

Eugenio Raúl Zaffaroni

# ESTRUCTURA BASICA DEL DERECHO PENAL



Buenos Aires - Argentina

Zaffaroni, Eugenio Raúl

Estructura básica del derecho penal. 1ª ed. - Buenos Aires:  
Ediar, 2009.

290 p. + DVD; 21x15 cm.

ISBN 978-950-574-251-6

1. Derecho Penal. I. Título  
CDD 345

IMPRESO EN LA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723*

*Copyright by Editora AR S.A.*

*Tucumán 927, 6º piso*

Buenos Aires

2009

A los Sres. Profesores  
Dres. Isidoro De Benedetti  
y Ricardo Levene (h)  
*in memoriam*



## PRESENTACIÓN

Este texto se basa en apuntes para cursos dictados en México y en Brasil. Agradecemos las observaciones que nos formularan los colegas Fernando Arnedo, Rodrigo Codino, Adrián Fernández, Gabriela Gusion, Graciela Otano, Alejandro Slokar, Renato Vannelli, Pablo Vega, Romina Zárate y Martín Magram. Este último en particular, ya que sin su colaboración no hubiera sido posible acompañar la grabación adjunta.

Nos proponemos mostrar una estructura fundamental libre de discusiones doctrinarias. Tanto la insostenible situación de la legislación penal –meros escombros de lo que fue un respetable código– como la multiplicación teórica dificultan exponer con claridad los lineamientos del derecho penal a los alumnos de los primeros años, aunque no sólo a ellos. Esperamos que sea útil para un primer paso de enseñanza, pero *advertimos enfáticamente que en modo alguno exime de la lectura de las exposiciones más amplias y del estado de la doctrina pasada y contemporánea*, aspirando a facilitar la lectura de éstas. Se observa que la distribución de temas es algo diferente a la del Manual (Zaffaroni/Alagia/Slokar) y que se introduce una modificación en la ubicación de la dominabilidad, que aquí pasa a la tipicidad objetiva sistemática.

Para el empleo de esta *Estructura* aconsejamos las siguientes reglas:

1. En la primera lectura no es necesario acudir a las remisiones internas del texto indicadas en negrita. En la segunda y sucesivas lecturas deben revisarse con cuidado a medida que se avanza.

2. Siempre es indispensable leer las normas legales a las que se remite en cada caso (su transcripción se omite para no interferir la lectura). Para ello debe disponerse de (a) un texto de la Constitución Nacional con los instrumentos incorporados en función del inc. 22 del art. 75 y (b) de un Código Penal de la Nación con las leyes complementarias.

3. Las lecciones grabadas son parciales y conviene escucharlas después de una primera lectura.

4. A medida que se avanza es conveniente anotar las dudas y observaciones y plantearlas al docente.

## INDICE DE ABREVIATURAS

Código Civil: CC

Código de Justicia Militar (derogado): CJM

Código Penal: CP

Código Procesal Penal de la Nación: CPPN

Constitución Nacional: CN

Convención Americana de Derechos Humanos: CADH

Convención contra la Tortura: CCT

Convención Internacional sobre Derechos del Niño: CIDN

Convención Internacional sobre Discriminación de la  
Mujer: CIDM

Convención Internacional sobre Discriminación Racial:  
CIDR

Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de  
Guerra y de Lesa Humanidad: CICGLH

Convención sobre la Prevención del Genocidio: CPG

Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario: CG

Cruz Roja Internacional: CRI

Declaración Americana de Derechos y Deberes del  
Hombre: DADDH

Declaración Universal de Derechos Humanos: DU

Estatuto de Roma: ER

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:  
PIDCP

1  
2  
3  
4  
5

6

7

8

9

10

11

12

13

14

15

# **I. TEORÍA DEL DERECHO PENAL**



## A. Derecho penal y poder punitivo

1. (*Preguntas básicas*) El derecho penal es una ciencia o saber *normativo*, o sea, que se ocupa de las leyes que interesan a los penalistas y en base a ellas construye una teoría. De las leyes se deducen *normas*, pero éstas no son objetos reales, sino elementos lógicos necesarios (entes ideales) para la construcción de la teoría. Toda teoría del derecho penal debe responder a tres preguntas básicas: (a) ¿Qué es el derecho penal? (*teoría del derecho penal*) (b) ¿Qué es el delito? (*teoría del delito*) y (c) ¿Cómo se debe responder al delito? (*teoría de la responsabilidad penal*). En ese orden las responderemos seguidamente.

Las tres preguntas básicas de la materia son:
(a) ¿Qué es el derecho penal? (teoría del derecho penal)
(b) ¿Qué es el delito? (teoría del delito)
(c) ¿Qué se responde al delito? (teoría de la responsabilidad penal)

2. (*Equivocidad*) La expresión *derecho penal* es equívoca. Se la emplea tanto para designar la *ley penal*, para referirse al *poder punitivo*, como para señalar la *dogmáti-*

ca jurídico-penal o ciencia o saber del derecho penal. La ley la hacen los legisladores, el poder punitivo lo ejercen las agencias ejecutivas del estado (policía, servicio penitenciario, etc.) y la ciencia jurídico-penal los profesores y doctrinarios. Para evitar confusión es preferible hablar de *ley penal*, *poder punitivo* y *derecho penal* (este último designa la *doctrina o saber del derecho penal*).

Es indispensable distinguir entre:
(a) Legislación penal: la hace el legislador
(b) Poder punitivo: lo ejercen las agencias ejecutivas
(c) Derecho penal: lo elaboran los profesores y doctrinarios

3. (*Poder punitivo*) *Poder punitivo* es todo ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco contiene o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo).

El poder punitivo es *manifiesto* cuando se habilita como tal en *leyes penales manifiestas* (el CP y las leyes penales especiales) y es *latente* cuando se oculta bajo otras formas jurídicas (servicio militar obligatorio, institucionalización psiquiátrica, de personas mayores, de niños y adolescentes, etc.) establecidas en *leyes eventualmente penales* o en *leyes penales latentes*. *Todo ejercicio del poder punitivo latente debe ser controlado por los jueces para que adopte la forma manifiesta o para hacerlo cesar*. Esta última función no compete al derecho penal

sino a recursos o acciones (de inconstitucionalidad, amparo y *habeas corpus*).

Poder punitivo	{	<p>Manifiesto: habilitado por leyes penales manifiestas.</p> <p>Latente: habilitado con cualquier pretexto (tutela de niños, internación psiquiátrica, servicio militar obligatorio, internación geriátrica; históricamente fue la protección de los indios, de las mujeres, etc.).</p>
----------------	---	---

¿Cuándo hay poder punitivo y cuándo otra coacción estatal diferente?

Existe poder punitivo cuando la coacción estatal no es civil ni administrativa.

Es civil el embargo para cobrar un crédito, el desalojo por falta de pago del alquiler, la interrupción de un servicio por falta de pago (todo eso responde al modelo reparador o restitutivo propio del derecho privado).

Es administrativa la demolición de un balcón que amenaza caerse, la captura de un puma fugado del zoológico, la detención de un sujeto que corre a otro con un puñal (modelo de coerción directa administrativa).

4. (*Leyes penales manifiestas y derecho penal*) Las *leyes penales manifiestas* son la materia prima de la ciencia o saber jurídico-penal, que construye un sistema de

*interpretación* para poder resolver los casos particulares sin contradicciones con los textos legales ni internas del propio sistema. Para eso se usa el método *dogmático*, que descompone los elementos de las leyes manifiestas y los recoge como *dogmas* intocables, que son los ladrillos con que se construye el sistema. La construcción dogmática es un proyecto de jurisprudencia que se dirige a los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores) proponiendo un sistema de solución coherente para aplicarlo a los casos particulares.

La dogmática es el método constructivo del sistema de interpretación jurídica que procede por pasos.

- (a) Primer paso: análisis gramatical (exégesis del texto legal).
- (b) Segundo paso: descomposición hasta llegar a los elementos Primarios ("ladrillos" del futuro edificio).
- (c) Construcción del sistema (con los "ladrillos").

El sistema (edificio) debe ser:

- (1) coherente, no ser lógicamente contradictorio;
- (2) no entrar en contradicción con los textos legales;
- (3) en lo posible debe ser simétrico (estético), no rebuscado.

**Utilidad de la construcción de un sistema:**

Sirve a los jueces para resolver los casos en forma coherente y a los docentes para un entrenamiento técnico de los operadores del sistema jurídico (futuros jueces, fiscales abogados).

5. (*Sentido político de los conceptos penales*) Todo concepto jurídico-penal aspira a ser aplicado por una rama del gobierno (la judicial); por tanto, tiene un sentido político (todo poder es *político*, participa del gobierno de la *polis*), pues inevitablemente todo concepto penal aspira a una función de poder en el plano de la realidad social.

6. (*Falsa imagen dominante*) Este ejercicio del poder jurídico proyectado por el derecho penal responde a un sentido general, que la doctrina dominante deriva de la función de la pena, porque da por cierto que *la ley* (legisladores) establece las penas en abstracto, los *jueces* las aplican en concreto y las agencias ejecutivas (policías de diversa naturaleza: de seguridad, de investigación, fiscal, aduanera, servicios de inteligencia, etc.) cumplen las órdenes de los jueces.

La imagen dominante es que el poder punitivo lo ejercen:

- (a) en primer lugar los legisladores, que hacen la ley;
- (b) luego los jueces, que la aplican;
- (c) en último lugar las agencias ejecutivas (policías), que cumplen las órdenes de los jueces.

7. (*Las teorías de cómo debieran ser las penas*) Para ello se enuncian teorías de la pena. Cada una de ellas le asigna una función diferente, pero ninguna es verificable en la realidad de modo que abarque todas las penas realmente impuestas. Cada una postula lo que la pena *debe ser*, pero ninguna explica *cómo es*; se manejan en el mundo normativo del puro *deber ser*, pero se desentienden de la realidad del poder punitivo. No es legítimo que el doctrinario proyecte cómo deben aplicar los jueces las penas reales en base a *cómo deberían ser pero no son*.

### **Las teorías idealistas del derecho penal**

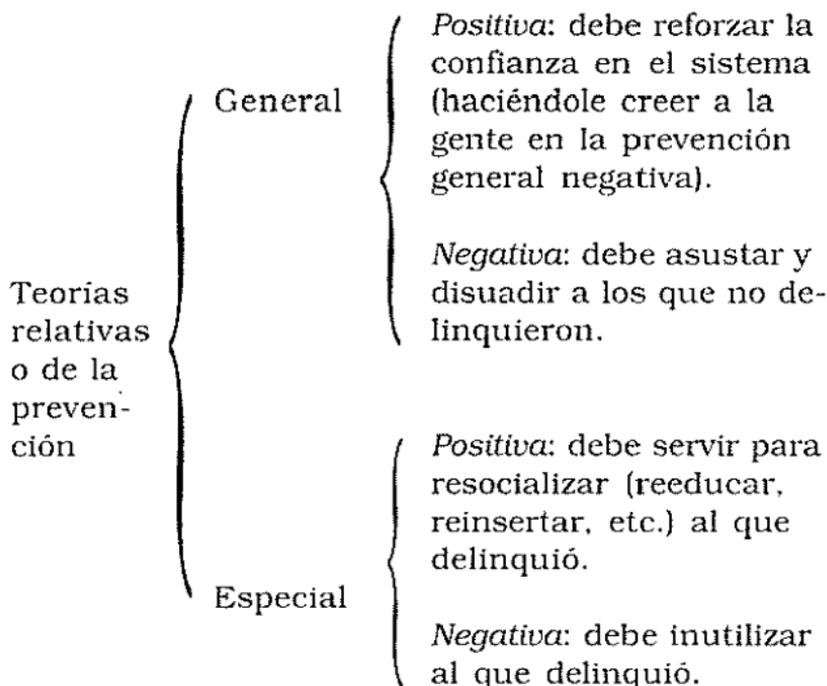
Se construyen sobre una norma que indica cómo *debe ser* la pena y *para qué* debe servir.

Proponen a los jueces que resuelvan según como cada autor cree que *debe ser* la pena.

Pero los jueces no tienen otro recurso que imponer las penas tal *como son* y no como *deben ser*, porque así *no son*.

Desde 1830 las teorías (idealistas) acerca de *cómo deben ser y para qué deben servir las penas* se clasifican del siguiente modo:

*Teorías absolutas*: asignan a la pena fines que deducen de un sistema imaginado (para Kant, es garantía externa del imperativo categórico; para Hegel, es reafirmación del derecho).



Teorías mixtas o combinadas

{ Según estas combinaciones deben servir para cualquiera de las funciones anteriores y en la medida y circunstancia que cada autor quiere o prefiere.

8. (*El ser y el deber ser confundidos*) Esto explica el abismo que separa hoy al derecho penal de la sociología y de la ciencia política. El *deber ser* es un *ser que no es* (o que, por lo menos *aún no es*) pero no por eso se debe desentender de lo que *es*, porque un derecho racional (principio republicano) se ocupa sólo de un *deber ser que pueda llegar a ser* (una norma que imponga caminar a la luna

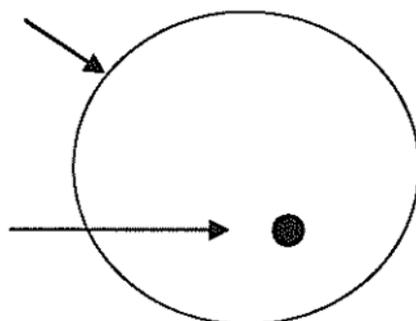
no es derecho). Pues bien: para la sociología y la ciencia política (desde lo que *es*) toda teoría de la pena es un *deber que nunca puede llegar a ser*.

9. (*Mirando desde el ser*) Si contemplamos el poder punitivo desde *lo que es*, la perspectiva cambia por completo. Ante todo salta a la vista que las agencias ejecutivas son las que ejercen el poder punitivo y no los jueces y menos los legisladores, que no salen a la calle a buscar delincuentes.

10. (*Criminalización primaria, secundaria y estereotipos*) Los legisladores proyectan la punición en abstracto, lo que se llama *criminalización primaria*. La criminalización primaria es un proyecto legal tan enorme que en sentido estricto abarcaría a casi toda la población. Es un programa irrealizable que se cumple en muy escasa medida, pues sólo en un pequeño número de casos las agencias ejecutivas seleccionan a personas sobre las que ejercen el poder punitivo (esta selección se llama *criminalización secundaria*). La desproporción entre lo programado por la criminalización primaria y lo realizado por la secundaria es inconmensurable, por lo que esta última inevitablemente tiene un amplísimo espacio de arbitrio selectivo. Este arbitrio no se ejerce al azar ni por la gravedad del delito, sino siguiendo las reglas de todas las burocracias: se hace lo más sencillo y lo que ocasiona menos conflictos. De ello resulta una preferente selección conforme a *estereotipos*.

Proyecto de criminalización primaria  
(Código, leyes, normas prohibitivas)

Las pocas personas que  
realmente se penan y se  
pueden penar (crimina-  
lización secundaria)



El espacio blanco del círculo es  
el ámbito de arbitrio selectivo  
de las agencias ejecutivas.

11. (*Estereotipos dominantes*) Los estereotipos son prefiguraciones negativas (prejuicios) de determinada categoría de personas, que por apariencia o conducta se tienen por sospechosos. El portador de caracteres estereotipados corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas. Los estereotipos dominantes en la actualidad suelen ser hombres jóvenes y pobres, con cierto aspecto externo y caracteres étnicos, o sea, con *aspecto de delincuente* cuya mera presencia los hace sospechosos.

Toman a una viejita por la mano:

EL ADOLESCENTE  
MALO

(desalineado, pelo  
largo, feo, sucio)

y

EL ADOLESCENTE  
BUENO

(elegante, bien pei-  
nado, lindo, limpio)

Se espera que le  
robe la cartera

Si le ayuda a cruzar  
la calle cariñosa-  
mente: "lo hace  
para simular".

Se espera que la ayude  
a cruzar la calle

Si le roba la cartera:  
"está enfermo, hay  
que llevarlo al  
psicólogo"; "tuvo un  
mal momento".

12. (*El comportamiento según estereotipo*) Al estereotipo no lo inventan las agencias ejecutivas, sino que lo construye la comunicación montada sobre prejuicios sociales. De una persona estereotipada se espera una conducta conforme al rol que el prejuicio le asigna, y como cada uno de nosotros es más o menos lo que los otros esperan que sea y de las personas estereotipadas se esperan delitos, algunas de éstas acaban internalizando esas demandas y comportándose conforme a ellas, pues introyectamos los roles positivos tanto como los negativos. El ladrón termina andando por la calle casi con uniforme de ladrón.

¿Cómo se introyecta un estereotipo? O sea: ¿Por qué alguien termina comportándose como se supone que debe hacerlo según el estereotipo?

Los psicólogos suelen explicarlo apelando a la teoría del "chivo expiatorio" en las familias patológicas. En éstas, al más vulnerable se lo carga con los peores defectos (tontito, mal hijo, descarriado, perverso, alborotador, conflictivo, agresivo, desalmado, etc.) y se le reprocha permanentemente su conducta (demandas de rol). Por mucho que se comporte correctamente su conducta siempre se interpreta según estos calificativos (lo que es bueno para los otros es malo para él: lo hace porque quiere obtener ventaja, mostrar que es buenito, disimular su perversión, etc.; esto se llama *alquimia moral*). Por fin el vulnerable termina asumiendo los roles que le exigen y comportándose como tal. En definitiva ¿para qué le sirve hacerlo de otro modo?

13. (*El delito grosero*) Por supuesto que el estereotipado comete delitos groseros (*ópera tosca* del delito) porque no tiene entrenamiento para uno más elaborado y, además, la propia torpeza del estereotipado facilita su descubrimiento, de modo que nada hay más sencillo que seleccionar a un ladrón en uniforme de ladrón y autor de groserías de fácil investigación. Como son personas de sectores subalternos de la sociedad, tampoco es conflictiva su selección.

El entrenamiento se reparte en forma diferenciada en la sociedad. Así, un abogado sabrá cometer un prevaricato (271 CP); un médico un aborto (85 CP), pero ninguno de ellos está entrenado para hurtar una billetera en el vehículo de transporte colectivo (162 CP), y viceversa; tampoco el carterista podrá cometer un aborto o un prevaricato.

14. (*Selectividad social*) Esto hace que la selección criminalizante secundaria recaiga con preferencia sobre personas de los sectores más carenciados, operando como una epidemia, conforme a la regla de que es más vulnerable quien se halla más lejos del poder (económico, político, etc.) y encuadra mejor en un estereotipo, y viceversa.

1. Las agencias ejecutivas hacen lo más fácil: detienen a los que llevan uniforme de delincuente.

2. El uniforme de delincuente (estereotipo) lo define la comunicación masiva.

3. Para ello sintetizan todos los prejuicios discriminatorios.

4. A los uniformados como delincuentes se les pide que cometan delitos (a los uniformados de jueces que los condenen, a los de policía que los persigan, etc.).

5. Los uniformados como delincuentes sólo están entrenados para cometer hechos groseros, primitivos, idiotas a veces, siempre de fácil investigación.

El uniformado positivo (respetable: gerente, profesor, ingeniero, médico, etc.):

1. No es discriminado.

2. No lo estigmatizan los medios de comunicación masiva.

3. Está entrenado para hechos sofisticados.

4. Se le demandan roles positivos.

5. Las agencias ejecutivas tienen dificultades para criminalizarlos.

6. Sus hechos son más difíciles de investigar.

15. (*La selectividad es dato estructural*) El grueso de los seleccionados responde a este fenómeno, por lo que todas las cárceles del mundo están pobladas por estereotipados según la respectiva sociedad y cultura. Este es un dato *estructural* y no meramente accidental del poder punitivo, que en todo el planeta es selectivo, o sea, que su ejercicio siempre viola en alguna medida el *principio de igualdad constitucional*. Si bien el *grado de selectividad* varía entre los distintos sistemas penales y mucho se puede hacer para disminuir su intensidad, nunca podrá eliminarse lo que en sustancia es un carácter estructural.

16. (*Selectividad victimizante y policizante*) Cabe precisar que el poder punitivo no sólo es selectivo cuando criminaliza, sino también respecto de la *victimización*. La vulnerabilidad a la victimización aumenta con la menor capacidad de protección, que sufren los sectores de menores ingresos, los habitantes de barrios marginales, etc. De las mismas capas sociales se selecciona a los policías de baja jerarquía, que suelen sufrir físicamente las consecuencias de la violencia urbana y son sometidos a condiciones arbitrarias de trabajo (se les prohíbe la sindicalización, los reclamos colectivos, se los militariza, se los somete a un régimen autoritario, etc.).

17. (*Funcionalidad política de la conflictividad violenta*) En síntesis, si son *selectivas la criminalización, la victimización y la policización*, y si esas selectividades suelen recaer en personas de los mismos sectores desfavorecidos y con ello crean o profundizan los antagonismos dentro de esos mismos sectores, cabe deducir

que la selectividad general del poder punitivo es funcional para potenciar una conflictividad interna en esas capas sociales que les impide el diálogo, la comprensión, la coalición y, en definitiva, el protagonismo político.

18. (*El poder punitivo es un hecho político*) La irracionalidad del poder punitivo, debida a su selectividad estructural (inevitable), resulta innegable (la pretensión de dotarlo de racionalidad con las teorías que postulan cómo debería ser la pena no parece ser otra cosa que una racionalización). De allí que, a la luz de los datos de la sociología y de la ciencia política, no sea posible considerarlo como un fenómeno jurídico y deba tratárselo como un hecho de la realidad del poder, un *factum* o hecho político. En este sentido el poder punitivo comparte la naturaleza de la guerra: puede deslegitimarse por irracional, pero no por ello desaparece, simplemente porque es un hecho de poder.

19. (*La CRI y la guerra*) La Cruz Roja Internacional agota su poder tratando de contener las manifestaciones más crueles de la guerra, pero no puede hacerla desaparecer. Y el poder punitivo, por mucho que se lo deslegitime discursivamente por su selectividad, tampoco desaparece.

