió con esta cometido sino que redactó otro que se baso en el Código Tejedor con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Códigos de la citada Cámara. Se trató del 1º Código Penal sancionado por el Congreso (ley 1920). Suprimió la distinción entre crímenes y delitos contenida en el Proyecto Tejedor, estableció penas privativas de libertad más elásticas, aunque conservó la pena de muerte.
  - EL PROYECTO DE 1891: El texto del Código de 1886 adolecía de incoherencias e imperfecciones que indujeron al PE a designar a Rivarola, Piñero y Matienzo para que proyectaran su reforma. Los nombrados presentaron su proyecto en 1891. El aporte mas importante de este proyecto estaba en su parte especial, que poseía una estructura que fue luego seguida por el CP actual. En materia de penas establecí la de muerte, presidio, deportación, penitenciaria, multa, inhabilitación y destierro. Fijó normas sobre el concurso de delitos y la reincidencia, y contempló también la libertad condicional. El proyecto fue enviado al Congreso y sometido por la Cámara de Diputados al dictamen de una Comisión, la que terminó opinando que no era necesario reemplazar el código vigente en su totalidad, bastando con la sanción de reformas al mismo.
  - LEY DE REFORMAS 4189: En 1903 se promulga la ley 4189 que derogó todos los arts. del Título Primero, salvo el referido a la presunción de dolo, o sea, como dijo Herrera: “mantuvo lo peor”, derogó también varias disposiciones referentes a tentativa y participación y estableció nuevas escales penales para ambos institutos. Introdujo un buen número de reformas a la parte especial.
  - EL PROYECTO DE 1906: Las críticas que provocó la reforma fragmentaria llevada a cabo por la ley 4189, originaron el nombramiento de una Comisión, que tendría a su cargo otro proyecto de reformas mas orgánico. Sus miembros fueron: Beazley, Rivarola, Saavedra, Moyano-Gacitúa, Piñero y Ramos-Mejía, quienes elevaron al PE en 1906 un Proyecto de Código Penal y el PE lo giró al Congreso, pero nunca fue tratado. Siguió en general los lineamientos del Proyecto de 1891, aunque mejorándolo y debe considerársele un proyecto avanzado para la época.
- d) EL CODIGO DE 1921: En 1916 el diputado Moreno exhuma el fracasado proyecto de 1906 y luego de someterlo a una revisión lo presento a la Cámara de Diputados con unas treinta modificaciones: supresión del libro sobre “faltas” y de toda mención al tema en el CP, abolición de la pena de muerte, disminución de la penalidad en el homicidio, aumento de la

penalidad de los delitos contra la honestidad, incorporación al CP de las disposiciones contenidas en la ley 9143 que reprimía la trata de blancas; y otras de menor importancia.

El proyecto quedó convertido en ley en 1921 –ley 11179- y promulgada mediante decreto del presidente Hipólito Yrigoyen del mismo año, entrando a regir desde 1922.

Como dice Baigún, el Código de 1921 es en definitiva el resultado de la convergencia de las formulaciones más moderadas de las distintas corrientes del pensamiento penal, y más allá de la necesidad de su actualización acorde a la problemática criminal de los tiempos modernos, la sobriedad de su texto expresado en sus formulas amplias y breves sin casuismo, permitió un buen desarrollo dogmático y, en definitiva, una aplicación racional del sistema penal.