20. (*El poder punitivo no lo ejercen los jueces*) Pero además, no es ejercido por los destinatarios de los proyectos de jurisprudencia del derecho penal, sino por las agencias ejecutivas. Desde la perspectiva de la ciencia social (desde lo que es) el discurso dominante (6) se invierte, pues la selección criminalizante la realizan las agencias ejecutivas, los jueces lo único que pueden hacer es

*detener el proceso de criminalización que éstas ponen en marcha o permitir que avance*, y los legisladores, mediante las leyes penales, abren ámbitos de selección arbitraria pero nunca pueden saber sobre quiénes habrá de recaer ésta.

El poder punitivo opera exactamente al revés de la imagen oficial (la de la nota 6):

Las agencias ejecutivas seleccionan y ponen en funcionamiento el proceso de criminalización secundaria: detienen, reúnen pruebas, registran antecedentes, vigilan.

Los jueces pueden interrumpir o permitir el avance del proceso de criminalización secundaria iniciado por las agencias ejecutivas.

Los legisladores sólo habilitan a las agencias ejecutivas para que seleccionen y criminalicen.

En el plano sociológico (el de la realidad) la criminalización secundaria comienza con la intervención policial y termina cuando se disipan los efectos estigmatizantes de esa intervención.

En el plano formal (legal) la criminalización comienza recién con la condena y se extingue con la pena.

21. (*Los jueces contienen el poder punitivo*) Cuando el poder jurídico (de los jueces, etc.) desaparece, no desaparece el poder punitivo, sino que, por el contrario, se ejerce sin límite por las agencias ejecutivas, que es lo que

sucede en los estados absolutos (la Gestapo, la KGB, etc.). En el estado de policía se ejerce ilimitadamente el poder punitivo porque lo que falta es justamente un poder jurídico que lo contenga.

22. (*El derecho penal es legítimo porque contiene*) Esta es la prueba empírica de que *el derecho penal no se legitima programando las decisiones jurídicas para acompañar el ejercicio de un poder punitivo que las agencias jurídicas no ejercen, sino que debe programarse para contener y limitar su ejercicio*. De que el poder jurídico ejerza esta función contentora y reductora depende nada menos que la subsistencia del estado de derecho. El derecho penal, en este sentido, es un apéndice del derecho constitucional del estado constitucional de derecho. *El derecho penal y el poder jurídico se legitiman en la medida en que ejercen este control limitador*. Cuando renuncian a esta función pierden toda legitimidad.

23. (*Estado de derecho y de policía en contradicción permanente*) Pero el estado de derecho (todos están sometidos por igual a la ley) y el estado de policía (todos están sometidos al arbitrio del que manda) no son datos reales, sino *modelos ideales*. Los estados de derecho históricos (reales, existentes) nunca son ideales, sino que todos ellos tienen encerrado en su seno al estado de policía en constante tensión dinámica con las pulsiones de este último. El estado de policía no está muerto en un estado de derecho real, sino encapsulado en su interior y en la medida en que éste se debilita lo perfora y puede hacerlo estallar. El derecho penal, al contener el poder punitivo, refuerza el estado de derecho. *Cuanto mejor contenga el*

*estado de derecho al de policía, más cerca estará del modelo ideal y viceversa.*

En el estado de policía ideal las agencias ejecutivas ejercen el poder punitivo sin limitaciones jurídicas. Los jueces no existen o son personajes formales que operan como apéndices policiales.

En el estado de derecho ideal el poder punitivo es regulado por los jueces.

En los estados de derecho reales las agencias ejecutivas tienden a ampliar su poder punitivo y las jurídicas a contenerlas, en permanente contradicción.

Si las agencias ejecutivas rompen la contención del poder jurídico, se desbocan y consuman una masacre.

El poder jurídico no tiene fuerza para suprimir al punitivo, lo único que puede hacer es filtrarlo, evitando el paso de sus manifestaciones más irracionales y violentas.

24. (*Los genocidios los comete el poder punitivo descontrolado*) La experiencia del siglo pasado demuestra que cuando el poder punitivo pierde la contención del poder jurídico, son las agencias ejecutivas las que se encarnizan contra un *chivo expiatorio* o *enemigo* y cometen matanzas y genocidios, o sea, que *las propias agencias ejecutivas desbocadas cometen los peores crímenes*. Estos crímenes han causado más muertes que las propias guerras (en ocasiones los han cometido fuerzas ar-

madras, pero no en función bélica, sino policial). Por ende, la función de contención del poder jurídico que programa el derecho penal tiene por fin último nada menos que la prevención de matanzas y genocidios.

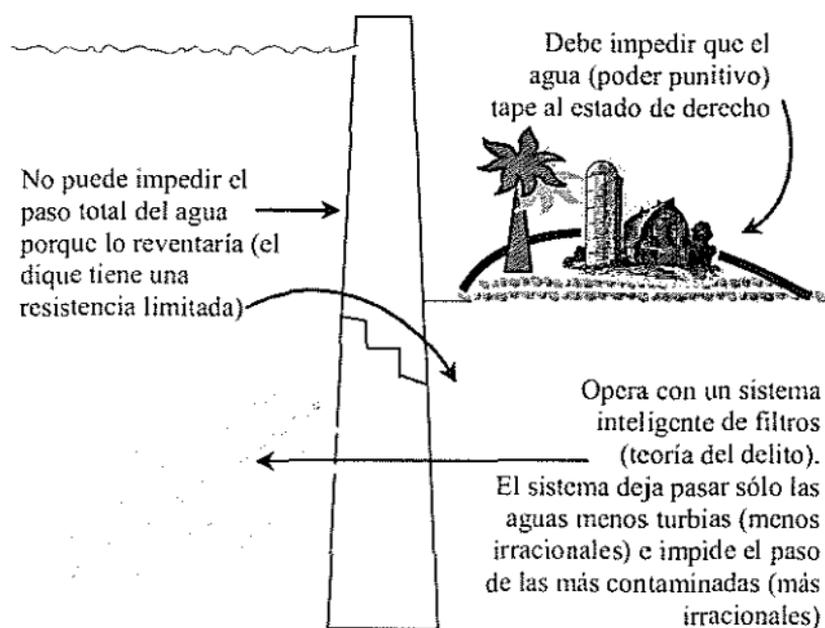
25. (*Límites del poder jurídico de contención*) Pero el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir al poder punitivo. Se halla en la misma situación de la CRI respecto de la guerra. Por ende, debe dejar pasar cierta cantidad de poder punitivo, operando como un filtro o sistema de filtros. La programación de ese sistema de filtración es, justamente, la función más importante del derecho o doctrina penal.

26. (*Grados de irracionalidad punitiva*) Si bien el poder punitivo siempre es irracional en razón de su selectividad (aunque no exclusivamente por ella), es dable reconocer que presenta distintos grados de irracionalidad. Es tarea de la ciencia del derecho penal evaluar estos grados, proyectando un dique inteligente que impida el paso del poder punitivo más irracional y permita circular el de menor irracionalidad, para que no destruya el dique. Se trata de proyectar un control racional para reducir un fenómeno de poder que en esencia no es racional. *A la función de la Cruz Roja en el momento bélico le corresponde la del poder jurídico en el momento político.*

27. (*Importancia actual de la contención jurídica*) En la actualidad esta tarea cobra especial importancia, pues las últimas décadas del siglo pasado han debilitado a los estados de bienestar y polarizado la riqueza en los países desarrollados (y detenido el desarrollo de los subdesarro-

llados), potenciando la conflictividad violenta y creando una sensación general de inseguridad existencial, que se pretende compensar con una falsa sensación de seguridad mediante una mayor represión punitiva que no conoce obstáculos a su irracionalidad, manipulando a la opinión pública a través de un discurso único de medios de carácter mundial.

El dique es el poder jurídico.



28. (*Publicidad única de medios*) La publicidad mediática única de estas décadas (que parte de las administraciones republicanas de los Estados Unidos) preten-

de hacer creer que a mayor represividad y arbitrariedad policial corresponde un mayor nivel de seguridad frente al delito, cuando en realidad lo que produce es una mayor inseguridad frente a la voluntad de los que mandan (quiebra del estado de derecho). Hoy más que nunca en el último siglo es menester acentuar la importancia de la función contentora del poder jurídico, como modo de preservar las tradiciones democráticas amenazadas por una publicidad escandalosa, que coacciona a los políticos y a los propios jueces y que lleva a los primeros a desbaratar las leyes penales, hasta el punto de que la legislación penal de Latinoamérica pasa por el peor momento de decadencia, oscuridad e irracionalidad de toda su historia. Con meridiana claridad se percibe en la actualidad la primordial función del derecho penal y del poder jurídico que programa.

### ***B. Los saberes que acompañan al derecho penal***

29. (*Derecho procesal penal*) En esta tarea de contención reductora el derecho penal no se halla solo, sino que navega acompañado de otras disciplinas. En el campo de la ciencia jurídica, su cónyuge inseparable es el *derecho procesal penal*, que regula el camino que deben seguir los diferentes actores del poder jurídico para detener o franquear el paso al ejercicio del poder punitivo. Lamentablemente, el derecho procesal regula una institución que se ha convertido en la pena más usada entre nosotros, que es la *prisión preventiva o cautelar*. Cada día más el proceso penal parece inclinarse a penar primero

y revisar más tarde, por mucho que teóricamente se describa lo contrario. Se ha dicho que el derecho penal no le toca un solo cabello al delincuente, pero por cierto que mediante esta inversión del proceso, corre el riesgo de arrancarle la cabellera al ciudadano.

*Derecho constitucional (CN)*

Contiene las primeras leyes que debe tomar en cuenta la construcción del sistema del derecho penal.

*Derecho procesal penal (CPPN)*

Regula el camino que deben seguir los operadores del sistema penal (jueces, fiscales, abogados defensores) ante una *notitia criminis*.

*Derecho de ejecución penal*

(ley 24.660) Regula la ejecución de las penas, en especial de la prisión.

Disciplinas  
jurídicas

*Criminología*

Es el conjunto de conocimientos provenientes de la sociología, la psicología, la ciencia política, la antropología, la psiquiatría, la historia, aplicados a la operatividad del poder punitivo.

Disciplinas  
no  
jurídicas

30. (*Derecho de ejecución penal*) Más lejanamente el derecho penal está acompañado por el *derecho de ejecución penal*, que es el que regula la ejecución de las penas, otrora limitadamente llamado *derecho penitenciario* (regulado por la ley 24.660). Es hoy imposible prescindir de la privación de libertad como pena, aunque más de dos tercios de los prisioneros no lo están a título de pena (por *ley penal manifiesta*) sino con el pretexto de seguridad. Es difícil programar la ejecución de un ejercicio de poder que desemboca en un *factum* político. No obstante, dado que está verificado que la mayor parte de los prisioneros lo son en razón de su vulnerabilidad, no es difícil concebir que la función del derecho de ejecución sea regular el trato que debe deparársele a la población prisionizada para *evarle su nivel de invulnerabilidad* ante la *peligrosidad* del poder punitivo y en ese sentido interpretar las disposiciones constitucionales (art. 18 CN; art. 10.3 PIDCP y art. 5.6 CADH).

31. (*Criminología*) Para verificar el nivel de irracionalidad del poder punitivo, para conocer la funcionalidad de poder de los conceptos del derecho penal y el grado de selectividad criminalizante, victimizante y policizante, como también para elevar el nivel de invulnerabilidad de la población prisionizada, es necesario valerse de las ciencias sociales y de las ciencias de la conducta. Al conjunto de conocimientos del mundo del ser que informan acerca de esta realidad se lo llama *criminología*.

32. (*El derecho penal sin criminología es psicótico*) Un derecho penal que prescinda de esta información no puede decidir tomando en cuenta las consecuencias socia-

les reales de lo que programa, quedando reducido a una pura lógica normativa (del *deber ser*) que a su vez presupone como objetivo otra norma (un pretendido *deber ser* de la pena), o sea, que se aísla en un mundo virtual que lo separa de lo que *es* (el único mundo real) cayendo en una autosuficiencia de imprevisibles consecuencias prácticas.

### ***C. Principios constructivos del sistema del derecho penal***

#### *C.1. Fuente de los principios constructivos*

33. (*Derecho penal y derecho constitucional*) El derecho penal se construye como apéndice del derecho constitucional y, por ende, queda sometido a éste. *La ley constitucional es la primera ley penal*. De esto se desprende una regla básica que es la del *derecho penal de acto*: nadie puede ser penado por lo que es, sino por lo que ha hecho. Lo impone el art. 16 CN y todas las normas que prohíben la jerarquización de humanos o discriminación (CIDR; CIDM; art. 1 DU; art. II DADH; etc.), así como las que establecen que la punición presupone un hecho (art. 18 CN) o una acción u omisión (art. 15 PIDCP).

Derecho penal de autor (estado de policía)	Derecho penal de acto (estado de derecho)
1. Busca enemigos.	1. Busca infractores.
2. El enemigo no es una persona (es un ser inferior o un subhumano).	2. El infractor es una persona.
3. Es reconocible por sus caracteres de inferioridad (biológica, moral, etc.).	3. Se lo reconoce porque cometió un hecho.
4. Se prohíbe lo que es (inferior, subhumano, no persona).	4. Se prohíbe lo que hace (el hecho).
5. Define individuos inferiores, no hechos.	5. Define hechos, no individuos.
6. Le reprocha y pena su personalidad o carácter inferior.	6. Le reprocha y pena su hecho.

El CP en versión original era muy cuidadoso y no contenía tipos de autor. Dejando de lado las reformas derogadas que no siguieron esta línea, la disposición vigente que crea un tipo agravado de autor es el art. 189, inc. 2° *in fine*, que no exige ni siquiera un delito anterior, bastándole con "antecedentes" (no se sabe qué se entiende por tales) o un procesamiento. Es claro que este texto, introducido en 2004 bajo presión mediática, es inconstitucional.

34. (*Los mandatos fundamentales*) De la Constitución Nacional (y de los tratados incorporados en función del inc. 22° del art. 75°) se deducen principios constructivos que rigen la elaboración del sistema o doctrina del derecho penal. Conforme a estos principios deben interpretarse las leyes penales y descartarse (por inconstitucionales) las que resulten de imposible encuadre conforme a sus pautas. Pueden proponerse diversos sistemas interpretativos, pero todos deben respetar los principios constructivos, que operan como la regulación municipal en la construcción de edificios. Estos se derivan de tres mandatos fundamentales: (a) de legalidad, (b) de respeto elemental a los derechos humanos y (c) del principio republicano.

Cabe aclarar que estos principios no se respetan en forma absoluta, sino que en la práctica son de realización progresiva: el estado de derecho empuja hacia su mayor efectividad; el estado de policía hacia su retroceso. Siempre hay un estándar de realización y es función del derecho penal su constante impulso realizador, tarea que nunca está terminada (es un *unfinished*).

El derecho penal debe construir su sistema regido por principios constructivos.

Los principios constructivos derivan de mandatos de las leyes supremas.

Según el mandato del que derivan, son los siguientes:

Del mandato de legalidad	{	Legalidad formal Irretroactividad Máxima taxatividad Respeto histórico a lo prohibido
Del mandato de respeto elemental a los derechos humanos	{	Lesividad u ofensividad Humanidad Trascendencia mínima Prohibición de doble punición Buena fe y <i>pro homine</i>
Del mandato republicano	{	Acotamiento material Superioridad ética del estado Saneamiento genealógico Culpabilidad

## C.2. Principios derivados del mandato de legalidad

35. (*Legalidad formal*) Tanto la conducta, el *pragmata* (97) y la pena como los demás límites de la habilitación punitiva deben establecerse por ley del Congreso Nacional, salvo que sea materia reservada a las Provincias (fundamentalmente contravencional y de delitos de prensa) (art. 32 CN). La ley penal en blanco (ley que remite a otra norma), por regla general, es constitucional cuando remite a normas también emanadas del propio Congreso Nacional (éstas suelen llamarse *impropias*).

Violaría la legalidad formal un decreto del PE que reformase el CP, tipificase un delito, redujese cualquier eximente, impusiese una pena, etc. Violaban

la legalidad formal los edictos policiales emanados del jefe de la Policía Federal que tipificaban contravenciones en la Ciudad de Buenos Aires (luego fueron incluidos en un decreto-ley en 1956, ratificado por ley del Congreso en 1958). Siguieron siendo inconstitucionales pero por otras razones. Violaba la legalidad formal la inclusión de las hojas de coca en la lista de estupefacientes, porque no lo son, sólo son su materia prima.

36. (*Irretroactividad*) La ley penal (así como la procesal penal) no puede aplicarse retroactivamente cuando sea más gravosa (art. 18 CN; art. 9 CADH; art. 11.2 DU). Es retroactiva la ley penal más benigna (art. 9 CADH). Se establece cuál es la ley más benigna comparando la situación particular de cada persona en relación con ambas leyes. No se puede crear una tercera ley mezclando las disposiciones de las que se comparan. Si hubiese habido una o más leyes intermedias, se aplica la que sea más benigna entre todas. Las leyes desincriminatorias son obviamente las más benignas. Las de *amnistía* (*amnesia*: olvido o eliminación del delito) son leyes desincriminatorias anómalas (desincriminan en forma general ciertos delitos cometidos durante un período o cometidos por una categoría de personas).

Viola la prohibición de retroactividad cualquier ley que tipifique delitos y quiera aplicarse a hechos ya cometidos, que agrave penas para delitos cometidos y también cualquier norma procesal que resulte más gravosa para el procesado. Una ley penal que agrave la pena del secuestro y se pretenda aplicar para secuestros ya cometidos. Una ley procesal que cambie el sistema de pruebas; a quien deba absol-

verse por un sistema de pruebas legales (sólo mediante las pruebas tasadas en la ley se puede condenar y no por otras) y se pretenda condenarlo aplicando una nueva ley procesal que admita las libres convicciones de los jueces (no hay más pruebas tasadas). Una persona se cree que cometió un delito cuando la ley procesal admitía la excarcelación (que estuviese libre durante el proceso) y una nueva ley posterior al hecho le niega la excarcelación (en general los tribunales admiten esta retroactividad).

37. (*Máxima taxatividad*) Debe exigirse al legislador el agotamiento de los recursos técnicos para dar la mayor precisión posible a sus conceptos y límites. Los defectos legislativos deben ser sancionados por el derecho penal con la interpretación más restrictiva del ámbito de lo prohibido o con la inconstitucionalidad. La integración analógica de la ley penal (completar la ley penal por analogía con hipótesis que no contempla) está prohibida *in malam partem*. *In bonam partem* es admisible cuando lo impone la racionalidad de la interpretación. Como la ley penal (no el derecho penal) es *discontinua* (selecciona de lo antijurídico sólo algunas acciones) la interpretación en principio debe ser la más restrictiva posible.

Viola el principio de máxima taxatividad toda ley que contenga conceptos nebulosos o poco claros, como el "sometimiento sexual gravemente ultrajante" (119 CP) y antes la "mujer honesta".

38. (*Respeto histórico al ámbito de lo prohibido*): Cuando el ámbito de lo prohibido se amplía de modo insólito

debido a cambios legislativos o tecnológicos, en especial en los casos en que pasan a ser conductas cotidianas, la prohibición pierde toda racionalidad y, en definitiva, se termina prohibiendo por omisión legislativa. En tal situación, el derecho penal debe mantener la prohibición en sus límites históricos.

Violaba el principio de respeto histórico por lo prohibido la interpretación literal del art. 72.a de la ley 11.723 de propiedad intelectual. Al tiempo de la sanción de la ley (año 1933) la reproducción sólo podía hacerse con plomo, o sea en forma de una edición impresa en sentido estricto. Las formas de reproducción modernas la han extendido hasta el límite de que todos somos usuarios de copias fotográficas parciales de obras. Un mínimo respeto a lo históricamente prohibido impide que se entienda que por omisión legislativa queden criminalizados todos los universitarios del país y un grupo aún mayor de ciudadanos.

### *C.3. Principios derivados del mandato de elemental respeto a los derechos humanos*

39. (*Lesividad u ofensividad*) Las acciones que no lesionan o afectan a terceros están fuera del poder del estado (art. 19 CN). Todo el derecho sirve a la realización de la persona (es personalista o no trascendente), de modo que no puede imponerle una moral o asumir posiciones paternalistas en nombre de ningún mito transpersonal. El derecho garantiza la autonomía moral que es esencia de la personalidad, por lo que implica que admite la posi-

bilidad de lo inmoral. Por ende, no hay delito sin afectación de un bien jurídico ajeno **(125)**.

Viola el principio de lesividad u ofensividad la prohibición de tenencia de tóxicos para consumo propio en cantidad y forma que no lesione ningún bien jurídico ajeno. Lo sería una ley que pretendiese penar el concubinato, las relaciones homosexuales entre adultos, no adoptar un culto o religión, expresar ideas que simplemente molestan a otros, llevar el cabello largo o raparse, etcétera.

40. (*Humanidad*) Ningún ejercicio del poder punitivo es tolerable cuando importa una crueldad inusitada (art. 18 CN; 5 DU; 5.2 CADH; 7 PIDCP). No sólo deben excluirse las penas en abstracto, sino que la crueldad puede resultar de su aplicación en concreto, como cuando convierte a la privación de libertad en una amenaza para la vida o la salud de la persona o cuando en razón de las circunstancias concretas se produce una grosera desproporción entre la pena y la culpabilidad, en particular cuando la persona ha sufrido una *pena natural* (del delito se ha derivado una consecuencia grave para la persona o para algún ser querido o cercano).

Viola el principio de humanidad la punición del autor de un homicidio culposo en las personas de su esposa e hijos, o el autor de una tentativa de estrago con explosivo al que le hubiese estallado éste y le hubiese ocasionado lesiones que determinaron la amputación de los dos brazos o que le hubiesen

provocado ceguera irreversible. También viola este principio la ejecución penal en una persona que enferma de cáncer y la depresión producida por el encierro le disminuye las defensas volviendo negativo el pronóstico de la enfermedad (en este caso se corre el riesgo de que la pena privativa de la libertad se convierta en una pena de muerte).

41. (*Intrascendencia o de mínima trascendencia*) La pena debe recaer sobre el penado exclusivamente (art. 5.3 CADH), pero como es inevitable que sus efectos se extiendan a terceros inocentes (parientes, empleados, etc.), el derecho penal debe cuidar que esta trascendencia se reduzca al mínimo posible.

Trasciende la persona del infractor una multa o una clausura que provoque un quebranto en sus negocios de magnitud tal que prive de empleo a cien o doscientas personas. También cuando el penado es la única protección y asistencia con que cuenta una persona inválida que queda desamparada, hijos pequeños que quedan sin grupo familiar en condiciones de hacerse cargo de alimentación, educación y cuidado.

42. (*De prohibición de doble punición*) A cada delito corresponde una única punición y sólo una. En cualquier caso en que las circunstancias concretas muestren que se pretende ejercer por el mismo delito más de un poder punitivo legalmente habilitado sobre la persona, corresponde al derecho penal evitarlo o tomarlo en cuenta para

deducirlo del que se le imponga conforme a la ley penal manifiesta.

Se viola el principio de doble punición cuando el sujeto ha sufrido una pena ilegal y no se lo tiene en cuenta a la hora de la imposición de la pena legal: quien por violencia carcelaria, por condiciones antihigiénicas o por torturas, ha contraído una enfermedad infecciosa (HIV), o ha sufrido la pérdida de un ojo o de una extremidad o lesiones graves o gravísimas. Las penas ilícitas son penas y por lo tanto deben descontarse de las penas lícitas cuando en la realidad y pese a la prohibición se han ejecutado. En otro sentido, la CN reconoce la existencia de los pueblos originarios y no puede desconocer las sanciones comunitarias que éstos imponen a los infractores, sin considerar la imposición de penas formales. Si el estado impone estas últimas sin tomar en cuenta las primeras, está habilitando una doble imposición de pena por el mismo delito, lo que no le sucedería a quien no formase parte de esas culturas.

43. (*De buena fe y pro homine*) El enunciado de cualquier derecho legalmente consagrado debe interpretarse siempre como límite a la criminalización y nunca como pretexto o justificación de ésta. Nunca puede usarse un derecho perversamente, para limitar o eliminar la vigencia de otros. Esto vale como regla para los derechos consagrados en los tratados y por remisión a los de la CN histórica (art. 75.22 CN). La supuesta función de protección penal de bienes jurídicos (*alquimia jurídica*) no pue-

de justificar lesiones al principio de humanidad (40; 130; 131).

No se puede argumentar, por ejemplo, que como el derecho al honor está tutelado por las convenciones internacionales, es necesario imponerle a la injuria o a la calumnía una pena igual a la del robo con armas; que como la CN tutela la propiedad, los delitos contra ésta deberían tener la misma pena que los delitos contra la integridad física o contra la vida.

#### *C.4. Principios derivados del mandato republicano*

44. (*Acotamiento material*) Aunque la doctrina corriente no lo menciona, es hoy indispensable desarrollar un principio que impida al legislador lesionar *materialmente* la racionalidad republicana, lo que se obtiene conforme a las siguientes reglas: 1) proscripción de toda habilitación de poder punitivo que sea groseramente inidóneo para obtener el fin proclamado; 2) proscripción de la criminalización misma cuando resulte inidónea en razón de existir modelos no punitivos de solución eficaz del conflicto; 3) limitación máxima de la respuesta contingente, cuando la ley penal represiva surja como respuesta política a una alarma coyuntural por la comisión de delitos o como resultado de campañas publicitarias de ley y orden. Este género de respuestas, por otra parte, lesiona los postulados de consolidación de la justicia y afianzamiento de la paz interior (Preámbulo de la CN).

Además de lesionar el principio de ofensividad, sería groseramente inidónea para obtener el fin propuesto una ley que pretendiese prevenir accidentes cerebro-vasculares mediante la punición de los empresarios gastronómicos que sirviesen platos ricos en calorías a clientes obesos.

Resulta materialmente inaceptable que para garantizar el pago de los servicios telefónicos se pensase al moroso, cuando el medio efectivo de cobro es la interrupción del servicio. En cuanto a la limitación a la respuesta contingente, son ejemplos lamentables casi todas las reformas legislativas penales de la presente década, producidas al compás de campañas publicitarias.

45. (*Superioridad ética del estado*) El estado de derecho –a diferencia del de policía– tiene al menos una aspiración de superioridad ética, que le impide ejercer el poder punitivo con conductas análogas a las criminales. Por ello, el estado de policía es un estado éticamente degradado y en definitiva criminal, que pierde todo derecho para exigir a sus ciudadanos comportamientos adecuados a la ley.

El principio de superioridad ética del estado está violado en nuestra ley penal positiva por algunas instituciones del estado absoluto introducidas en la legislación vigente, como es el caso del mal llamado “arrepentido”, que en definitiva es un sujeto que tiene una participación importante en un delito grave y que negocia su pena delatando a sus compinches, con lo que, además de haber cometido un delito de alto contenido ilícito, demuestra estar muy

cerca de la psicopatía, pues ni siquiera respeta la "ética mafiosa" (art. 41 ter CP; ley 25.244, que incluso conmina con pena al procesado que miente).

No menos grave es la institución del llamado "agente encubierto", que es un sujeto que comete delitos por mandato judicial. La víctima de ese delito debe soportar que el juez envíe a un delincuente a lesionar sus bienes jurídicos, porque el estado lo cree necesario para prevenir otros delitos: si voy por la calle y un agente encubierto me arranca el portafolios, debo soportarlo porque el juez ha mandado al ladrón a robarme, porque lo cree necesario para descubrir a una banda de traficantes. Se supone que los jueces investigan delitos, pero no son autores mediatos de ellos (arts. 31 bis y ss. de la ley 23.737).

46. (*De saneamiento genealógico*) Es indispensable que el derecho penal rastree los orígenes ideológicos de los tipos penales y de otros límites, porque con frecuencia provienen de arrastre legislativo y se ha perdido la memoria de su gestación originaria, con frecuencia en países lejanos. Esto se impone porque deben manejarse con extremo cuidado las habilitaciones de poder punitivo que reconocen una genealogía ideológica incompatible con el principio republicano.

Los tipos penales se copian de otros textos y se pierde el origen y la razón de su primera tipificación. Rastrearla no es una obra inútil o meramente histórica, sino que puede revelar el carácter originario incompatible con principios republicanos y democráticos. Un tipo aparentemente alejado de todo sen-

tido político, como el del art. 174, 2° CP, tiene un origen napoleónico y antisemita.

47. (*De culpabilidad*) El concepto mismo de persona (DU, 1) excluye toda imputación de un resultado por mera causalidad (*versari in re illicita*) (261; 262) y cualquier habilitación de poder punitivo que no guarde una adecuada proporción con el reproche de culpabilidad (398).

#### D. La dimensión espacial del derecho penal

48. (*Territorialidad y otros principios*) El derecho penal es el sistema interpretativo de leyes que rigen en determinado espacio que, en principio, es el territorio del estado (*territorialidad*). Sin embargo, también rige para los pragmas (58; 97) cuya conflictividad afecta bienes que se hallan en el territorio nacional (*principio real o de la defensa*). Nuestra ley no se aplica en razón de ciudadanía o nacionalidad, ni del autor (*activa*) ni de la víctima (*pasiva*) (esto último es una omisión grave) (CP, 1). Conforme al *principio universal* (art. 102 CN de 1853; art. 118 vigente; ER) los tribunales federales juzgan aplicando la ley penal nacional a los autores de crímenes contra la humanidad cometidos en cualquier lugar del mundo (52; 53; particularidades con el ER, 376, 377).

El ámbito de aplicación de la ley penal se rige por los siguientes principios:

<p>1. de territorialidad: rige la ley del lugar de comisión (todos los robos cometidos en el territorio argentino se juzgan conforme a la ley argentina);</p>
---

2. real o de defensa: rige la ley del lugar donde se produce el resultado o la lesión (un sujeto dispara contra otro a través de la frontera y la víctima recibe el impacto y muere en territorio argentino, es el llamado delito de distancia) (un sujeto falsifica en Uruguay dinero argentino de circulación legal, lo que afecta las finanzas de la Argentina);

3. universal: se aplica la ley de cualquier país del mundo que juzga al criminal (Hitler podría ser juzgado por la Argentina y aplicársele la ley nacional) (está reservado a crímenes contra la humanidad);

4. personal o de nacionalidad: activo cuando es la del infractor, pasivo cuando es la de la víctima (no se contempla en la ley nacional vigente) (un argentino mata a una persona en Brasil; un argentino es muerto en Brasil).

49. (*Ubicuidad*) El delito se considera cometido en el lugar donde se realiza la conducta o en el que se produce el resultado. Esta fórmula no resuelve en realidad dónde se considera cometido el delito, sino que se llama *regla de ubicuidad* y su objetivo es que el delito no quede impune por conflicto negativo.

50. (*El derecho internacional y el derecho penal*) Como el derecho internacional es ley suprema (31 CN) también es fuente del derecho penal. Tratados incorporados a la CN (75, 22) y no incorporados obligan al estado y tienen vigencia interna. La costumbre es fuente del derecho internacional público, existiendo un *derecho inter-*

*nacional público consuetudinario* que fue una de las primeras y más amplias fuentes de esta materia. Como es natural, este *jus cogens* también obliga al estado: la referencia al derecho de gentes del art. 102 CN 1853-1860 sin duda estaba referida al *jus cogens*, pues en esa época no había tratados al respecto.

51. (*Deberes del estado*) El derecho internacional obliga al estado a juzgar y sancionar varios delitos (genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) y a considerarlos imprescriptibles (ER; CPG; CIDM; CCT; CICGLH; CG).

52. (*El derecho penal internacional*) El ER (1998-2002) crea el primer tribunal internacional ordinario (ER), pues los de Núrnberg y Tokio fueron establecidos por los vencedores y los de Sierra Leona, la ex Yugoslavia y Ruanda fueron creados *ad-hoc* por la ONU.

53. (*La función de la pena en el derecho penal internacional*) Cabe preguntar si la pena adquiere algún sentido racional en el plano internacional. De la letra misma de los tratados (ej. ER) surge la clara selectividad de ese ejercicio internacional de poder punitivo (habilita la jurisdicción el Consejo de Seguridad de la ONU), con lo cual la pena no pierde su irracionalidad estructural. No obstante, el derecho internacional penal puede comenzar a poner orden para evitar una eventual aplicación desordenada del principio universal.

54. (*La pena como recuperación de la persona del criminal*) La legitimación de los tribunales internacionales (incluso los de los vencedores) proviene de otra razón. El

poder de contención del derecho penal tiene relación inversa con el esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad **(311, 317)**. En todo crimen internacional –especialmente en masacres–, este esfuerzo es máximo y, por ende, el poder de contención es mínimo. El autor de esta clase de crímenes queda a merced de cualquiera, con lo que prácticamente pierde el carácter de persona (esto se verifica en los pocos casos en que fueron víctimas de represalias: sus autores siempre quedaron impunes o poco menos). El derecho penal internacional le hace recuperar este carácter o por lo menos contiene al poder punitivo dentro de límites menos irracionales. Es claro que no recuperaron el carácter de persona los ejecutados en Nürnberg ni en Tokio, pero por lo menos se evitó que fuesen muertos parientes o parejas (como ocurrió en Italia). Conforme al ER esto no sería posible, pues la pena máxima ordinaria es de treinta años **(376)**.



## II. TEORÍA DEL DELITO

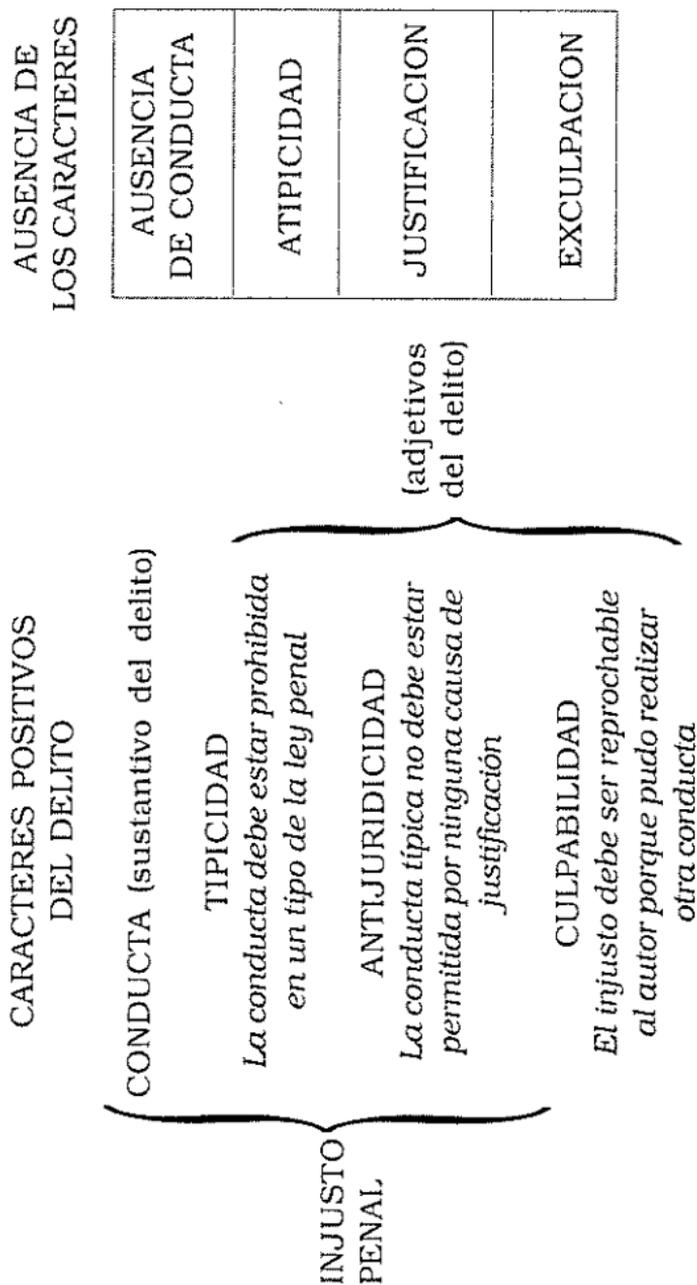


## **A. Construcción y función del sistema**

55. (*El orden de preguntas frente al hecho*) Para que el juzgador verifique si se halla en presencia de un delito, debe responder a varias preguntas. La teoría del delito (que responde *¿qué es el delito?* en general) **(1)** pone en orden esas preguntas dentro de un sistema, en el que cada respuesta es un concepto teórico que inevitablemente cumple una función política (aporta a la contención del poder punitivo) como parte de la general función política de reducción y contención de todo el sistema **(21, 22)**. La teoría del delito está destinada a operar como un sistema inteligente de filtros para contener racionalmente las pulsiones del poder punitivo. Por tal razón, el análisis (teoría) del delito debe ser estratificado, o sea, que debe avanzar por pasos.

56. (*El sustantivo del delito*) El primer interrogante es acerca del *sustantivo* del delito: el delito es –ante todo y en definitiva– una conducta humana. Por ende, lo primero que debe responderse es si hay sustancia, sustantivo, o sea, una conducta, presuponiendo que existe un ser humano.

## El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable



**INJUSTO PENAL**

57. (*Los adjetivos del delito*) Este sustantivo se convierte en delito sólo cuando recibe tres *adjetivos* (o *caracteres específicos*):

58. (*Tipicidad*) (a) Debe generar un pragma conflictivo (lesivo) de bienes ajenos **(97)** y prohibido con relevancia penal por una fórmula legal que es el *tipo o supuesto de hecho legal*. Esta característica adjetivante de la conducta es la *tipicidad* que implica la *antinormatividad* de la conducta: de cada tipo se deduce una norma y la conducta que realiza el tipo viola esa norma **(89; 127)**.

59. (*Antijuridicidad*) (b) La conflictividad del pragma no debe estar resuelta por el orden jurídico mediante ningún precepto permisivo (*causa de justificación*) que ratifique la libertad constitucional **(276; 277)**. Cuando no existe ningún permiso jurídico (ejercicio de derecho) que opere en el caso concreto, la conducta típica también recibe el adjetivo de antijurídica, revistiendo el carácter específico de *antijuridicidad*. La conducta típica y antijurídica es un *injusto o ilícito penal*.

60. (*Culpabilidad*) (c) El injusto debe serle reprochable al agente en forma personal, lo que no sucede cuando no le era exigible un comportamiento conforme al derecho en la concreta situación constelacional en que actuó. Este reproche jurídico personalizado es la tercera adjetivación de la conducta y se llama *culpabilidad* **(313 y ss.)**.

61. (*Interrogación estratificada*) La indagación acerca del delito es escalonada: constatada la ausencia de conducta -falta de sustantivo- no tiene sentido pregun-

tarse por los adjetivos; verificada la conducta pero constatada la *atipicidad*, tampoco se pregunta por los dos restantes adjetivos de ésta. Verificada la tipicidad, si la conducta típica está justificada, no hay injusto penal y no se pregunta por la culpabilidad. Sólo se pregunta acerca de las causas de inculpabilidad cuando se está en presencia de un injusto penal.

62. (*Referencia con la ética social*) El sustantivo y los adjetivos del delito son *normativos* (jurídicos), pero *el derecho penal no los inventa por completo, sino que los recoge y adapta de la ética corriente en la sociedad*: en las valoraciones usuales y fuera del derecho, ninguna persona racional reprocha lo hecho a un epiléptico en crisis, a quien no tuvo finalidad ni produjo por negligencia un daño, a quien se limitó a defenderse, a evitar un mal mayor no provocado ni a un enfermo mental.

Fuera de cualquier hipótesis penal, supongamos que en una reunión de café A comenta que la esposa de B llamó telefónicamente a C y le preguntó si había estado trabajando toda la noche con su esposo, a lo que C respondió que no, dejando en descubierto una presunta infidelidad de B, cuando nada le hubiese costado responder que sí y de ese modo hubiese evitado una seria crisis conyugal a B. Imaginemos que en ese momento llega C y lo interrogan, a lo que éste responde que no contestó nada, pero que se puso tan nervioso que se tragó la prótesis dental y no pudo articular palabra. Causará la hilaridad de los concurrentes, pero se trata de una ausencia de conducta. Supongamos que C responde que fue sorprendido y pensando que le había sucedido algo grave a B respondió la verdad, pues B no le

había advertido que diría eso a su esposa. Se trata de un caso de error de tipo o ausencia de dolo. Imaginemos que B responde que no tuvo más remedio que decir la verdad, pues su propia esposa y su suegra estaban escuchando la conversación: se tratará de un estado de necesidad justificante. Por último, si C responde que lo hizo porque Dios lo puso en este mundo para cuidar de la fidelidad de los matrimonios, se producirá un piadoso silencio de todos. Se tratará de una inculpabilidad por incapacidad psíquica (inimputabilidad).

## **B. La conducta jurídico-penal**

### *B.1. El sustantivo del delito*

63. (*Funciones del concepto jurídico-penal de conducta*) El primer estrato (o paso de análisis) es la *conducta*, que también puede llamarse *acción* o *acto*. Es el *sustantivo del delito* que garantiza políticamente la vigencia del *nullum crimen sine conducta*. El concepto de conducta no tiene dos funciones (sistemática y política), sino que el concepto (sustantivo del delito) sistemático cumple la función política, porque es inevitable que todo concepto jurídico tenga una función política (5).

64. (*Estratificación del análisis, no del delito*) Estratificada es la teoría (el *análisis del delito*) pero no el delito, porque éste *es siempre una conducta* y ésta es precisamente la que se adjetiva. El análisis se estratifica (procede por partes) y, por ende, para saber si hay *sustantivo* que adjetivar no se toma en cuenta más que lo nece-

sario para hacer realidad el objetivo político de consagrar el *nullum crimen sine conducta*.

El elefante es un animal y no es "estratificado". Si alguien nos llama por teléfono y nos dice que cree estar en presencia de un elefante, lo primero que le preguntamos es si se trata de un animal y si nos responde negativamente descartamos sin más que se trate de un elefante. Luego preguntamos por el tamaño y si lo que nos informa no es compatible con el del paquidermo, también descartamos que se trate de un elefante, y así sucesivamente. Los pasos o estratos son analíticos (corresponden al análisis del elefante), no al elefante en sí mismo.

65. (*Género y especie, sustantivo y adjetivos*) La conducta –como sustantivo– es el género y los restantes caracteres del concepto estratificado son los adjetivos que sucesivamente deben analizarse. Establecido el género (sustantivo) –y con ello consagrado el *n.c.s.c.*– se pasa a preguntar si ese ente presenta las calidades requeridas para ser un delito. Los adjetivos no caracterizan a la conducta, sino al delito; se limitan a adjetivar la conducta para averiguar si es un delito.

66. (*El humano como presupuesto del delito*) Dado que la conducta delictiva hoy sólo puede ser humana, el *ser humano* es un presupuesto del delito, que el derecho receipta como *dato de la realidad* (óntico). No puede construirse normativamente al ser humano, pues en tal caso el derecho podría negar carácter humano a algunos humanos, que es precisamente la aberración que excluye

el art. 1° de la DU, hoy ley suprema positiva universal (*todo ser humano es persona*).

67. (*Onticidad y concepto jurídico*) Si bien el presupuesto de la conducta (el ser humano) es óntico y también es óntica la conducta humana, ésta *como sustantivo del delito* es un concepto jurídico, porque no hay ningún concepto que abarque toda la onticidad de la conducta humana y –por ende– que sea válido para todos los saberes, toda vez que la conducta humana (óntica) es un límite de complejidad nunca explicado por completo.