e) REFORMAS Y PROYECTOS POSTERIORES A 1922

- LOS PROYECTOS DE ESTADO PELIGROSO: Ante la presión de las ideas positivistas, entre 1923 y 1928 hubo varios intentos de enmendar el texto del CP con la incorporación de medidas asegurativas para sujetos peligrosos. Así fueron presentados algunos proyectos de “estado peligroso” en los que se contemplaban medidas a adoptar en casos de vagancia, mendicidad, ebriedad y demencia. Ninguno de estos intentos tuvo aceptación parlamentaria y fueron desechados.
- EL PROYECTO DE 1937: por decreto del PE se designa a Coll y Eusebio Gómez para que prepararan un proyecto de reformas al CP, quienes elevaron su trabajo en 1937. Nunca fue tratado. La influencia del positivismo se evidencia en el proyecto. Poseía 393 art. fundamentados en tres postulados básicos: defensa social; sustitución del criterio objetivo por el criterio subjetivo, que permitía juzgar antes que al delito al autor; y aplicación de peligrosidad. Adapta el criterio de responsabilidad legal como fundamento de la sanción; reincorporaba el régimen de menores al CP; y el sistema de “sanciones” se componía de reclusión, prisión, internación manicomial o establecimiento de tratamiento, expulsión del país, inhabilitación y multa (no incluyendo la pena de muerte).
- EL PROYECTO DE 1941: El diputado Peco presentó un proyecto de CP que había elaborado sin comisión oficial alguna. Calificaba a su obra como “neo-positivista”. El proyecto de 1941, de cuidadosa elaboración –aunque enrolado en una perimida corriente de pensamiento- funda la aplicabilidad de la sanción penal en la imputabilidad moral del delincuente, en tanto que a la peligrosidad la coloca como fundamento de la aplicación de medidas de seguridad al inimputable. Nunca fue tratado por el Congreso.
- EL PROYECTO DE 1953: El PE decidió elaborar otro proyecto y por decreto designó a Levene, Maldonado y Laplaza, pero por distintas razones los 2 últimos abandonaron la tarea, quedando Levene a cargo de la redacción definitiva del Proyecto. En 1953 el proyecto fue presentado en el Ministerio de Justicia, pero nunca se registro su ingreso en las cámaras legislativas. Excluía el régimen de menores que se reservaba a una ley complementaria. Tenía un tinte positivista bastante desdibujado, no obstante las numerosas referencias a la peligrosidad.
- EL PROYECTO DE 1960: Fue redactado por Soler, quien elevó su anteproyecto al PE en 1960. Fue sometido a una comisión asesora, consultiva y revisora, que aconsejó su aprobación, aunque propuso una planilla de modificaciones. Con las modificaciones introducidas quedo conformado el proyecto definitivo, que el PE remitió al Congreso. Producida la disolución del Congreso por el golpe de estado de 1962, el tratamiento del proyecto quedo interrumpido.  
Esta obra constaba de 373 arts. En general, el texto mantenía la línea del CP 1921 en cuanto a las penas, pero recogía instituciones de tendencia no bien definida de los textos y proyectos de la posguerra.

En el delito, contemplaba el tiempo, lugar y forma del hecho, previendo aquí la posición de garante respecto de la omisión. Distinguía la tentativa de la frustración. Como causa de justificación consideraba el cumplimiento de la ley, el estado de necesidad y la legítima defensa. Como causas de inculpabilidad consideraba al error –de hecho y de derecho–, la coacción y la necesidad exculpante. Contemplaba la imputabilidad disminuida y contenía una disposición especial sobre la *actio liberae in causa*. En cuanto al sistema de penas las dividía en principales (reclusión, prisión y multa) y accesorias (inhabilitaciones, absoluta y especial). Como medida de seguridad preveía la internación de los inimputables, la de semi-imputables no peligrosos y peligrosos y la reclusión por tiempo indeterminado de delincuentes peligrosos o por tendencia.

- EL DECRETO-LEY 17567/68: Esta ley dio vigencia al proyecto de reformas elaborado por la Comisión integrada por Soler, Fontán Balestra y Aguirre-Obarrio, el que introdujo varias de las ideas plasmadas por el primero en el proyecto de 1960. El texto, por la importancia de las modificaciones que produce, prácticamente constituye un nuevo código o por lo menos cambia la configuración tradicional del CP 1921. Su vigencia expiró en 1973 cuando fue derogado por ley 20509 retornando el país a la democracia.
- LOS PROYECTOS DE PARTE GENERAL DE 1973 Y 1974: En 1972 se designó una comisión para que proyectase un CP integrada por Soler, Aguirre-Obarrio, Marquardt y Cabral quienes redactaron un proyecto de parte general que seguía la línea trazada por el proyecto de Soler de 1960 con algunas mejoras. No llegó a ser discutido porque en 1973, al asumir el gobierno constitucional, se sancionó la ley 20509 que además de derogar casi todas las reformas introducidas por los gobiernos de facto, dispuso la formación de una comisión reformadora de las leyes penales, que quedó constituida por Dec. 480/73. Esta comisión integrada por Porto, Aftalion, Bacigalupo, Acevedo, Levene y Masi, quienes elaboraron un proyecto de parte general que fue publicado a fines de 1974 y sometido a evaluación de otros tratadistas. El golpe de estado de 1976 impidió el tratamiento legislativo de este proyecto.
- EL PROYECTO DE 1979: Por resolución N° 72 (1976) del gobierno de facto se nombró una comisión redactora integrada por Soler, Rizzi, Aguirre-Obarrio y Cabral, quienes se expidieron en 1979 elevando un proyecto de CP que sigue el espíritu que animaron los proyectos de Soler 1960 y 1973. La dictadura militar no atendió la propuesta de esta comisión: le alcanzaba con la ley de facto 21338 por la que se restableció casi integralmente el decreto-ley 17567 a la que adicionó la incorporación de la pena de muerte para ciertos delitos.
- EL PROYECTO DE 1998: Por resolución del Ministerio de Justicia, en 1997 se designa una comisión encargada de redactar un proyecto de reformas al CP que se ocupa de presentar a la consideración de legisladores, magistrados, profesores universitarios y expertos, un trabajo de parte general y autolimitado a 2 aspectos: el concerniente al hecho ilícito y el capítulo de penas y medidas de seguridad.