68. (*Selección de datos ónticos para la elaboración del concepto jurídico reductor*) De allí que los distintos saberes a ella relacionados (sociología, biología, psicología, etc. y sus múltiples escuelas) seleccionen diferentes datos de la inagotable realidad de la conducta (óntica) para construir sus *particulares conceptos de conducta*. El derecho penal hace lo mismo con el objetivo político reductor de consagrar el *nullum crimen sine conducta*. Según este principio se excluyen del sustantivo mismo del delito las disposiciones internas y los movimientos no voluntarios.

69. (*El concepto jurídico-penal de conducta es constitucional*) El concepto jurídico-penal de conducta no se basa en la ley penal, sino en la ley suprema (constitucional e internacional) (por ej., art. 19 CN, CADH), que le impone a la ley penal (infraconstitucional) el *n.c.s.c.* El concepto jurídico se construye seleccionando de la realidad (del plano óntico) los elementos necesarios –y sólo éstos– para dar vigencia al *n.c.s.c.* Por ende, los límites a la construcción del concepto son impuestos conjuntamente por

el plano óntico y por el objetivo político. La violación al límite óntico (inventar datos de la conducta que no están en la realidad) convierte en *conducta* lo que no es conducta; la violación al límite político (incluir lo que no es necesario al *n.c.s.c.*) enturbia el análisis (mezcla el sustantivo con los adjetivos) y oscurece la funcionalidad política.

70. (*Voluntad y exteriorización*) Para satisfacer el *n.c.s.c.* y servir de sustantivo al delito, el concepto jurídico-penal de conducta requiere sólo dos elementos: *voluntad* y *exteriorización* en el mundo. La voluntad humana siempre tiene una dirección o finalidad (se dirige hacia algo), como dato inseparable de la realidad (óntico). Además, puede o no exteriorizarse; si no se exterioriza, no interesa al concepto jurídico-penal de conducta.

71. (*Suficiencia política de la voluntad y la exteriorización*) Estos dos elementos son necesarios y suficientes para dar vigencia al *n.c.s.c.* constitucional (objetivo político del concepto) y excluir los hechos con participación de humanos sin voluntad (que quedan como *puros hechos humanos*) y todo pensamiento, sentimiento, disposición interna, deseo no expresado, etcétera.

**¿Cómo garantizo  
el *nullum crimen  
sine conducta*?**

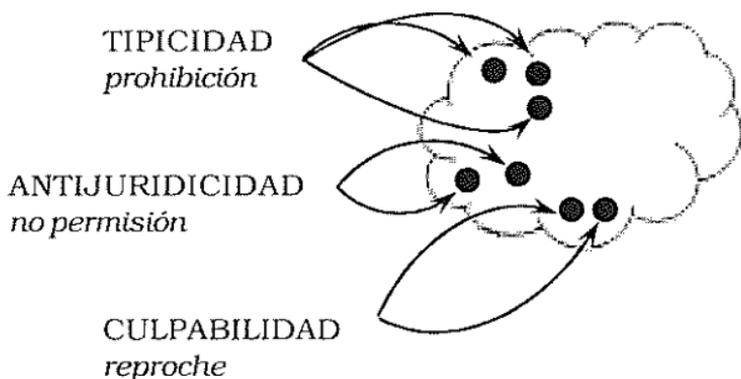
Selección de la onticidad  
de la conducta lo que necesito  
para garantizar  
el *nullum crimen sine  
conducta* (la voluntad  
y la exteriorización)



Con esos elementos  
(voluntad y  
exteriorización)  
construyo el concepto  
jurídico-penal  
de la conducta.

72. (*Datos ópticos no relevantes para el concepto*) En el momento de establecer la existencia del sustantivo del delito (de dar vigencia al *n.c.s.c.*) no interesan otros componentes de la conducta que forman parte de su *onticidad* y que, por ende, nunca faltan (las motivaciones, las finalidades mediatas o más lejanas, etc.). Tampoco interesan otros datos de la *mundaneidad* de la conducta que son inherentes a su exteriorización: su contexto y sus consecuencias. Toda conducta humana tiene un contexto (una circunstancia), se lleva a cabo con ciertos medios, en cierta forma o manera, y causa una cantidad de efectos en el mundo. La *onticidad* y la *mundaneidad* de la conducta constituyen su *fenomenología*, que es inabarcable por la imaginación humana; en ella bucean las grandes obras literarias.

73. (*Datos reales pero no relevantes para el concepto*) El derecho penal extrae del fenómeno de la conducta sólo algunos datos que interesan a la adjetivación, en diferente calidad y medida. Toda conducta humana se presenta de alguna manera (fenómeno) pero no sabemos qué datos fenoménicos interesan al derecho penal hasta que son demandados por los adjetivos necesarios para completar el concepto del delito.



74. (*El magma mundano*) En la instancia o paso analítico en que sólo se busca establecer la existencia de una conducta como sustantivo del delito, ésta está inmersa en un *magma mundano compacto* (está como hundida en una ciénaga de hechos reales) y así queda hasta que para adjetivarla necesitemos preguntarnos por *algunos* de los datos fenoménicos. Por lo tanto, el concepto de conducta como sustantivo del delito no se interroga sobre resultados, causalidades, circunstancias de tiempo, lugar, modo, ocasión, motivaciones, etc., dando por sentado que toda

conducta humana, de la que sólo selecciona la voluntad y su exteriorización, está fenoménicamente dotada de mundaneidad que, de momento, no se releva porque es innecesaria para el cumplimiento acabado del objetivo político del concepto, que es la vigencia del *n.c.s.c.*

Para saber si hay un homicidio (79 CP) no interesa saber si la víctima o el victimario es hombre o mujer, aunque no hay otra posibilidad (sólo puede ser hombre o mujer). Todo domicilio urbano necesariamente está en un barrio, pero no interesa que esté en La Boca o en Flores para saber si hubo una violación de domicilio (150 CP), pero sí interesa que haya sido contra la voluntad del sujeto pasivo. Para determinar si hubo un robo con arma de fuego (166, 2° CP) será necesario verificar el medio empleado, pero no interesa si fue a cara descubierta o con una máscara, ni si se cometió a la hora del almuerzo o del té. Cuáles son los datos que interesan a la tipicidad sólo es posible determinarlos cuando se analiza esa adjetivación del delito.

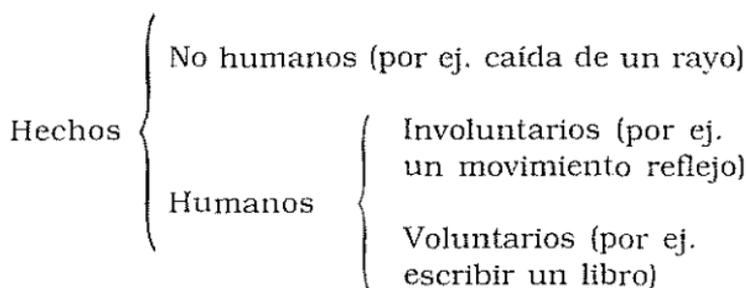
## B.2. La ausencia de conducta

75. (Lo no exteriorizado) El *n.c.s.c.* excluye del concepto de conducta todo lo que permanece únicamente en el fuero interno (pensamiento, disposición interna en general), lo que sólo puede conocerse por dos vías: porque se *infiere* del comportamiento del sujeto, o bien porque éste *lo dice*. El principio *cogitationis poenam nemo patitur* prohíbe *inferir* disposiciones internas; en lugar, lo que el

sujeto dice es una conducta y puede ser prohibida (si su punición a veces está prohibida por las leyes supremas –por ej., 14 CN–, no es en razón de que no sea una conducta, sino porque esas prohibiciones son necesarias limitaciones republicanas al poder punitivo).

76. (*Los puros hechos humanos*) Tampoco puede ser sustantivo del delito cualquier *hecho humano no voluntario*. Tales son los movimientos reflejos. Los actos automatizados se dirigen voluntariamente una vez aprendidos.

Son hechos humanos no voluntarios (*meros hechos humanos*) los que tienen lugar porque la persona es incapaz de voluntad en el momento del hecho (*involuntabilidad*) o porque una fuerza le impide actuar conforme a su voluntad (*fuerza física irresistible*) (34, 2 CP).



Los hechos humanos voluntarios  
son las conductas humanas

77. (*Involuntabilidad*) La *involuntabilidad* es la incapacidad psíquica de voluntad y no debe confundirse con la incapacidad psíquica de dolo, con la incapacidad psíquica de previsión en la tipicidad culposa y tampoco con

la de culpabilidad (inimputabilidad) **(155; 245; 326; 327)**. El conjunto de estas incapacidades es la *incapacidad psíquica de delito* (su contracara es la *capacidad psíquica de delito*). La *involuntabilidad* es el grado más profundo de incapacidad psíquica de delito, que le priva directamente del sustantivo. Tiene lugar en los estados de inconsciencia, en las crisis epilépticas, en el sueño, etc., o sea, en todos los supuestos en que el humano está privado de consciencia (inconsciente). En las otras incapacidades psíquicas (de dolo y de culpabilidad) existe una *perturbación de la consciencia*; en la involuntabilidad *no hay consciencia (inconsciencia)*.

*Incapacidad  
psíquica de  
delito*

Involuntabilidad (a)

Error de tipo psíquicamente  
condicionado (incapacidad  
de dolo) (b)

Incapacidad psíquica de previ-  
sión en la culpa (c)

Incapacidad de culpabilidad  
(inimputabilidad) (d)

(a) Un epiléptico en plena crisis de gran mal golpea y lesiona (89 CP) a la persona que quiere inmovilizarlo. Una persona en estado de coma se halla frente a otra que se está ahogando (108 CP).

(b) Un esquizofrénico ilusionado en pleno brote golpea y lesiona gravemente (90 CP) a otra persona porque en su mundo psicótico la percibe como un árbol y quiere hacharlo.

(c) Un oligofrénico juega con la llave de contacto de un vehículo, lo pone en movimiento y lesiona a una persona que pasa por delante (94 CP).

(d) Un paranoico intenta matar a su vecino (79 y 42 CP) que persigue hormigas con una linterna en la noche, porque cree que es un terrorista que quiere poner un explosivo y volar su casa.

78. (*Fuerza física irresistible*) La fuerza física irresistible es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide por completo moverse conforme a su voluntad. Puede ser interna (una parálisis histerica, terror extremo, agotamiento total) o externa (su cuerpo opera mecánicamente). Debe distinguirse cuidadosamente la fuerza física irresistible externa de los casos de coacción (**299**), en que el humano actúa aunque no lo hace libremente, puesto que está sometido a una amenaza; esto no elimina la conducta sino sólo la antijuridicidad o el reproche de culpabilidad, según el caso.

79. (*Las personas jurídicas y la conducta*) Las personas jurídicas no son capaces de conducta en sentido jurídico-penal, porque sus actos sólo metafóricamente (teoría de la ficción) pueden asimilarse a la conducta humana. Por supuesto que los humanos que operan como órganos realizan conductas humanas y nada impide que el tribunal penal sea competente para imponer a las personas jurídicas sanciones de derecho privado y administrativas. Aunque haya leyes que las sancionen penalmente, las que se le apliquen no pueden ser sino

reparadoras o restitutivas (de derecho privado) o de coerción directa (administrativas).

80. (*Consecuencias de la ausencia de conducta*) Las consecuencias más importantes de que un hecho humano no sea conducta son: (a) contra un puro hecho humano no cabe legítima defensa, sino sólo estado de necesidad (**285**); (b) quien para cometer un delito se vale de una persona que sólo protagoniza un puro hecho humano, será autor directo o de determinación y no autor mediato (**190; 191; 192**) (34, 3 y 6 CP); (c) en los tipos plurisubjetivos (**116**) no puede contarse como sujeto al que protagoniza un puro hecho humano.

81. (*In dubio pro reo*) Cuando se duda entre la involuntabilidad u otra incapacidad menos profunda (como en casos de hipnotismo o estados crepusculares), el *favor rei* exige que el tribunal opte por la involuntabilidad.

## C. La tipicidad

### C.1. La adecuación del pragma conflictivo al supuesto de hecho legal

82. (*Supuesto de hecho fáctico y legal o tipo; el pragma conflictivo*) El primer adjetivo de la conducta delictiva es la *tipicidad*. Afirmada una conducta, lo primero que cabe preguntarse es si está prohibida con relevancia penal, es decir, como posible delito: se trata del primer paso analítico para seleccionar, del infinito campo de las conductas, las pocas que interesan como penalmente rele-

vantes. Para eso existen *fórmulas legales* que señalan con cierto grado de abstracción los pragmas conflictivos. El pragma conflictivo se integra con la conducta y los datos fenoménicos que interesan para la prohibición. Estas fórmulas se llaman *tipos penales* (o *supuestos de hecho legales*). El *pragma conflictivo* que debe existir en el mundo es el *supuesto de hecho fáctico o real*; si el supuesto de hecho fáctico o real se corresponde con el legal (o tipo penal) habrá *tipicidad*.

Supuesto de hecho fáctico  
(en el mundo)



Supuesto de hecho legal  
(tipo, en la ley)



83. (*Derecho penal de acto y poder punitivo de autor*) Si bien en el estado de derecho los tipos siempre pretenden seleccionar conductas (derecho penal *de acto*) (33), lo cierto es que el poder punitivo –que es estructuralmente selectivo– se reparte sobre personas por su vulnerabilidad (10, 14). Cuantos más tipos penales haya en un estado de derecho, mayor será el ámbito que éste concede al poder punitivo para seleccionar personas. El principio regulativo del estado de derecho (*igualdad ante la ley*) se realiza en proporción inversa al ámbito de poder punitivo abierto por el conjunto de las tipicidades. Criminoló-

gicamente la sanción de tipos penales recibe el nombre de *criminalización primaria* (o *programa de criminalización*) (10).

La fórmula de extensión del poder punitivo es la siguiente:

+ tipos penales = + habilitación de poder punitivo  
= + arbitrio selectivo de las agencias  
ejecutivas.

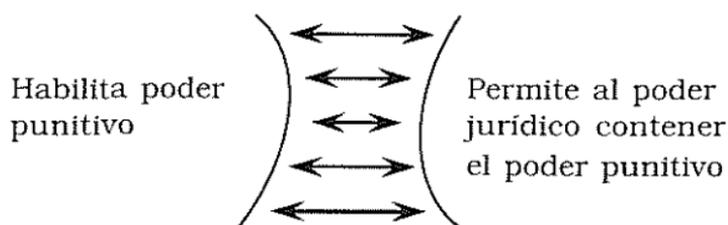
Respecto del estado de derecho, las consecuencias son:

+ arbitrio selectivo = + arbitrariedad = + riesgo  
de persecución ideológica y + espacio  
de corrupción y correlativamente

- seguridad jurídica y - seguridad pública  
contra el delito.

84. (*Antítesis en la funcionalidad del tipo*) En tanto que el poder punitivo es habilitado por la ley (con lo cual amplía su poder selectivo) mediante los tipos penales, el poder jurídico usa precisamente al tipo para limitar ese poder. Por consiguiente, el tipo penal tiene dos caras contrapuestas en permanente antítesis. El poder punitivo tiende a expandirse y a ampliar los tipos hasta hacerlos tipos de autor o, al menos, hasta usarlos como tales; el poder jurídico pugna por contenerlo y operar *contraselectivamente*.

El tipo tiene dos caras contrapuestas:



85. (*Desaparición del poder de contención en el estado de policía*) En el estado de policía por definición no existe –o es despreciable– el poder jurídico de contención, siendo los pseudojueces sólo un apéndice de las agencias ejecutivas. Por ello, en los casos extremos, la posibilidad del uso contentor del tipo penal se elimina mediante la *integración analógica*: los jueces formales (en función policial material) pueden extender el ejercicio del poder punitivo según fórmulas políticas generales, integrando la ley penal cuando el tipo sea un obstáculo para el ejercicio del poder punitivo (37). Todos los tipos devienen tipos de autor, pues con la analogía se va siempre en procura de *enemigos*.

En el estado de policía se buscan enemigos (inferiores) y por lo tanto no se permite que los tipos sean obstáculos para la individualización, por lo que sus policías vestidos de jueces (no hay jueces, todos son policías) pueden integrar los tipos penales añadiéndole conductas más o menos parecidas a las prohibidas en los tipos (integración analógica de la ley penal).

En el estado de derecho se buscan infractores y por lo tanto lo único que permite individualizarlos son los tipos penales, por lo que sus jueces no pueden integrarlos y deben atenerse estrictamente a la prohibición legal (prohibición de la integración analógica de la ley penal): *nullum crimen sine proevia lege penale*.

86. (*Función de los tipos con límites imprecisos*) En el estado constitucional de derecho le está vedado a sus jueces materiales integrar analógicamente *in malam partem* la ley penal y menos aún crear tipos judiciales, en función del principio *nullum crimen sine proevia lege penale*. No obstante, los tipos con límites imprecisos —que no cumplen el requisito de la *estricta legalidad* (37)— igualmente posibilitan el ejercicio del poder punitivo (sobre conductas que no son típicas) en las primeras etapas de la criminalización secundaria, abuso que se realiza por la inevitable *distorsión cronológica* del proceso penal (hasta que puede ejercerse en forma efectiva el poder jurídico de contención).

Un tipo penal de contornos difusos permite que la policía detenga a un sujeto y lo consigne al juez, que contendrá el avance del poder punitivo haciendo una interpretación estricta del tipo y sobreseyendo al sujeto. No obstante éste ya habrá sufrido una privación de libertad y las consiguientes molestias, estigmatización e incluso lesión a su autoestima.

Más aún: puede suceder que los límites nebulosos del tipo confundan al juez y éste procese al su-

jeto. El tribunal de alzada corregirá el error judicial y revocará el procesamiento, pero aquí el tiempo será mayor y la lesión a los bienes de la persona también.

87. (*Síntesis: concepto de tipo*) Tipo (o supuesto de hecho legal) es la *fórmula legal necesaria tanto para habilitar el ejercicio formal del poder punitivo, como para que el poder jurídico pueda contenerlo mediante la limitación valorativa del campo de lo prohibido.*

88. (*Limitaciones del análisis puramente exegetico*) El tipo (o supuesto de hecho legal) es una *fórmula legal* que se expresa en lenguaje (escrito). El puro análisis del lenguaje (exégesis) sólo arroja un tenor literal o semántico, que señala el máximo del alcance prohibitivo del tipo; si con la exégesis se agotase el análisis jurídico del tipo, el poder punitivo habilitado alcanzaría una amplitud absurda, cayendo en una irracionalidad incompatible con el principio republicano y, además, se estrecharía la posibilidad de uso contentor del tipo por parte del poder jurídico.

Una persona se apodera de un diario abandonado por otra en el asiento del ferrocarril y envuelve con sus hojas una docena de huevos. ¿Estará con ello estorbando la libre circulación de un periódico? Estando al tenor literal podría sostenerse semejante absurdo (161 CP).

89. (*La necesaria superación de la exégesis*) La exégesis no es más que el primer paso del análisis dogmático

(4), debiendo seguirse los otros, lo que implica acabar de desentrañar el desvalor que el tipo expresa y, con éste, el alcance de la prohibición que señala. Con el tipo la ley expresa un desvalor, cuya precisión y limitación debe ser obra racional del intérprete (juez), que no la lleva a cabo libremente, sino conforme a la totalidad del orden jurídico (que surge de las leyes) y, en especial, a las *directivas que le trazan las leyes fundamentales*.

90. (*El juicio de tipicidad*) El tipo se interpreta *jurídicamente* y cada pragma conflictivo (la conducta con sus datos fenomenológicos) o supuesto de hecho fáctico se compara con el tipo ya interpretado; esta comparación es el *juicio de tipicidad* que decide acerca de esta adjetivación.

91. (*Los datos ónticos antes no relevados*) Dado que el tipo señala cuáles son los datos fenomenológicos de la conducta que interesan para relevarla como penalmente prohibida, es en el momento del juicio de tipicidad cuando se debe verificar su presencia, pues allí es cuando pueden (y deben) ser extraídos del magma mundano en que quedaron inmersos en el momento de establecer la pura presencia del sustantivo del delito (conducta) (74).

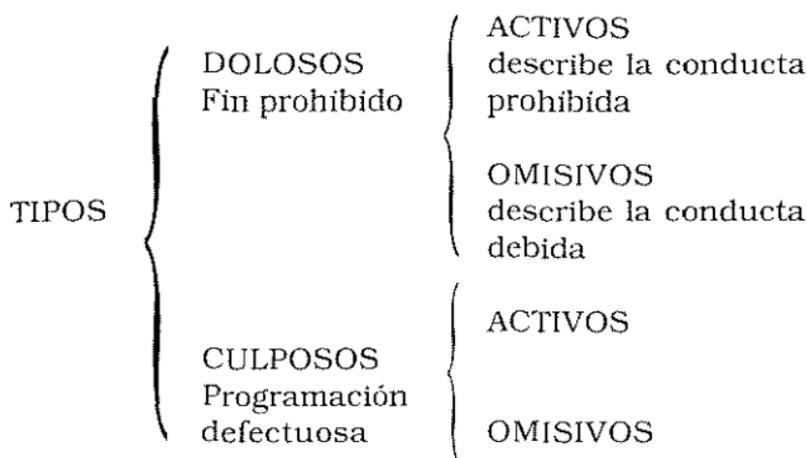
92. (*Retroalimentación interpretativa de los tipos*) Como las variables infinitas de los pragmas reales (fácticos o mundanos) siempre plantean nuevos interrogantes que obligan a una constante reinterpretación de los tipos, la interpretación jurídica del tipo (supuesto de hecho legal) y la comparación con el supuesto de hecho fáctico (juicio de tipicidad) no son dos etapas sucesivas, sino una tarea

que en alguna medida se retroalimenta de modo constante, sin contar con que el orden normativo en que el tipo está insertado también varía constantemente por efecto de la dinámica legislativa.

## C.2. Estructuras típicas fundamentales

93. (*Las técnicas de prohibición típica*) Las leyes formulan tipos según diferentes *técnicas de prohibición*, lo que da lugar a distintas *estructuras típicas fundamentales*.

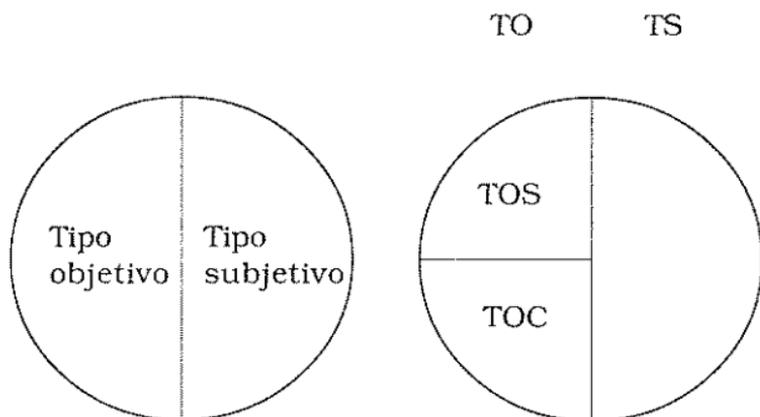
La señalización de los pragmas conflictivos y del consiguiente campo de prohibición de la conducta puede llevarse a cabo mediante la individualización de la conducta (a) atendiendo al fin propuesto por el agente, en cuyo caso resulta un *tipo doloso*; (b) puede optarse por señalar la acción prohibida atendiendo a que ésta se realiza de un modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado que el agente debía observar, de lo que resulta un *tipo culposo*; (c) puede señalarse el pragma con la conducta prohibida, dando lugar a un *tipo activo*; o bien (d) puede señalarse el pragma con la conducta debida y, por tanto, establecer como prohibida toda otra diferente de ésta, por lo que resulta un *tipo omisivo*.



94. (*El tipo doloso activo como modelo para iniciar el análisis*) Las estructuras se combinan, dando lugar a tipos dolosos activos y omisivos y tipos culposos activos y omisivos. Numéricamente dominan los tipos dolosos activos, aunque ésta no es la única razón –y quizá la menos válida– para considerarlo el *tipo modelo* desde el cual comenzar el análisis del tipo legal. Las otras razones para considerarlo *tipo modelo* son: (a) Se trata de los tipos con pragmas de mayor conflictividad, dado que cuando la finalidad se dirige al resultado es mucho más probable que éste se produzca. (b) Su estructura es más compleja que la del tipo culposo en cuanto a la presencia de elementos subjetivos (95; 163; 237; 257). (c) La mayoría de los tipos omisivos requieren un pragma especial en que el agente garantiza la incolumidad del bien jurídico (179; 180), lo que en un estado de derecho constitucional resulta excepcional. (d) En el tipo activo doloso la conducta causa una mutación del mundo conforme a la finalidad coincidente (144), en el culposo la voluntad se dirige a un obje-

to diferente de la mutación mundana (233) y en el omisivo la conducta prohibida no es la causa del resultado (176).

95. (*Tipo objetivo y subjetivo*) El tipo doloso activo (supuesto de hecho legal) requiere la presencia de requisitos objetivos y subjetivos en el pragma conflictivo real (supuesto de hecho fáctico) para establecer su tipicidad. Estos requerimientos en el plano abstracto del tipo se denominan *elementos* del tipo (objetivos y subjetivos, respectivamente) y para su análisis se los clasifica en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. Debe quedar claro que las clasificaciones y subclasificaciones de los tipos se llaman de este modo, pero sólo se trata de expresiones sintéticas para señalar conjuntos de elementos y no una multiplicación del tipo.



96. (*El análisis comienza por el tipo objetivo*) El análisis del tipo doloso activo debe comenzar por el tipo objetivo, dado que no tiene sentido preguntarse por la dirección de la voluntad cuando falta un pragma conflictivo, por lo cual es válido afirmar que *el tipo objetivo es el núcleo básico o primario del tipo*.

### C.3. *El tipo doloso objetivo: tipo sistemático y conglobante*

97. (*El pragma y su conflictividad*) En el tipo objetivo (del tipo doloso activo) hay dos aspectos que responden a dos preguntas diferentes: (a) ¿hay un espacio problemático, o sea, hay un pragma? **(82)** y (b) ¿el pragma es conflictivo? **(99)**. La respuesta a la primera pregunta establece un sustantivo (existencia de un pragma), la segunda le agrega un adjetivo (conflictivo). No es coherente preguntarse por la conflictividad de conductas inocuas, sino sólo por las que pueden resultar problemáticas.

TIPO  
OBJETIVO

Sistemático: ¿hay pragma? Se responde teniendo en cuenta sólo la norma que se deduce del tipo.

Conglobante: ¿el pragma es conflictivo? Se responde teniendo en cuenta el alcance de esa norma conglobada con el resto del orden normativo (con la totalidad de las normas).

98. (*Función sistemática: el tipo objetivo sistemático*) El tipo objetivo cumple una primaria *función sistemática* descartando las conductas inocuas y, por ende, afirmando la presencia de un *espacio problemático* que está dado por el pragma, que se verifica con la objetividad típica tal como resulta *del tipo considerado aisladamente*: exteriorización de la conducta, mutación del mundo, causalidad, datos fenoménicos relevados (que son elementos eventualmente requeridos). El tipo objetivo sistemático requiere también la *imputación objetiva al agente como obra propia*, pues no puede haber pragma si la mutación del mundo no puede imputarse a un sujeto activo como obra de su autoría. El conjunto de elementos requeridos para el cumplimiento de esta función configura el *tipo objetivo sistemático*.

El pragma es la conducta más los datos fenomenológicos que requiere el tipo: la conducta de apoderarse de ganado en establecimiento rural (167 ter CP); apoderamiento de una cosa ajena mediante empleo de violencia en despoblado y en banda (166 2° CP); acto violento contra un buque en río navegable (198 1° CP).

99. (*El tipo objetivo conglobante*) Establecido un espacio problemático y, por ende, una eventual conflictividad, el tipo objetivo se completa con el *tipo objetivo conglobante*, que se integra con los elementos que son requeridos para *afirmar la conflictividad del pragma*. Estos elementos surgen de la consideración del mismo tipo objetivo pero *conglobado* en la totalidad del *orden normativo* (sin consideración de los preceptos permisivos –con los que se completa el *orden jurídico*– pero que recién se toman en cuenta

en la antijuridicidad) (276-280). La conflictividad del pragma dependerá, por ende, de la *ofensividad* (lesión o puesta en peligro del bien jurídico).

100. (*Antítesis entre el t.o. sistemático y el conglobante*) Entre el tipo objetivo sistemático y el conglobante también se produce una antítesis: el primero señala un ámbito prohibido más extenso, el segundo es una contrapulsión reductora. Si se ignora o subestima esta contrapulsión se amplía irracionalmente el ámbito de prohibición típica.

#### C.4. El tipo objetivo sistemático

101. (*Elementos del t.o. sistemático*) Se integra con la exteriorización de la conducta, el resultado (o mutación

TIPO  
OBJETIVO  
SISTEMA-  
TICO

*conducta* (una puñalada) *resultado* (el apuñalado está muerto) *nexo causal* entre *conducta* y *resultado* (no está muerto por un infarto masivo producido dos minutos antes de la puñalada, sino porque ésta le lesionó el corazón)

*posibilidad de imputación del resultado* (tuvo posibilidad de dominar el hecho: la puñalada se la dio personalmente) *los datos fenomenológicos que el tipo exige* (si se la dio por la espalda, si la víctima estaba maniatada, indefensa, si le hizo sufrir inútilmente, si era su pariente, etc.)

del mundo), el nexo causal entre la conducta y el resultado, la posibilidad de imputación del resultado como obra propia y otros elementos eventuales del tipo (otros datos fenoménicos de la conducta, requeridos en algunos tipos).

102. (*Siempre exige una mutación del mundo: no hay t.o. sistemático sin "resultado"*) El tipo penal señala una conducta exteriorizada valiéndose de un verbo. Toda conducta jurídico-penal, por ser exteriorizada, produce una mutación del mundo: no hay pragma –y no puede haber conflicto– si algo no ha sucedido en el mundo. Hay tipos que exigen la producción de un resultado determinado y sólo de éste (tipos de resultado determinado); hay otros que se limitan a señalar la conducta y la mutación del mundo les resulta indiferente (tipos de conducta pura); en tanto que otros emplean verbos (resultativos) en los que se indica una conducta que implica la producción del respectivo resultado (tipos de resultado implícito).

Tipos de resultado determinado: homicidio simple (79 CP), el único resultado posible es la muerte de una persona.

Tipos de conducta pura: injuria (110 CP), el resultado (mutación del mundo) puede ser una carta, un libro, la vibración de las ondas sonoras, etc., con tal que deshonre o desacredite a otro.

Tipos de conducta implícita (con verbos resultativos): "hubiere acceso carnal" (119 3° CP).

103. (*La relevancia del resultado para el pragma*) El resultado forma parte del pragma como espacio problemático. No deja de haber conflicto cuando, si bien no se produce, la conducta se dirigía a su producción (tentativa) **(213; 214)** (42 CP), justamente porque se pone en marcha una causalidad que lo pudo producir pero no lo produjo.

El pragma es social (y jurídicamente) más grave cuando se logra el resultado; el hecho tiene un mayor contenido injusto debido a la mayor ofensividad de la conducta y consiguiente lesión para el sujeto pasivo; aunque en el resultado siempre juega cierto papel el azar, su producción por lo general demuestra un dolo más certero (mejor dirigido al resultado), lo que también incide sobre el desvalor de la conducta.

+ INJUSTO



- INJUSTO



104. (*Los llamados delitos de resultado y de mera conducta*) Por exigencia del verbo típico o por modalidad del plan concreto del autor para la realización del tipo, la mutación mundana (resultado) puede separarse de la exteriorización de la conducta y aunque esta última se haya completado puede o no sobrevenir la primera (producirse o no el resultado). A éstos la doctrina los llama *delitos de resultado* o *de resultado material* y a los otros (en que la

conducta importa el resultado o en que el tipo no lo individualiza) *delitos de mera conducta*. Ambas denominaciones no son exactas, porque no hay tipo penal que no exija que algo se produzca en el mundo (resultado) y lo cierto es que revelan una confusión de niveles (fáctico y legal): en el supuesto de hecho fáctico siempre hay un resultado; en el del tipo o supuesto de hecho legal, puede ser individualizado (implicado en la conducta o separado de ésta) o no serlo.

El resultado (muerte) se separa de la conducta (disparar, apuñalar, envenenar, poner un dispositivo, etc.) en el homicidio (79, 80 CP) por exigencia del tipo. En la injuria (110 CP) según el plan concreto del autor; no se separa por lo general en la injuria verbal directa; se separa si se envía una carta (la lesión a la autoestima la sufre la persona cuando la recibe) o se publica un artículo injurioso (el descrédito se produce cuando el público lee el artículo).

105. (*Causalidad y causación*) La *causalidad*, en los tipos activos, es *causación*, o sea que se exige que la conducta sea causa del resultado. La causación no presenta dudas cuando por exigencia del tipo o por modalidad del programa criminal no puede separarse de la exteriorización misma de la conducta (no falta la causalidad, sino que no ofrece problema su determinación). En el caso contrario (cuando la exteriorización puede separarse del resultado requerido en el tipo) es donde se plantea la cuestión del *nexo de causalidad* (o *causación*).

106. (*Causalidad física y explicación pensante*) La causalidad es un fenómeno físico; pero su explicación es

una categoría del pensamiento y puede incurrir en error, puesto que ésta siempre es un juicio relacionante hipotético. Los seres humanos pueden sufrir los mismos errores que los perros de Pavlov y creer que el timbre es causa de la comida. El progreso de la ciencia natural consiste en una permanente rectificación de la previa explicación errónea de la causalidad. Como dato del mundo la causalidad no tiene principio ni fin, es un proceso continuo y ciego.

Los supuestos errores que se obligó a reconocer a Galileo eran ratificaciones de anteriores ideas falsas acerca de la causalidad que se quisieron mantener autoritariamente.

107. (*La conditio sine qua non*) La causalidad no reconoce interrupciones ni pueden jerarquizarse las causas: una conducta es o no es causa de un resultado. Una conducta es causa de un resultado (media causación) *cuan-do no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado (conditio sine qua non)*. Esta fórmula debe completarse para abarcar la hipótesis de concurrencia de causas: *si diversas condiciones pueden ser mentalmente suprimidas en forma alternativa sin que con ello desaparezca el resultado, pero no pueden serlo acumulativamente, cada una de ellas es causa del resultado.*

Si se suprime mentalmente la puñalada el muerto no estaría muerto.

Si la empleada y la mujer no soportan más los malos tratos domésticos del dueño de casa, y deciden vengarse sin que una conozca la decisión de la

otra, dándole sendas dosis de veneno (una en el café y la otra en el postre) que aisladamente le causarían una úlcera, pero que conjuntamente le perforan el estómago causándole una hemorragia incontenible, ambas conductas son causales de la muerte. (Cuidado: es sólo un juicio acerca de la causalidad, esto no significa que haya tipicidad dolosa de homicidio en ambas conductas, esto dependerá del análisis de los otros elementos típicos.)

108. (*Causación e imputación*) La causación como elemento (requisito exigido) del tipo objetivo sistemático no debe confundirse con la imputación de la lesión como propia al agente. Sin causación no hay imputación en el tipo activo doloso, pero con la causación no se agota la verificación del pragma, pues la mutación del mundo puede no ser objetivamente imputable al sujeto como su autor **(118)**. La causación usada erróneamente como criterio de imputación o autoría acaba en el pecado original (o en Dios, causante del pecado original, por haber creado al humano).

La pura causación del resultado como pretendido concepto de imputación llevaría a absurdos totales: al carpintero que fabricó la cama o al mueblero que la vendió se les imputaría el resultado del abuso sexual (119 párr. 1° CP) cometido sobre la cama.

109. (*Elementos interpretables del t.o. sistemático*) El tipo objetivo sistemático suele contener *elementos interpretables*, para cuya comprensión debe acudir al auxilio de otras disciplinas u órdenes del mundo. Cuando los elementos interpretables remiten al propio dere-

cho, se trata de *elementos normativos*, por oposición a los *descriptivos*. Aunque los límites de casi todos los elementos descriptivos dependan de criterios normativos, no por ello convierten a éstos en normativos, pues precisar los límites de un dato del mundo no significa crearlo: precisar los límites de la vida no equivale a crearla.

110. (*Elementos valorativos*) Deben distinguirse los elementos normativos de los *elementos valorativos éticos*, que son remisiones a pautas de ética social, bastante discutibles y a veces inconstitucionales por su imprecisión.

Son conceptos valorativos "imágenes pornográficas" (128 CP) y "exhibiciones obscenas" (129 CP).

111. (*Elementos normativos de recorte*) Algunos tipos requieren *elementos normativos de recorte*, que pueden ser expresos o tácitos. Cuando la conducta típica es normalmente realizada con mucha frecuencia por funcionarios o por particulares, su concepto típico no se completa sin una referencia a su ajenidad al marco jurídico o a la falta de acuerdo del sujeto pasivo, lo que unas veces se expresa con adverbios y otras queda tácito. Los adverbios señalan límites al concepto típico de la conducta, que excluye la tipicidad sistemática porque directamente no hay pragma.

En el caso del hurto se exige que el agente se apodere "ilegítimamente" (162 CP); la violación de domicilio exige que la entrada sea "contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo" (150 CP); la violación de secreto de co-

responsabilidad exige que se la abra "indebidamente" (153 CP); la publicación de correspondencia privada también debe ser "indebidamente" (155 CP); la revelación de secreto profesional debe ser "sin justa causa" (156 CP).

112. (*El acuerdo como elemento normativo de recorte*) *Volenti non fit injuria* es la máxima que otorga relevancia a la *aquiescencia* del sujeto pasivo. Ésta puede tener la forma de un *acuerdo* o de un *consentimiento*. Cuando toma la forma de *acuerdo* (un adverbio o el concepto mismo requiere su exclusión), elimina la tipicidad sistemática (aunque no lo es estrictamente, opera como un elemento normativo de recorte; no hay pragma típico). Cuando la falta de acuerdo no es un expreso elemento normativo de recorte y el concepto no la requiere, la *aquiescencia* del sujeto pasivo puede operar como *consentimiento* en la tipicidad conglobante (143).

Aquiescencia

Acuerdo: elimina el concepto  
(falta la tipicidad sistemática)

Consentimiento: no elimina el  
concepto, pero falta la tipicidad  
conglobante

Una donación no es un hurto, sino que el acuerdo excluye conceptualmente el hurto. Cuando entramos a la casa de un amigo no cometemos una violación de domicilio, sino que la invitación excluye toda posibilidad conceptual de violación de domicilio. Una relación sexual no es una violación, puesto

que el acuerdo la excluye conceptualmente. En estos casos no hay un hurto, una violación de domicilio o una violación "atípicas", sino que directamente no hay hurto, violación de domicilio ni violación.

En los casos de consentimiento (143) el concepto no se elimina: la circuncisión es una lesión desde la perspectiva de la tipicidad sistemática. Nadie duda de que quien, sin consentimiento de los padres, circuncida a un bebé realiza una acción típica de lesiones. Pero es atípica si se practica como parte de un ritual religioso y en función de la libertad constitucional de cultos.

113. (*Elementos normativos en tipos abiertos*) Existen especiales elementos normativos en algunos tipos llamados *abiertos*. *Tipos abiertos* son los que remiten a otra norma para completar el pragma (cerrar el concepto). Algunos tipos dolosos son abiertos, pero la regla es que los tipos abiertos sean negligentes o culposos (pues requieren la precisión de la norma de cuidado debido a que por lo general no se halla en el tipo) **(234)**.

El tipo de homicidio culposo (84 CP) requiere que se lo cierre en cada caso averiguando cuáles son las pautas de prudencia, diligencia, pericia en el arte o profesión, o los reglamentos o deberes a su cargo, para determinar si la conducta es o no es típica.

114. (*Viejas redundancias*) Los códigos modernos no suelen exigir en los tipos que la conducta sea antijurídica, pero algunas fórmulas antiguas lo hacen. Se trata de redundancias legales, que no son elementos normativos de los tipos y no tienen ninguna función ni consecuencia dogmática.

115. (*Elementos típicos y legalidad estricta*) Los elementos (requisitos) de los tipos, en cuanto a su precisión, pueden ser rígidos (de fácil precisión), elásticos (se mueven entre límites) y vagos o indeterminados (por lo general son los *elementos valorativos éticos*). En cada caso debe determinarse si soportan el *test* de constitucionalidad conforme a la regla de legalidad estricta (37).

116. (*Clasificaciones de los tipos: la llamada parte general de la parte especial*) Los elementos y modalidades de los tipos objetivos sistemáticos permiten una considerable cantidad de clasificaciones de los tipos (suele hablarse al respecto de *parte general de la parte especial*, pero pertenecen a la teoría del tipo). Entre otros, pueden distinguirse tipos: *de formulación casuística (o circunstanciados)* y *de formulación libre*, según contengan (o no) referencias fenomenológicas de la conducta: circunstancias de tiempo, lugar, modo, medio, ocasión, características del sujeto pasivo, objeto del delito, etc.; *unisubsistentes* y *plurisubsistentes*, según que la conducta no pueda o pueda dividirse en acciones o actos parciales; *independientes* y *subordinados*, según que su concepto se agote en el mismo tipo o debe referirse a otro; *instantáneos* y *permanentes (o continuos)*, según que tengan sólo un momento consumativo o que a partir de éste la consumación se mantenga en el tiempo por acción del agente; *unisubjetivos* o *plurisubjetivos*, según que puedan ser cometidos por una persona o que requieran una pluralidad; *propria* y *comunia*, según que el sujeto activo deba reunir ciertos caracteres o que pueda ser cualquier persona. Por su formulación, los tipos objetivos sistemáticos pueden ser *básicos* o *calificados* y los últimos *agravados*

y *atenuados* (suele hablarse también de tipos *básicos*, *calificados* –agravados– y *privilegiados*).

Tipos de formulación casuística: 80 CP.

Tipos de formulación libre: 79 CP.

Los de formulación casuística pueden ser circunstanciados en razón del lugar (despoblado, 166 2° CP); tiempo (todas las referencias a edad de víctimas); modo (80 2° CP); medio (80 5° CP); ocasión (163 2° CP); objeto (255 CP); sujeto pasivo (119 1ª hipótesis CP).

Unisubsistentes: violación sexual (119 3° CP); plurisubsistentes; estafa (172 CP).

Independientes (172 CP); subordinados (164 en relación con el 162 CP).

Unisubjetivos (119 3° CP) y plurisubjetivos (97 CP).

Instantáneos (79 CP) y continuos o permanentes (142 CP).

*Delictia comunia* (79 CP) y *delictia propria* (80 1° CP).

Básicos (79, 162 CP), calificados o agravados (80, 163 CP), privilegiados hay muy pocos en el CP (169 CP).

### *C.5. La imputación objetiva del hecho como obra propia*

117. (*Preguntar si se puede imputar equivale a preguntar si hay un autor o un partícipe*) Por último, un requisito básico para la configuración del pragma es la posibilidad

de atribución de la ofensa como propia al agente (imputación). En el tipo objetivo sistemático la pregunta por la imputación al agente equivale a preguntar *si existe objetivamente la posibilidad de considerarlo autor o partícipe* (189; 212), lo que se verificará definitivamente en el tipo subjetivo, pues no hay autoría ni participación sin dolo (188). Por ende, la respuesta está íntimamente vinculada a la teoría de la autoría y de la participación (189-212). Hay intervinientes que tienen dominio del hecho y otros que no lo tienen. En ambos casos debe verificarse que objetivamente estén dadas las condiciones para que sea posible que la ofensa pueda considerarse como propia (es decir, no accidental o ajena).