Acerca del hecho ilícito, sienta el principio de que no hay hecho penalmente punible si el autor no ha actuado con dolo o culpa, excluyendo así la posibilidad de responsabilidad objetiva. Incorpora la omisión impropia, cuando existe un deber jurídico de actuar o por un actuar precedente, requiriéndose además, que la omisión equivalga al hacer. Regula las eximientes completas e incompletas; en materia de error, adopta la moderna clasificación entre error de tipo y error de prohibición.

Incorpora una cláusula por la que se regula el denominado *actuar en nombre o en lugar de otro*, que viene a cubrir un vacío de punibilidad que se da en los delitos especiales propios.

En cuanto a las penas y medidas de seguridad, el proyecto parte de la base de que el fundamento para la determinación de la pena es la culpabilidad del autor o partícipe y el contenido del ilícito cometido, de modo tal que la pena no puede ser mayor que la culpabilidad y la gravedad contenida en el ilícito. No recibió tratamiento parlamentario.

#### **LA BIBLIOGRAFIA PENAL ARGENTINA**

Siguiendo la clasificación que hace Zaffaroni en periodos relacionados con la evolución de la ciencia penal argentina, podemos citar las siguientes:

- a) Como *obras generales antiguas*, que abarcan hasta la sanción del CP de 1921, podemos señalar, a Carlos Tejedor, Manuel Obarrio, Moyano Gacitúa, Osvaldo Piñero, Rodolfo Rivarola, Julio Herrera.
- b) En un periodo intermedio, ya sancionado el CP de 1921, pueden señalarse: González Roura, Juan Ramos, Alfredo Molinario, Eusebio Gómez, José Peco, Rodolfo Moreno.
- c) En 1940 se inicia en nuestro país el *periodo dogmatico* con la aparición de la obra de Sebastián Soler. Tuvo 2 meritos incuestionables: sepultar al positivismo, e inaugurar la etapa dogmatica en Argentina. Pertenecen a este periodo: Ricardo Núñez, Carlos Fontán Balestra, Luis Jiménez de Asúa.
- d) A partir de los años 60 y 70 comienza la tarea de divulgación amplia de la tesis finalista a través de los aportes significativos de Enrique Bacigalupo y de Eugenio Zaffaroni.

#### **ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACION POSITIVA. LA POLITICA CRIMINAL DE LOS ULTIMOS AÑOS Y EL LLAMADO "DISCURSO DE EMERGENCIA". EL DERECHO PENAL FRENTE A LAS TENDENCIAS EXPANSIVAS. (Sierra)**

La ley penal es siempre excepcional, y es la *última ratio*. Sin embargo, en nuestro país se viene dando un crecimiento desmedido de las leyes penales que se ha agudizado últimamente. Generalmente son la resultante de un discurso de emergencia que, fundado en un hecho nuevo o extraordinario, cree que la respuesta al mismo se encuentra en la ley penal.

Este fenómeno no es particular de nuestro país, sino que responde a tendencias del moderno Derecho Penal. El rumbo parece cada vez mas claro: mayor dureza en la respuesta punitiva, acompañada de criterios altamente selectivos de los destinatarios de la sanción penal: aquellos que se manifiestan de una forma u otra contra el sistema, que se convierten en enemigos de la ley y el orden. El derecho penal del futuro parece enmarcado en la no tolerancia.

La situación de inflación legislativa puede tornarse alarmante en la medida en que se tipifiquen como delitos conductas carentes de la entidad para ello se aumenten groseramente los castigos penales, cosa que no se corresponde a las tradiciones de nuestro derecho penal liberal.