118. (*La dominabilidad como presupuesto del dominio*) Para los participantes a los que se exige dominio del hecho, éste se termina de verificar con el dolo, pero no tiene sentido preguntarse si el sujeto ha ejercido este dominio cuando el hecho no era *dominable*. En el tipo objetivo sistemático, la imputación significa *posibilidad de concurrir al hecho con dominio del hecho* (dominabilidad).

119. (*El aporte necesario conforme al plan concreto*) Todo agente tiene dominio del hecho cuando es el *dominus* o señor del pragma: tomando en cuenta el plan concreto del hecho, tiene su dominio el que puede decidir su continuidad y sus condiciones. Lo tiene el que, quitando su aporte, impide el hecho o impone un cambio radical de plan concreto. Por ende, si hay varios concurrentes, tienen dominio todos los que hacen un aporte necesario para la realización del plan concreto del hecho (190).

Siempre se discute, por ejemplo, si el "campana" que observa si viene alguien para avisar en un robo tiene o no dominio del hecho. Aquí (en el tipo objetivo sistemático) no lo podríamos responder, porque sólo en el tipo subjetivo sabremos si el "campana" sabía lo que estaba haciendo (bien lo podrían haber engañado y hacerle creer que se trataba de una broma con la que sorprender a un amigo). No obstante, desde el tipo objetivo sistemático podemos saber si el "campana" podía o no dominar el hecho. Si su contribución sólo servía para que los otros actuaran más tranquilamente, pero no era necesario para consumir el robo, el "campana" no podía dominar el hecho (por mucho que se marchase en medio del hecho, el plan concreto de éste se hubiese consumado igualmente). En ese caso, sabemos desde el tipo objetivo sistemático que sólo podría ser un cómplice.

120. (*Autores y quienes dominan sin serlo*) Pero el dominio presupone la *dominabilidad* (posibilidad objetiva de dominio), porque *no se puede dominar lo que no es dominable*. Los agentes que tienen dominio del hecho son los autores y también los que hacen un aporte indispensable para el plan concreto del hecho sin serlo (195). Es sólo para esta categoría de agentes –o sea, con exclusión de los otros intervinientes– que la dominabilidad (posibilidad objetiva de dominio del hecho) opera como criterio de imputación.

121. (*Supuestos en que no hay dominabilidad*) (a) La *dominabilidad* se excluye –ante todo– en los cursos causales que, conforme al estado actual de la ciencia y la técnica, no son dominables por nadie.

(b) En los cursos causales *humana y técnicamente dominables*, es necesario determinar si el autor tiene los conocimientos o el entrenamiento necesarios para dominarlos: en caso de carecer de tales condiciones, tampoco existe la posibilidad objetiva de dominio y, por tanto, el hecho nunca podrá serle atribuido como propio. Reuniendo esas condiciones objetivamente, en el tipo subjetivo se preguntará si hizo uso de ellas para dominar el hecho, circunstancia que no interesa al tipo objetivo, donde basta con la simple posibilidad objetiva de dominio.

(c) Tampoco hay posibilidad de dominio cuando los medios son groseramente inidóneos para la obtención del fin propuesto: la irracional incapacidad del medio empleado para obtener la mutación del mundo requerida por el tipo prueba que el hecho concreto no era dominable y que si ha producido el resultado ha sido sólo por accidente o azar, fuera de toda previsión razonable de la causalidad.

(a) Es el ejemplo famoso del sobrino heredero que convence al tío rico para que vaya al monte en medio de una tormenta, con el argumento de que el agua de lluvia es energizante y con la esperanza de que lo mate un rayo. Lo mismo puede decirse si lo convence de que viaje en avión o en tren, con la esperanza de un accidente, o de que viaje a Timor con la esperanza de un atentado terrorista.

(b) La empleada de limpieza que no tiene la menor idea del funcionamiento de una computadora, no puede tener el dominio en un delito informático o en una defraudación por medio informático aunque vuelque el café sobre el aparato.

(c) Cuando los medios son absurdamente inidóneos para producir el resultado, tampoco hay dominabilidad: matar con alfileres (aunque la víctima se impresione y muera por un infarto); matar con azúcar "mágica" (aunque el sujeto muera porque es diabético y nadie lo sabía); defraudar a un banco con un cheque ajeno cruzado y no a la orden (aunque por error haya pasado todos los controles y el banco haya acreditado el importe en la cuenta del actor).

122. (*Eventual tipicidad culposa*) En los supuestos de falta de dominabilidad puede haber tipicidad culposa. También habiendo dominabilidad puede no haber tipicidad subjetiva (si la posibilidad no se concreta en dominio) y darse la tipicidad culposa. En la tipicidad culposa con dominabilidad la *negligencia es temeraria*; la dominabilidad –justamente– llevaría a un observador tercero y *ex ante* a creer en la existencia de un plan criminal. No haber tenido en cuenta la dominabilidad importa una violación muy grave al deber de cuidado. Aquí la negligencia linda con el dolo eventual (148).

123. (*Criterio de imputación para quienes no dominan el hecho*) En cuanto al agente al que no se le exige dominio del hecho –como es el cómplice secundario (197; 203; 207)– no puede ser la dominabilidad lo que permita imputarle la ofensa como propia. Dado que en ningún caso es posible considerar conflictivo todo lo que es meramente causal, so pena de extender el poder punitivo de modo insoportable e inconstitucional, se impone la búsqueda de algún criterio limitativo.

124. (*El aporte no banal y los roles dinámicos*) Para los cómplices secundarios la imputación objetiva de la ofensa requiere que el aporte al hecho sea objetivamente significativo o *no banal*. Habrá un mero aporte banal cuando sea producto de *roles cotidianos e inocuos* que no impliquen peligros de los que se deriven deberes de abstención o de cuidado para evitar ofensas del género de las que la conducta contribuye a causar. *Los roles sociales son siempre dinámicos* —no son fijos ni estáticos— y, por ende, el rol banal puede dejar de serlo cuando las circunstancias objetivas concretas y presentes alteren notoriamente la normal banalidad del rol, en cuyo caso la ofensa le será objetivamente imputable como propia.

Para determinar si los roles son banales o no, no puede dejar de observarse la situación concreta y, por ende, la mutación del rol en cada una de ellas. El vendedor de cuchillos al que un cliente le dice que el que se lleva lo va a usar para matar a su cónyuge, no tiene por qué avisar a la policía ni impedirlo de otro modo, porque simplemente se dedica a vender cuchillos como cualquier comerciante. No sería igual si vendiese venenos para ratas o armas de fuego. Tampoco sería igual si frente al comercio hay una gresca generalizada y alguien entra muy exaltado y pide un cuchillo con urgencia. Es banal también el rol de quien enciende la luz de su jardín para que no tropiecen los paseantes en la noche, pero deja de serlo si lo hace cuando ha observado que dos sicarios están siguiendo a su vecino para matarlo.

### C.6. El tipo objetivo conglobante: lesividad u ofensividad

125. (*Exigencia del orden jurídico personalista*) Verificada en la tipicidad objetiva sistemática, o sea, la existencia de un pragma (conducta exteriorizada que causa una mutación del mundo objetivamente imputable a un agente y con los datos fenoménicos que el tipo exija), la tipicidad objetiva requiere que este pragma sea *conflictivo*, porque ningún orden jurídico personalista (al servicio de la persona y no de entes transpersonales) puede penar lo que no sea un conflicto (art. 19 CN).

126. (*Ofensividad como eje del t.o. conglobante*) Para verificar la conflictividad se debe valorar el pragma objetivamente típico (adecuado al tipo sistemático) conforme a la totalidad del orden normativo (conglobarlo) para comprobar si importa la ofensa a un bien jurídico, por lesión o por peligro. Un pragma que no ofende un bien jurídico (*inocuo*) no es objetivamente típico. Dado que pretender penar una conducta inocua excede todo límite tolerable de irracionalidad, *el eje de la tipicidad objetiva conglobante es la ofensividad (39)*.

127. (*La doble función de la única norma deducida del tipo*) De cada tipo (fórmula legal) se deduce una norma. Esta deducción es indispensable para una interpretación racional del tipo. La norma indica que no debe ofenderse determinado bien jurídico y es polifuncional; si bien es una única norma, al mismo tiempo se dirige al juzgador tanto como al ciudadano, aunque lo hace en diferente medida y alcance (general para el primero, según su capacidad de adecuación para el segundo, o sea, que *cum-*

*ple una función valorante y otra determinante*). La ofensa al bien jurídico agota el contenido prohibitivo de la función valorante de la norma deducida. Por tratarse de dos funciones de una única norma permite la conexión del injusto con *la culpabilidad, que es donde se agota su función determinante*.

128. (*La conglobación de la norma*) No obstante, la norma deducida no está aislada, sino que forma parte de un sistema de normas cuya interpretación requiere no violar el *principio de coherencia y no contradicción*. El verdadero alcance prohibitivo de la norma sólo se puede conocer cuando –conforme al citado principio– se la congloba en el universo normativo.

129. (*Exclusión de la tipicidad resultante de la conglobación de la norma*) De la consideración conglobada de la norma deducida del tipo objetivo sistemático (es decir: de su consideración insertada dentro de todo el orden normativo) resulta que no habrá tipicidad objetiva (conglobante) cuando: (a) no haya una ofensa a un bien jurídico ajeno o cuando ésta haya sido insignificante; (b) el agente hubiese tenido el deber jurídico de realizar la conducta (34, 4 CP); (c) la conducta realizada por el agente fuese fomentada por el derecho; o (d) hubiese mediado consentimiento o asunción del riesgo por parte del sujeto pasivo.

No hay lesividad u ofensividad (el espacio conflictivo no está relleno por un conflicto) cuando:

(a) Falta el bien jurídico (sólo lesiono mi salud y no la ajena), así como también cuando la lesión al

bien jurídico es insignificante (no hay hurto -162 CP- si tomo un fósforo del vecino para encender un cigarrillo; no hay secuestro o privación ilegal de libertad -141 CP- cuando el chofer del colectivo hace caso omiso al pedido de parar y lo hace dos cuadras más adelante).

(b) El agente tenía el deber jurídico de actuar (el oficial de justicia no comete hurto ni violación de domicilio en cumplimiento del mandato judicial de allanar y secuestrar una cosa).

(c) El agente ha llevado a cabo una conducta fomentada por el derecho (una práctica deportiva regular y dentro de los límites del reglamento del respectivo deporte; una intervención quirúrgica para curar al enfermo).

(d) El sujeto consiente la lesión en los tatuajes, en las intervenciones cosméticas, etcétera.

130. (*¿Qué es un bien jurídico?*) (a) El bien jurídico es una relación de disponibilidad de una persona con un objeto jurídico tutelado por el derecho. Hay bienes jurídicos individuales y colectivos (o de sujeto plural). Por definición, no hay bienes jurídicos indisponibles, pues la disponibilidad es de la esencia del bien jurídico. *Disponibilidad*, en un estado social de derecho, equivale a *posibilidad de uso*. Es la posibilidad de utilizar esos entes para la autorrealización en coexistencia. La posibilidad de destrucción es sólo un límite extremo (porque cancela toda posibilidad posterior de uso), que en algunos casos está limitado, en especial cuando se trata de bienes jurídicos que condicionan la existencia de todos los restantes, como la vida o el estado.

131. (*La ley penal no tutela*) Cuando el derecho tutela una relación de disponibilidad la convierte en un bien jurídico. Si por vía de argumentación imaginamos la derogación de todas las leyes penales, no desaparecería del derecho ningún bien jurídico, pues seguirían siendo protegidos (existiendo como bienes jurídicos) en el derecho constitucional, civil, comercial, laboral, administrativo, etc. *La ley penal no crea ningún bien jurídico ni condiciona su esencia tutelar*, sino que los recibe ya como tales (elevados a esa categoría) por el orden jurídico. En consecuencia, no hay una *tutela penal* porque no hay bienes jurídicos creados por la ley penal, porque ésta tiene naturaleza sancionatoria y no constitutiva (277). Lo que el derecho penal hace es sólo exigir su ofensa como elemento del tipo. Sin tutela no hay bien jurídico, pues es ésta la que le da existencia y, por ende, llegan a la ley penal existiendo (tutelados jurídicamente).

132. (*Ofensividad y prohibición de penar el pecado*) La ofensa al bien jurídico como elemento (requisito de la tipicidad objetiva) es la traducción jurídico-penal del *principio de ofensividad* (no hay delito sin ofensa). Por ello, no puede penarse la ofensa a bienes propios ni la violación de puras reglas morales (porque el derecho tutela justamente la autonomía moral). Si bien es posible sostener que todo delito es pecado, es aberrante pretender que todo pecado sea delito.

133. (*Lesión, peligro y formas típicas de afectación*) El bien jurídico se puede ofender por lesión o por peligro. El peligro siempre se valora *ex ante* y debe ser considerado tal conforme a un observador tercero. Ambas modali-

dades de afectación están condicionadas a la forma y modo típicos y no son relevantes otras formas y modos de afectación que caen fuera de la prohibición. Por lo general caen fuera de la prohibición las afectaciones que son producto de la propia *disponibilidad del bien jurídico* (de su uso interpersonal) (no es posible relevar frases hechas que pueden responder a realidades: *lo mató el trabajo, el matrimonio, los viajes, la mala vida que le daba, las injurias recibidas, etc.*).

134. (*El peligro siempre es concreto: las invenciones de peligros*) No existe ofensa al bien jurídico en caso de *posibilidad de peligro* (peligro de peligro o peligro remoto), que en la tentativa llevaría a un peligro remotísimo; tampoco cuando el peligro se pretende presumido *juris et de jure*. Por ello, no hay ofensa por peligro *abstracto*, y no es válida la distinción entre peligro concreto y abstracto: todos los peligros típicos deben ser concretos o no son peligros. Tampoco se ofende cuando la ofensa no la provoca la conducta aislada sino el riesgo eventual de que todos realicen la misma conducta (ofensa *por acumulación o generalización* eventual). A este respecto cabe observar que no hay conducta –por inocua que sea– cuya universalización no resulte calamitosa. Tanto el peligro abstracto como la lesión por acumulación violan el principio de ofensividad.

135. (*La invención de bienes jurídicos*) Otras violaciones al principio de ofensividad son las *invenciones* de bienes jurídicos (considerar tales a los que sólo son abstracciones comprensivas de otros bienes) y también

las *clonaciones* (se tipifica un acto preparatorio y se le asigna un bien jurídico diferente).

136. (*Principio de insignificancia*) De todo el orden normativo se deduce que las ofensas a los bienes jurídicos son típicas cuando alcanzan un grado mínimo de intensidad (es la vieja máxima *minima non curat Praetor*); por ende –conforme al *principio de insignificancia*– la ofensa *insignificante* o *de bagatela* no es típica. Queda claro que la insignificancia no se mide por la abundancia del sujeto pasivo, pero puede excluirse por su desamparo o necesidad. También cabe considerar insignificante la ofensa a un bien jurídico a punto de extinguirse, salvo en el caso de la vida, cuya disponibilidad se garantiza hasta el último momento.

No es insignificante el hurto de una vaca (167 ter CP) a un estanciero que tiene cinco mil vacas. Es insignificante el apoderamiento de un fósforo, pero deja de serlo si es el único fósforo que el otro conserva después de un naufragio y que lo necesita para hacer fuego y calentarse.

137. (*El cumplimiento de un deber jurídico*) (b) En un estado de derecho la persona siempre debe tener la posibilidad de saber cuál es la conducta debida. *Es contrario al principio republicano pretender que una norma ordene lo que otra prohíbe.* Aunque puede parecer que esto sucede atendiendo sólo al tenor literal de los tipos y de las normas deducidas, una vez conglobadas resultará que una

norma prevalece sobre la otra. Los conflictos de normas son sólo aparentes; si hubiese un conflicto real de normas, el derecho no sería racional. Si el legislador incurre en contradicción, el juez debe resolverla desentrañando la prioridad normativa o declarando inconstitucional una de las normas. Si la prioridad es de difícil determinación, el agente que yerra acerca de la conducta debida debe considerarse que se halla en error de prohibición **(334)**. Por imperio del principio republicano los jueces deben hacer operar a las normas como un sistema (orden jurídico) en el que unas recortan o limitan a las otras, de forma que en cualquier situación exista un deber jurídico y sólo uno.

Si un médico viola el secreto profesional (156 CP), porque considera que debía denunciar un caso de enfermedad infecciosa, puede ser que ese sea su deber, pero bien puede producirse una controversia judicial y resolverse que su deber era el de guardar el secreto aun en esa circunstancia. No habría conflicto de normas, porque siempre se decide haciendo predominar una de las normas (la de informar en el primer caso y la de guardar el secreto en el segundo). Por supuesto que, como se verá en su momento, la justicia no podría penar al médico porque si ella debatió la cuestión, para el lego el error era invencible.

138. (*El deber jurídico elimina la conflictividad*) El cumplimiento del deber jurídico excluye la antinormatividad del pragma y, por ende, la conducta que lo cumple siem-

pre es atípica. El cumplimiento del deber jurídico no es una causa de justificación, sino de atipicidad conglobante. No se trata de justificación, porque no se basa en un precepto permisivo, sino que se resuelve en el puro terreno de la antinormatividad.

139. (*Necesidad y deber jurídico*) No debe confundirse el deber jurídico con el estado de necesidad justificante o exculpante (**297; 298**). Quien tiene el deber de actuar y lo hace salvando los únicos bienes jurídicos que tiene la posibilidad física de salvar, no actúa en estado de necesidad, sino atípicamente, porque cumple con su deber jurídico, que sólo le obliga a hacer lo posible. Quien actúa para salvar un bien jurídico sin que ninguna norma le imponga hacerlo, puede hallarse en estado de necesidad justificante o exculpante, según el caso, y no habrá ninguna colisión de deberes ni de normas.

140. (*Exceso: remisión*) Quien *excede los límites* del deber jurídico tiene la pena reducida del delito negligente o culposo y, en caso de no existir previsión culposa, queda impune. El exceso de los límites tiene aquí las mismas características que en la justificación (**308; 309; 310**).

141. (*Conductas fomentadas por el derecho*) (c) Existen conductas que están claramente fomentadas por la legislación en múltiples normas y muchas de ellas contribuyen al bien común en forma universalmente reconocida. Es absurdo entender que una norma deducida de un tipo puede prohibir lo que un aparato legal complejo fomenta con general asentimiento. Al igual que en

el caso del deber jurídico –y por análogas razones– se impone entender que las *normas fomentadoras* recortan a las normas prohibitivas en el plano de la normatividad.

142. (*Normas fomentadoras*) Claros casos de *normas fomentadoras* son las que rigen la actividad médica, especialmente quirúrgica, como también las referidas al deporte. La lesión quirúrgica causada conforme a las reglas del arte médico debe excluirse de la tipicidad objetiva conglobante en razón de su fomento jurídico. Cuando se producen con finalidad terapéutica, pero contra la voluntad del paciente, tampoco serán típicas de lesiones, aunque pueden ofender la libertad ambulatoria. En el deporte debe mediar el consentimiento del participante para completar la atipicidad conglobante de una eventual lesión; lo mismo sucede en la lesión quirúrgica puramente estética, o sea, sin finalidad terapéutica.

143. (*El consentimiento*) (d) La aquiescencia que excluye la tipicidad objetiva conglobante es el *consentimiento* del sujeto pasivo (**112**). Se trata de supuestos en que el pragma existe (tipicidad objetiva sistemática) porque la falta de aquiescencia no es necesaria para conceptualizar la conducta prohibida (no es un elemento normativo de recorte del tipo objetivo sistemático), sino que opera como excluyente de la tipicidad conglobante, sea porque su eficacia se deriva del principio de autonomía, de libertad de cultos o de actos privados que no afectan a terceros. El error acerca del consentimiento es un error directo de prohibición (**338**), pues hace a la comprensión de la antinormatividad de la conducta y no a la naturaleza de ésta (por lo cual no excluye el dolo).

Cuando la falta de aquiescencia del sujeto pasivo es necesaria para el concepto mismo del *pragma* típico, mediando aquiescencia faltará directamente el tipo sistemático. Pero cuando esa falta no es conceptualmente necesaria, será necesario determinar si no hubo consentimiento del sujeto pasivo o del titular del bien jurídico. Esto sucede respecto del tipo de lesiones (89 CP) en función del principio de autonomía en el caso de los tatuajes o perforaciones de lóbulo o de otros tejidos para poner aros; en función del principio de libertad de cultos en el caso de la circuncisión; en función del principio de privacidad en los supuestos de escoriaciones o lesiones leves en la práctica del sadomasoquismo o de otras actividades sexuales; etcétera.

### *C.7. El tipo doloso activo subjetivo: el dolo*

144. (*Concepto de dolo*) El núcleo central del tipo subjetivo es el dolo. *Dolo es la voluntad realizadora del tipo guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sistemático.* El conocimiento del tipo objetivo conglobante es materia de la culpabilidad (**323; 324**). El dolo implica el requerimiento de una finalidad típica y, por lo tanto, junto con la culpa importan una limitación al poder punitivo, pues excluyen cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva (**261**).

El dolo exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sistemático

Los conocimientos que hacen al tipo objetivo conglobante y a la antijuridicidad son materia de la culpabilidad

145. (*Dolo como representación y voluntad*) El dolo es *saber* y *querer*, por lo que tiene un aspecto cognoscitivo o intelectual y un aspecto conativo o volitivo. El conocimiento y la resolución son anteriores al acto de acción, pues sin conocimiento no se puede resolver y sin resolver no se puede ejecutar, o sea, que el juez determina los pasos cronológicos del dolo sólo cuando el hecho ha pasado, pero ónticamente el dolo es un proceso que se desarrolla en el tiempo (221). Lo que le otorga unidad a todos sus elementos es la finalidad. Si bien es cierto que puede haber conocimiento sin finalidad, la inversa es imposible.

146. (*El dolo requiere conocimientos efectivos y actuales*) Los elementos del tipo objetivo sistemático deben ser conocidos en forma *efectiva*, o sea que deben estar disponibles en la consciencia del agente. No basta con el conocimiento potencial (o posibilidad de conocimiento), que por definición es un *no conocimiento* que sólo *puede* transformarse en conocimiento. No basta para el dolo con que el conocimiento sea efectivo: es necesario también que sea *actual*. No es actual el dato que está en la memoria pero que *no se tiene en cuenta* (no se actualiza) en el momento de decidir y actuar. Actualizar no significa reflexionar: se tienen en cuenta también los datos que no se pueden separar de otros en los que se piensa (co-pensados).

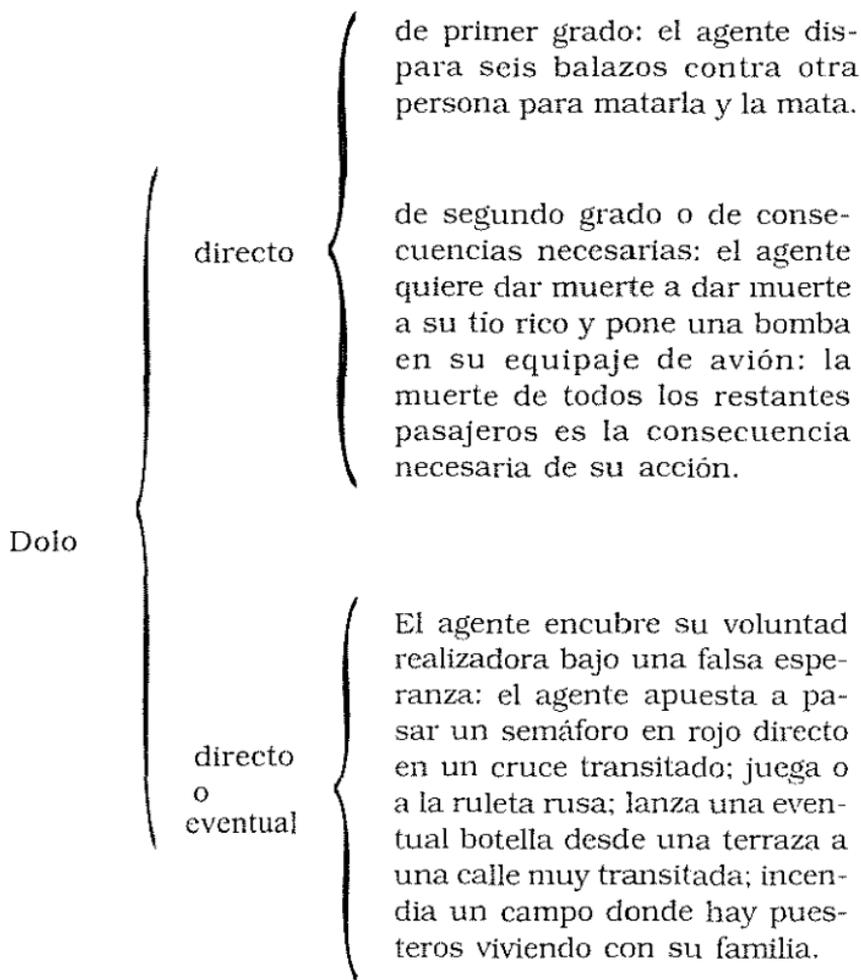
El agente debe saber que lo que toma es una cosa ajena en el hurto (162 CP). No basta con que haya tenido la posibilidad de saberlo (el que por distracción se lleva un paraguas ajeno a la salida de un bar

tuvo la posibilidad de comprobar que no era el suyo, porque se llevó un paraguas negro y el suyo era verde, pero no tenía el conocimiento efectivo de que era ajeno, por lo que no puede haber dolo).

147. (*Conocimientos extraños al dolo*) El conocimiento y la comprensión de la antinormatividad y de la antijuridicidad no forman parte del aspecto cognoscitivo del dolo: pertenecen por entero al campo de la culpabilidad (**322-325**). A su respecto basta la posibilidad de conocimiento, o sea, que no se exige su conocimiento efectivo y menos aún su actualización.

148. (*Dolo directo y eventual*) Por su aspecto conativo o volitivo el dolo se distingue en directo (de primer y de segundo grado) y eventual. En el dolo directo de primer grado el resultado se quiere como fin en sí mismo. En el de segundo grado (también llamado dolo de consecuencias necesarias) el resultado es una consecuencia inevitable de los medios elegidos.

149. (*Dolo eventual*) En el dolo eventual (también llamado *indirecto* o *condicionado*) el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero encubre su voluntad realizadora acudiendo a una infundada esperanza de que no se produzca. La voluntad realizadora existe en la psiquis del agente, pero éste apela al recurso de no saber lo que sabe mediante una esperanza infundada, de modo que la representación de esta posibilidad no le hace desistir del plan.



150. (*¿Cuándo hay voluntad realizadora?*) Se encubre psicológicamente la voluntad de realización cuando no se tiene ninguna razón fundada para creer que se podrá evitar el resultado; inversamente, media un rechazo

serio de esa posibilidad y, por ende, no existe voluntad realizadora cuando el agente tiene razones fundadas para creer que evitará la producción del resultado.

151. (*Voluntad realizadora y deseo*) No debe confundirse la voluntad realizadora (dolo) con el mero deseo; puede haber voluntad realizadora de resultados *no deseados* (indeseables), precisamente porque la voluntad se separa del deseo encubriéndose en una esperanza infundada. El deseo de ganar le oculta al apostador su voluntad de perder (inevitablemente inseparable de la de jugar, salvo que sea un necio), puesta de manifiesto con la infundada esperanza de ganar.

152. (*Culpa temeraria*) Cuando objetivamente existe dominabilidad (**118**) y el agente cree fundadamente que evitará la producción del resultado, sólo hay negligencia temeraria (**242**) en la forma de culpa consciente (**258**). Las dificultades para distinguir el dolo de la negligencia sólo pueden darse entre el dolo eventual y la negligencia consciente y únicamente en los casos en que haya tipicidad objetiva sistemática (negligencia temeraria).

153. (*Prueba del dolo: no se admiten presunciones juris*) El dolo es un concepto normativo que delimita un hecho psíquico. Como todo lo psíquico, sólo puede conocerse por inferencia a partir de datos objetivos. La valoración de tales datos –como cualquier conjunto de indicios– debe llevarse a cabo en cada caso y a su respecto también rige el *favor rei*. No hay presunciones legales a este respecto. Cuando se pretende que del conocimiento se deriva la finalidad, *se está introduciendo un sistema de prueba*

*legal del dolo*; cuando se deja esa inferencia a cargo del juzgador, se adopta el criterio procesal de la sana crítica.

154. (*El error de tipo y sus efectos*) El error de tipo es el que afecta el aspecto cognoscitivo del dolo, o sea, que no puede haber finalidad típica porque el agente desconoce lo que hace. El error de tipo es vencible cuando el agente, poniendo el cuidado debido, podía superarlo; en caso contrario será invencible. En cualquier caso –vencible o invencible– el error de tipo elimina el dolo. En caso de vencibilidad es posible la tipicidad negligente, si se dan los restantes requerimientos de ésta.

Es verdad que todo error de tipo elimina también la posibilidad de comprensión de la ilicitud del hecho, pero porque directamente elimina la tipicidad y, por ende, cancela un presupuesto más elemental de la primera.

155. (*Error de tipo psíquicamente condicionado*) El error de tipo puede estar psíquicamente condicionado, o sea, responder a una incapacidad psíquica permanente o pasajera, como consecuencia de una perturbación de la consciencia debida a trastornos de la sensopercepción, alucinaciones e ilusiones. Se trata de otro nivel de incapacidad psíquica de delito, que no debe confundirse con la inimputabilidad (327) y menos aún con la involuntabilidad (77).

156. (*Errores de tipo sobre diferentes elementos*) El error de tipo puede recaer sobre cualquier elemento del tipo objetivo sistemático, pudiendo afectar el conocimiento de elementos interpretables, normativos y de remisio-

nes valorativas (**110-113**), de la previsión de la causalidad (da lugar a la *aberratio ictus* y al *dolus generalis*) (**158-160**), de la calidad del sujeto activo en los *delicta propria*, de la dominabilidad en la autoría, de la banalidad del aporte en la complicidad secundaria (**212**), etcétera.

El dolo es:

conocimiento y voluntad

Por ende es:

saber (el que hurta  
sabe que la cosa  
es ajena)

y

querer (y quiere  
apoderarse  
de ella)

No puede haber dolo sin conocimiento (el agente no puede querer apoderarse de la cosa ajena si no sabe que es ajena).

Pero con el conocimiento no basta (todos sabemos que estamos rodeados de cosas ajenas).

*EL ERROR DE TIPO es el que afecta el conocimiento necesario como presupuesto de querer la realización de la tipicidad objetiva sistemática.*

*Puede recaer sobre:*

El objeto (se lleva una cosa ajena creyendo que es propia).

El sujeto activo (cree que es funcionario público y en realidad hace una semana que cesó en funciones).

El sujeto pasivo (ignora que la víctima es su cónyuge).

La causalidad (quiere disparar para cazar un oso pero la bala mata a un hombre).

Elementos normativos (cree que firma un pagaré y en realidad firma un cheque).

Etcétera.

EFFECTOS  
DEL  
ERROR  
DE TIPO

1. Siempre elimina el dolo, sin importar si es vencible o invencible.
2. Siendo invencible no hay ninguna posibilidad de tipicidad.
3. Siendo vencible, eventualmente (si existe tipo culposo y en el caso se dan los requisitos típicos), cabe la tipicidad culposa o negligente.

157. (*El conocimiento paralelo en la esfera del profano*)

Para el conocimiento de los elementos que requieren precisiones jurídicas basta con el conocimiento paralelo en la esfera del autor, del lego o del profano, o sea, que es suficiente con el conocimiento jurídico común en la población. El carácter normativo de los elementos del tipo no convierte su conocimiento en una cuestión de culpabilidad ni el error a su respecto en un error de prohibi-

ción: esta confusión importa convertir la exigencia de un conocimiento efectivo en una mera posibilidad de conocimiento, lo que es un avance de la administración estatal y de las trampas de su burocracia autoritaria.

158. (*Aberratio ictus o error en el golpe*) Cuando en el desarrollo cronológico del dolo la causalidad se aparta del plan trazado, debe distinguirse si esa desviación es o no indiferente para el agente, o sea, que debe atenderse al plan concreto del hecho y –por ende– al grado de concreción del dolo conforme a ese plan. El *error en el golpe* o *aberratio ictus*, conforme a este criterio de concreción del dolo atendiendo al plan concreto, debe resolverse así: si el sujeto quería alcanzar cualquier objeto de un conjunto o género y lo alcanzó, el error es inesencial; si quería alcanzar un objeto determinado y no lo alcanzó, será esencial.

Hay un error en el golpe (*aberratio ictus*) cuando la acción se dirige contra un objeto y alcanza a otro porque la causalidad no sigue el curso previsto o programado: se quiere matar a alguien disparándole, pero la bala alcanza a otro ente. En cualquier caso, sea lo que sea el ente, la conducta queda en grado de tentativa respecto del objeto contra el que se dirigía la conducta. En cuanto a la lesión al otro ente, puede tratarse de una cosa (un maniquí a cuyo lado estaba parada la persona), en cuyo caso habría un daño, pero negligente o culposo, por lo que no habría tipicidad (el delito de daño –183 CP– sólo es doloso). Si la bala alcanza a otra persona, habría un homicidio culposo (84 CP) o lesiones culposas (94 CP) en concurso ideal (54 CP) con la tentativa de homicidio doloso (42 y 79 CP). En cualquier caso

debe descartarse que no haya dolo eventual (que el agente no haya ocultado su voluntad de alcanzar a la otra persona bajo una infundada esperanza de no alcanzarla con los disparos).

159. (*Error en el objeto o en la persona*) A diferencia del error en el golpe, en el *error en el objeto o en la persona* no hay ninguna desviación de la causalidad respecto del plan concreto; es irrelevante cuando el objeto lesionado es típicamente equivalente al que se quería lesionar; elimina el dolo cuando no es equivalente. Es equivalente el objeto que llena el requisito del objeto típico (equivalencia jurídica), sin importar el interés concreto del agente acerca de la identidad del objeto.

El error en la persona o en el objeto se resuelve distinguiendo:

1. Si el objeto es equivalente (quería matar a Juan y mató a Pedro, porque lo confundió con Juan en la oscuridad), habría un homicidio doloso consumado (79 CP): quería matar a un ser humano y mató a un ser humano. Lo mismo sucede si quería apoderarse de una cosa ajena (una joya valiosa) y se llevó otra (una reproducción de mucho menor valor), si quiso secuestrar a una persona adinerada para pedir rescate (170 CP) y privó de libertad a otra que carecía de dinero.

2. Si el objeto no es equivalente, en principio la conducta es atípica: en la oscuridad disparó sobre

un maniquí; no se llevó billetes de cien pesos sino papeles de publicidad con burdas imitaciones.

160. (*Dolus generalis*) En el *dolus generalis* se produce una desviación temporal (el resultado adviene antes o después de lo planeado en concreto). Si el resultado se produce antes del comienzo de ejecución, no hay dolo porque falta la tipicidad objetiva, que sólo comienza con el acto de tentativa **(216)**. Si se planea una conducta hasta la producción de un resultado, es indiferente que éste se produzca antes o después en el curso de sus actos parciales. Si se planea una conducta y cuando se cree erróneamente que se ha producido el resultado se planea una segunda y el resultado adviene en la segunda, habrá un concurso real **(265)**, porque no es posible construir una conducta cuando median dos decisiones y dos planes concretos diferentes.

1. No ha comenzado la ejecución del homicidio, aunque el agente tenga el arma cargada en su bolsillo y la muestre a la víctima anunciándole su voluntad homicida (si ésta muere por un infarto masivo sólo podrá pensarse en una eventual tipicidad culposa o negligente).
2. Si alguien decide matar a otro y arrojar el cuerpo al mar, poco importa si por error lo arroja aún vivo y muere ahogado.
3. Si alguien decide matar a otro y recién cuando cree que ha logrado el resultado decide

arrojar el cuerpo al mar, habrá dos manifestaciones de voluntad separadas y por lo tanto dos conductas. Se tratará de un concurso real de tentativa de homicidio con homicidio culposo o negligente.

161. (*Error sobre agravantes y atenuantes*) En el caso de los tipos básicos y calificados (**116**), en razón de que los tipos no son independientes, el error por el que se desconoce una agravante o por el que se supone falsamente su existencia, no elimina la tipicidad, sino que deja subsistente el tipo básico. Cuando se supone falsamente una atenuante o cuando se ignora una atenuante que objetivamente existe, el dolo sólo alcanza al tipo atenuado o privilegiado.

1. Si alguien cree que mata a su padre, pero en realidad mata a un ajeno a la familia, incurre en un homicidio simple (79 CP) y no en uno calificado (80 1º CP), porque falta la objetividad típica del parricidio (no hay un pariente muerto).
2. Si cree que mata a un extraño y mata a un padre, incurre también en un homicidio simple (79 CP), porque ignoraba la calificante de agravación (falta de subjetividad típica del parricidio).
3. Si cree que amenaza con una violación de secretos (169 CP) pero en realidad importan la quiebra de todos los negocios del extorsionado, incurre en el tipo privilegiado, por-

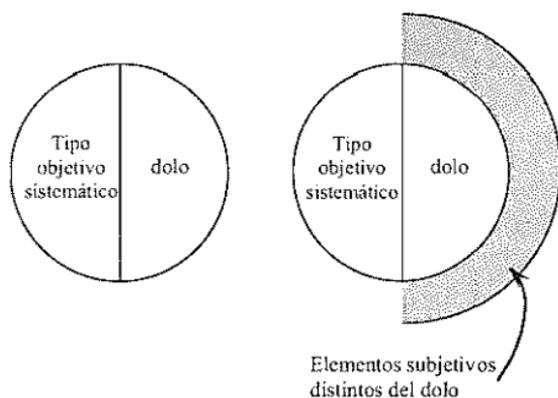
que ignora la circunstancia del tipo básico (168 CP) (falta la subjetividad típica de éste).

4. Si cree que amenaza con destruir los negocios del extorsionado, pero en realidad lo único que hace es amenazarlo con una imputación contra el honor, incurre también en la figura privilegiada (169 CP) porque falta la objetividad típica del tipo básico.

162. (*El error sobre la falta de acuerdo es error de tipo*) Dado que el acuerdo elimina la tipicidad sistemática (**111; 112**), cuando el sujeto crea falsamente que media un acuerdo del sujeto pasivo incurrirá en un error de tipo que excluye el dolo, a diferencia del error sobre el *consentimiento* (que es de prohibición) (**143; 338**).

### C.8. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo

163. (*Tipos asimétricos*) Hay tipos *simétricos* y tipos *asimétricos*: si bien el aspecto conativo del dolo siempre debe cubrir la realización del tipo objetivo sistemático, hay tipos en los cuales su aspecto subjetivo está hipertrofiado con relación al objetivo, o sea, que requieren otros elementos subjetivos además del dolo.



164. (*Elementos subjetivos de tendencia interna trascendente*) (a) Estos elementos pueden ser *de tendencia interna trascendente* (ultrafinalidades, usualmente destacadas en los tipos legales con la preposición *para* o *con el fin de*), en los que no es necesario que la finalidad u objetivo ultratípico se obtenga. Por ello suelen llamarse también *delitos cortados de resultado*.

*Elementos subjetivos de tendencia interna trascendente o delitos cortados de resultado, entre otros son los siguientes:* para sacar rescate (170 CP); para mantenerla en ella (140 CP); con el fin de obligar a la víctima o a un tercero (142 bis); para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden (139 1° CP); menoscabar su integridad sexual (130 CP); para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito (80 7° CP); contribuir a la comisión de delitos contra la seguridad común (189 bis CP); para procurarse a sí mismo o para procurar a otro (174 1° CP); etcétera.

165. (*De tendencia interna peculiar o de ánimo*) (b) También pueden ser tipos *de tendencia* o de *tendencia interna peculiar* o con cierto *ánimo*. En estos casos el tipo exige también ciertos elementos objetivos: si bien no basta con éstos, su ausencia da lugar a que la *tendencia peculiar* o el *ánimo* quede en mera ilusión.

Elementos de ánimo o de *tendencia interna peculiar* son por ejemplo:

1. La alevosía (80 2° CP), que implica indefensión de la persona como elemento del tipo objetivo sistemático, pero el ánimo de aprovecharse de ella como elemento subjetivo. Si falta la indefensión, objetivamente no puede haber alevosía, pero no cualquier muerte de una persona indefensa es alevosa, pues no lo sería un homicidio piadoso (muerte de un familiar que padece una enfermedad incurable y terminal y que sufre grandes dolores, por ejemplo).

2. El hurto calamitoso (163 2° CP), en que tampoco basta el desastre o infortunio, aunque ese dato del tipo objetivo sistemático sea imprescindible, sino que además es necesario el ánimo de aprovecharse de esa situación de precariedad defensiva de la propiedad. El filatelista que quiere apoderarse del sello rarísimo que tiene una persona discapacitada no tiene otra alternativa que quitárselo al discapacitado, pues no lo tiene otra persona.

166. (*Elementos de ánimo no peligrosos*) En general, los elementos del ánimo son peligrosos para las garantías, pues pueden llevar a distinguir entre *amigos* y *enemigos*. No se corre ese riesgo cuando su inclusión resulta

necesaria para *reducir* la tipicidad meramente objetiva: no basta con que exista objetivamente la indefensión, la calamidad o la incapacidad, sino que es necesario el ánimo de aprovechamiento.

Los elementos del ánimo pueden ser peligrosos, porque las leyes autoritarias suelen apelar a "ánimos" subversivos, contrarios a los valores occidentales, etc. En nuestro país hubo quien pensó que los delitos cometidos por grupos políticos de derecha no podían equipararse a los anarquistas, porque tenían en "ánimo" de reforzar el orden. En nuestro CP por lo general tienen por objeto limitar el poder punitivo: así, no puede practicar el curanderismo la vecina que aconseja el uso de un unguento contra los dolores artríticos, pues no lo hace habitualmente (208 1° CP), ni cualquier contrato con beneficios desproporcionados para una de las partes es usura (175 bis CP) si no hay un aprovechamiento de la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra parte.

167. (*Habitualidad y profesionalidad*) La habitualidad y la profesionalidad son elementos de ánimo. Un solo hecho puede configurarlos si va acompañado del ánimo; la reiteración de hechos no es típica si no va acompañada del ánimo (acompañada por el ánimo configura un delito continuado) **(269)**, sin perjuicio de que procesalmente importe un indicio del ánimo.

168. (*Diferencia con la culpabilidad*) Las dos categorías de elementos subjetivos no deben confundirse con elementos de la culpabilidad: las motivaciones (el *de dón-*

de) siempre son una cuestión de culpabilidad, en tanto que las ultrafinalidades (el *hacia dónde*) lo son de tipicidad subjetiva al igual que los ánimos (el *cómo interno*).

### C.9. Tipos omisivos dolosos

169. (*El agere aliud*) El tipo omisivo doloso se construye mediante la técnica de prohibir acciones diferentes a la debida: describe la acción debida en cierta situación típica; cualquier otra está prohibida en esa situación. La acción prohibida, por ende, es un hacer diferente (un otro hacer: *agere aliud*). La acción diferente no se prohíbe en sí misma, sino porque exterioriza la no realización de la acción debida: por eso no tiene importancia la inexistencia del vínculo de causación entre ella y el resultado ni su inocuidad fuera de la situación típica, sino que la conducta diferente es típica porque es la única forma de manifestar la voluntad infractora de la norma imperativa.

Tipo activo: se describe el pragma con la conducta prohibida (la norma se enuncia prohibitivamente); en el presupuesto de hecho fáctico la conducta debe coincidir con la descripta.

Tipo omisivo: se describe el pragma con la conducta debida (la norma se enuncia preceptivamente); en el presupuesto de hecho fáctico la conducta debe ser diferente de la descripta.

170. (*Norma enunciada preceptivamente*) La norma deducida del tipo omisivo está enunciada preceptivamente. Desde la lógica toda norma enunciada prohibitivamente también puede revertirse en un enunciado preceptivo, pero por ineludibles limitaciones propias del lenguaje, cuando se hace esto el enunciado preceptivo adquiere un alcance mucho más amplio que el prohibitivo. El riesgo que esto importa para la legalidad hace que los tipos omisivos sean excepcionales en la ley penal, como también que doctrinariamente no puedan considerarse en ninguna de sus formas como manifestaciones de tipos activos y –menos aún– pretender reducir los tipos activos conforme a la estructura de los omisivos.

171. (*Las normas preceptivas penales no fomentan la solidaridad*) Si bien puede sostenerse que el predominio de normas enunciadas preceptivamente configurarían un derecho más solidario, esto no es válido para el caso de la ley penal, donde un imaginario predominio de tipos omisivos lesionaría la legalidad estricta y, además, conduciría a una ampliación del poder punitivo por efecto de la selectividad propia del ejercicio de éste.

172. (*El concepto de omisión es normativo*) El concepto de omisión es normativo, pues antes de disponer del supuesto de hecho legal (tipo) no es posible saber si hay una omisión, dado que pretípicamente todas son acciones. En el mundo sólo hay acciones jurídicas; las omisiones del mundo son éticas (violación de normas éticas), pero no son jurídicas hasta que el derecho no lo dice, y éste sólo lo dice en el tipo. Por ende, como no se debe incorporar toda la ética al derecho (y tampoco puede afir-

marse que toda omisión jurídica sea también ética), si bien algunas acciones que tienen lugar en situaciones típicas expresan la violación de la norma preceptiva, ésta no puede ser conocida antes de disponer del supuesto de hecho legal (tipo).

173. (*Acciones diferentes concomitantes o previas*) La omisión típica es siempre un comportamiento diferente al prescrito por la norma, que puede consistir en acciones realizadas en el momento de producirse el resultado o previamente, cuando el agente se incapacita o coloca en una situación o estado que le impide la realización de la acción que el tipo prescribe.

174. (*Son tipos circunstanciados*) El tipo omisivo sistemático tiene siempre la característica de ser circunstanciado, porque define una situación típica y sólo en esa situación típica el comportamiento diferente del prescrito revela una violación al precepto derivado del tipo. La conducta típica expresa la violación de la norma porque no se dirige al fin ordenado. Cuando se dirija al fin ordenado pero no alcance el resultado mediará siempre una atipicidad dolosa, aunque pueda haber tipicidad culposa.

175. (*Imposibilidades*) La tipicidad objetiva sistemática se excluye cuando la acción debida no pueda alcanzar el resultado (*ultra posse nemo obligatur*) o cuando el agente no estuviese en condiciones de realizarla o no tuviese la capacidad física para ello. Si no estuviese en condiciones de realizar ninguna acción (inconsciente,

por ejemplo), se tratará sin más de una ausencia de conducta **(77)** y no de una atipicidad.

176. (*En la omisión hay causalidad, pero no causación*) Admitido que por causalidad puede entenderse tanto el hecho físico como la explicación de ese hecho físico (concepto relacionante) **(106)**, no puede negarse que en la tipicidad omisiva media causalidad física, porque el resultado se produce conforme a un proceso causal. La diferencia estriba en que en el tipo activo la norma prohíbe poner en funcionamiento el proceso causal (causación del resultado ofensivo), en tanto que en el tipo omisivo se prescribe interferir (se ordena la injerencia) en el proceso causal para evitar el resultado (evitación del resultado ofensivo). En ambos casos, dado que existe causalidad física, ésta es susceptible de ser dirigida (por causación o por evitación) hacia el resultado. No se trata de una causalidad *diferente* (ni de una *no-causalidad*) sino de dos modos diferentes de conducir, dirigir o montarse sobre la misma causalidad como hecho físico.

177. (*Dominabilidad en la omisión*) La dominabilidad en el tipo omisivo sistemático significa la posibilidad cierta de interferir la causalidad. La verificación de la causalidad –como causación o como evitación– siempre es un juicio hipotético relacionante y, por ende, sobre lo que pudo ser y no fue, por lo que es imposible evitar un margen de duda a su respecto. Para no lesionar el beneficio de la duda, ésta debe hallarse siempre próxima al límite de la seguridad, o sea, que no debe superar el resabio dubitativo inevitable en todo juicio hipotético.

178. (*Omisiones propias e impropias*) Los tipos omisivos sistemáticos permiten distinguir entre *los propios y los impropios delitos omisivos*. Los *tipos omisivos propios* son muy excepcionales en las leyes: son los tipos omisivos cuyo sujeto activo no es calificado, o sea, que pueden ser cometidos por cualquier persona (prácticamente es único el **108 CP**).

Omisiones  
(siempre  
son tipos  
circuns-  
tanciados)

Propias: cualquiera puede ser autor (se funda en un deber general de solidaridad) (108 CP)

Impropias: sólo son autores los que se hallan en posición de garante respecto del bien jurídico (se fundan en un particular deber de garantizar la conservación o reparación del bien jurídico).

179. (*Impropios tipos omisivos*) En los *impropios tipos omisivos* los sujetos activos siempre son calificados (invariablemente se trata de *delicta propria*). Si bien todos los tipos omisivos son circunstanciados (exigen una situación típica), la calificación del sujeto activo en los impropios significa que éste se halla vinculado por un *especial deber de preservación o cuidado* respecto del bien jurídico ofendido (diferente al del resto de las personas) que en esa situación típica le obliga a garantizarlo, es decir, que la situación y su condición lo colocan en una *posición de garante*.

Se hallan en posición de garante (o sea que tienen un especial deber de conservación o reparación del bien jurídico) los que tengan el deber de mantener o cuidar a una persona (deber jurídico legal o contractual) (106 CP) (el guía de montaña, el pariente obligado a alimentar, el enfermero, el bañero) o los que con su conducta anterior hayan causado la situación de peligro o desamparo (106 CP) (quien dolosa o culposamente haya lesionado a una persona), el encargado de realizar un acto funcional (249 CP) (el agente policial que se niega a intervenir en un delito en flagrancia, el jefe de correos que se niega a entregar la correspondencia), el funcionario público respecto del buen nombre de la administración [268 (3) CP] (omite entregar la declaración jurada de bienes); el juez respecto al deber de juzgar (273 CP) (no dicta sentencia).

180. (*Posición de garante*) Los deberes que configuran la posición de garante pueden tener por fuente la ley misma, el contrato o el comportamiento anterior del agente (que haya decidido al sujeto pasivo a asumir un riesgo garantizando su neutralización).

181. (*El problema de la equivalencia de injustos*) Es posible que el contenido injusto de la conducta típica omisiva no equivalga al del tipo activo doloso especular, pues no siempre representa el mismo grado de injusto no evitar un resultado que causarlo. La ley puede reconocer esta disparidad de ilicitudes y traducirla en la escala penal conminada, pero incluso cuando no lo haga, el juzgador debe analizar la equivalencia de injustos en el momento de establecer la penalidad (41 CP).

182. (*La analogía integradora en la omisión impropia*)

Los impropios tipos omisivos son tan legales como los activos y, por ende, la construcción analógica de tipos judiciales viola el principio de legalidad constitucional. La construcción analógica judicial de los impropios tipos omisivos no deja de ser tal cuando las mismas leyes la autorizan mediante una fórmula general con indicaciones para que el juzgador la realice, pues es de la esencia de toda habilitación de integración analógica de la ley penal que el legislador imparta instrucciones o directivas a los jueces para la construcción de los tipos judiciales. Esta habilitación general de integración analógica no existe en nuestro CP.

El CP no contiene ninguna autorización para que los jueces construyan tipos penales (analogía integradora violatoria del principio de legalidad). Se sostiene que igualmente se deben construir esos tipos. Se ejemplifica con el caso de la madre que no amamanta al bebé para que muera. Se dice que el contenido ilícito es equivalente a la conducta activa de homicidio y que como la madre se halla en posición de garante, este tipo omisivo impropio construido por los jueces no hace más que agotar el contenido ilícito del tipo activo. Se sostiene que de otro modo se dejaría impune una conducta criminal o se la penaría con una pena insignificante. Si así fuese, sin duda que se trataría de una omisión del legislador. Pero tampoco es cierto en la ley vigente: según el CP (107) la pena por ese delito podría alcanzar los veinte años de prisión.

183. (*Deber jurídico en la omisión*) El tipo objetivo conglobante en los tipos omisivos dolosos impone que el deber de interferir cese cuando la interferencia está prohibida o la no interferencia está fomentada por el orden normativo, al igual que en la tipicidad dolosa activa.

Es incuestionable que sólo tienen el deber jurídico de interferir quienes se hallan en posición de garante. El resto de las personas eventualmente pueden hacerlo, pero no están obligadas a eso y, por lo general, lo tienen prohibido. Imagínese cuáles serían las consecuencias de que cualquiera pretenda intervenir en las conductas riesgosas asumidas por los demás en la vida de relación, interrumpir las competencias automovilísticas, de motociclismo, impedir que los jóvenes beban alcohol, que el vecino fume, etcétera.

184. (*El dolo omisivo también se monta sobre la previsión de la causalidad*) El tipo subjetivo tiene como núcleo el dolo y éste dirige la causalidad al igual que en el tipo activo: el sujeto activo de la omisión sabe que la no interferencia deja operar la causalidad hasta el resultado y por eso puede controlarla manejándola para que no se interrumpa. Lo que interesa al dolo es que haya conducción de la causalidad, control de ésta, dirección hacia el resultado.

185. (*Conocimientos del dolo en el tipo omisivo*) El dolo del tipo omisivo requiere el conocimiento (a) efectivo y actual de la situación típica (circunstancias exigidas por el tipo objetivo); (b) la representación de la posibilidad de

la conducta debida; (c) el reconocimiento de la capacidad de evitación de la esa conducta debida; y (d) la posición de garante en que se encuentra el propio agente en los impropios tipos omisivos.

(a) Debe saber que la persona queda en la vía pública, sin dinero ni medios de subsistencia.

(b) Debe saber que puede albergarla (que tiene una casa, una habitación, etc.) o que puede acudir a un hospital o institución pública.

(c) Debe representarse que procediendo de esa manera neutraliza el riesgo que corre la persona.

(d) Debe saber que es el padre o el hijo de esa persona. (No es necesario que conozca el deber que la ley le impone en razón de ese vínculo.)

186. (*Conocimiento de la posición de garante*) Respecto del conocimiento de la posición de garante, es necesario distinguir entre el conocimiento de la condición que lo sitúa en posición de garante (elemento del dolo típico) y el de los deberes que emanan de ésta, que es una cuestión que hace a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y, por ende, a la culpabilidad. Cuando el sujeto ignora o yerra acerca de la condición que lo sitúa en posición de garante, se trata de un error de tipo, mientras que cuando la ignorancia o el error recaen sobre los deberes que incumben o se derivan de esa condición, se trata de un error de prohibición en la forma de *error de mandato*.

### C.10. Extensiones de la tipicidad dolosa

187. (*Los dispositivos amplificadores*) La tipicidad dolosa (activa y omisiva) presenta dos dispositivos amplificadores de carácter general: (a) uno es un dispositivo amplificador personal, la participación (o sea la tipicidad de la conductas de quienes no son autores) y (b) otro de carácter temporal, que es la tentativa (casos en que la tipicidad opera aunque se interrumpa en el tiempo el desarrollo del pragma típico).

EXTENSION  
DE LA  
TIPICIDAD  
DOLOSA

*Personal:* alcanza a otros intervinientes que no son autores (cómplices, instigadores, autores de determinación).

*Temporal:* se adelanta a actos de ejecución previos a la configuración de toda la tipicidad (actos de tentativa).

188. (*Operan únicamente en la tipicidad dolosa*) Ninguno de ambos opera en la tipicidad culposa, pues como ésta se basa principalmente (sin perjuicio de las limitaciones jurídicas a su relevancia) en la causación, en ella todos los intervinientes son autores o bien su conducta es atípica. Por ello no es concebible la participación dolosa en delito culposos (puede ser autoría mediata) **(192)** ni la participación culposa en delito doloso (será autoría culposa) **(233)**. La tentativa en el delito culposos, por su parte, es una contradicción o monstruo lógico **(257)**. Nos ocuparemos en primer lugar del amplificador personal.

*No hay participación dolosa en delito culposo:* el que aconseja a un cazador miope que dispare contra una presa, cuando en realidad se trata de una persona, no es partícipe doloso del homicidio culposo (84 CP) del cazador (quien viola el deber de cuidado que impone que un miope no dispare sobre lo que no sabe qué es) sino que es autor mediato de un homicidio doloso (79 CP).

*Tampoco hay participación culposa en delito doloso:* el cazador que llega a la taberna, presencia una violentísima discusión entre dos parroquianos y deja el arma sobre la mesa al alcance de alguno de ellos, que la toma y mata al otro, o bien lo ha hecho para ayudarlo (será cómplice doloso) o bien, si lo ha hecho por negligencia, será autor de un homicidio culposo (84 CP) porque su conducta negligente ha causado una muerte.

### *C.11. La autoría: la tipicidad no ampliada personalmente*

189. (*Concurrencia de personas*) Es bastante común que en un delito doloso concurren varias personas. Lo primero que debemos distinguir es quién o quiénes son los autores y quiénes no lo son. Los que no son autores pero se comportan típicamente por efecto del amplificador personal son los partícipes, que pueden ser cómplices o instigadores.

190. (*El autor es por regla quien domina el hecho*) La regla general es que el autor es el que *domina el hecho*. Este es un criterio diferencial general que proviene de la realidad (es la *base óptica* de la autoría): autor de un libro es quien lo escribe, aunque otros colaboren con él y

otro le haya pagado por escribirlo. En el tipo objetivo sistemático la autoría requiere la *dominabilidad* (118) y en el tipo subjetivo ésta se completa con el dolo concretándose en *dominio efectivo del hecho*. Autor es sólo quien *actualiza la dominabilidad* (que en el tipo objetivo es sólo potencial) *dominando el hecho*, reteniendo en sus manos el curso causal, porque puede decidir en todo momento *el sí y el cómo* de la configuración central del hecho. En otras palabras: cada delito se lleva a cabo conforme a un plan concreto; autor es quien puede seguir adelante o detener ese plan, es el *señor (dominus)* del plan concreto del hecho (quien ejerce su *señorío* sobre el hecho).

Hay algunos casos en que aunque el agente tiene el dominio del hecho, no es autor. Son limitaciones normativas o jurídicas al principio del dominio del hecho, que iremos mencionando.

191. (*Es claro en el que ejecuta personalmente*) No hay duda acerca de que tiene el dominio del hecho quien ejecuta personalmente la totalidad de la conducta típica. También lo es el que se vale de alguien que no realiza conducta (76), en cuyo caso sólo utiliza el cuerpo del otro como hubiera podido utilizar una piedra o un arma. En todos estos casos la autoría es *directa*.

192. (*Autoría mediata*) Pero la autoría también puede ser *mediata o indirecta*, cuando el autor se vale de la conducta de otro (interpuesto), que no necesariamente es un autor directo. La autoría mediata tiene lugar cuando el autor se vale de alguien que no realiza una tipicidad objetiva (cumple con un deber) **(137)**, que actúa sin dolo (error de tipo) **(154)** o que lo hace justificadamente **(283)**. En todos estos casos el autor mediato tiene el dominio del hecho porque se presume que el interpuesto cumplirá con su deber o usará el permiso justificante, como también lo tiene cuando es el único que dirige la acción hacia el resultado porque el interpuesto actúa sin dolo. No sucede lo mismo cuando el interpuesto sólo actúa inculpablemente (supuestos de inimputabilidad, error de prohibición o necesidad exculpante), porque en general allí sólo existe una probabilidad de que el interpuesto lleve a cabo la conducta querida por el determinador. Será una cuestión de hecho establecer en cada caso cuándo el determinador dispone de recursos extraordinarios para dominar la acción del determinado (caso en que habrá autoría mediata) o cuándo queda ésta librada a una probabilidad (en que se tratará de instigación). Esta distinción es importante, porque cuando sea autor mediato la tentativa comienza con la determinación, pero si sólo es instigador, ésta comienza con el comienzo de ejecución del determinado **(219)**.

## AUTOR

1. *Directo*: el que ejecuta personalmente el hecho [se apodera de la cosa mueble ajena (162 CP), lesiona a otro (90 CP), dispara sobre la víctima (79 CP), ahorca a la víctima (79 CP), arroja a una persona (fuerza física) sobre otra, etc.].

2. *Indirecto o mediato*: se vale de un interpuesto que cumple con un deber jurídico (grita en la calle y señala a una persona como ladrón de su billetera y un agente policial detiene a la persona), que actúa en error de tipo (carga una pistola para una representación teatral con balas de plomo) o justificadamente (coacciona a una persona amenazándola con darle muerte si no falsifica un instrumento público).

La duda con respecto a la culpabilidad es considerable: es posible que un autor mediato se valga de un inculpable, en especial de un inimputable, pero no cualquiera que señala a una persona como pretendidamente responsable de la persecución que dice sufrir un paranoico incurre con esa sola conducta en una tentativa de homicidio.

193. (*Casos de coautoría*) La *autoría plural* (varios autores de un mismo hecho) o *coautoría* puede ser *concomitante*, cuando cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. Pero también puede ser que cada uno realice una parte de ésta, porque ha habido un reparto

de la tarea criminal. En tal supuesto la autoría será *funcional* si cada interviniente ha hecho un aporte necesario conforme al plan concreto del hecho, o sea, si sin su aporte éste no hubiese podido concretarse o si interrumpiendo su aporte hubiese frustrado la concreción del hecho. Esta autoría por reparto funcional de la empresa criminal requiere que cada uno de los aportantes necesarios reúna los requisitos típicos de la autoría si ésta fuese calificada (*delicta propria*) (116). En caso contrario, aunque su aporte sea necesario, será un cómplice necesario y no un coautor. Se trata de una limitación normativa (190) al principio general que define al *señor del hecho* como autor.

AUTORIA  
PLURAL  
O CO-  
AUTORIA

*Concomitante:* todos realizan la misma conducta simultáneamente (tres personas entran a un banco armados, amenazan cada uno a un cajero y le exigen el dinero, lo toman y salen del banco).

*Funcional:* se distribuyen funcionalmente la tarea criminal (tres personas entran a un banco, uno está armado y amenaza al personal y a los clientes; otro recoge el dinero de los cajeros, el tercero vigila que nadie toque la alarma).

194. (*Los supuestos de autoría de determinación*) Las limitaciones normativas al principio óntico del dominio del hecho pueden llevar a soluciones insostenibles y, por tanto, la ley se ocupa de descartarlas en dos supuestos principales. (a) Hay delitos que no admiten la autoría mediata ni tampoco la autoría directa valiéndose de quien no realiza conducta, o sea, que sólo pueden ser ejecutados personalmente por el autor, como la violación o el autoaborto. Se llaman *delitos de propia mano*. En estos casos, si quien tiene el dominio del hecho porque se vale de quien no realiza conducta o de un interpuesto que no incurre en un injusto, no puede ser considerado autor del delito. (b) Tampoco en los *delicta propria* (116) puede considerarse autor del delito quien careciendo de las características típicas del autor se vale de un interpuesto que las tiene. Como el art. 45 CP dispone que incurren en la misma pena del autor los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo, cabe considerar que no son autores del delito, pero sí *autores de la determinación delictiva*. En todos estos casos no cabe duda de que media determinación y, por ende, cabe entender que el art. 45 CP crea un tipo de *autor de determinación* (determinador también es el instigador, que es una forma de participación o amplificación personal de la tipicidad, pero la instigación no es la única determinación, cuando los otros casos deben ser considerados como autoría de determinación).

AUTOR DE  
DETERMI-  
NACION  
DE OTRO  
AL DELITO  
(art. 45 CP)

*Delitos de propia mano:* una mujer hipnotiza a un hombre para que viole (119 CP) a otra mujer (el interpuesto no realiza conducta); un sujeto engaña a otro acerca de un hecho para que éste deponga falsamente como testigo (275 CP) (el interpuesto actúa en error, pero el determinador no puede ser autor porque el falso testimonio sólo puede cometerse en forma personal).

*Delicta propria:* un sujeto engaña a un funcionario público para que reciba un paquete conteniendo dinero (256 CP) que alguien entrega para que haga algo que de todos modos hará pues es lo debido (el funcionario actúa atípicamente porque no tiene dolo ni elemento subjetivo distinto del dolo; el determinador no puede ser autor de cohecho porque no es funcionario).

195. (*Cómplices necesarios*) Tanto en los delitos del supuesto (a) como en los del (b) quien coopera en el hecho haciendo una contribución necesaria para la concreción del plan tampoco puede ser autor si no realiza personalmente la conducta en el primer caso, si no presenta las características típicas del autor en el segundo y tampoco si el aporte lo realiza en un acto preparatorio (sólo son autores los que toman parte en la ejecución) (45 CP). Aquí la ley limita el principio del dominio del hecho y los deja fuera de la autoría, considerándolos cómplices, o sea, abarcados por la amplificación personal de la tipicidad. Se trata de los cómplices necesarios, que tienen la misma pena de los autores.

## SON COMPLICES NECESARIOS:

1. El que sujeta a la mujer mientras otro la accede carnalmente (sin su aporte no puede consumarse el hecho, pero no puede ser autor porque se trata de un delito de propia mano, que sólo comete el que tiene acceso carnal).
2. El que negocia la entrega de dinero al funcionario y lo recibe en su nombre (el aporte es necesario, pero no puede ser autor porque no tiene las características típicas de éste); el farmacéutico que provee a la mujer embarazada el abortivo (no puede ser autor de autoaborto (88 CP) porque sólo puede serlo la mujer embarazada).
3. El que programa (programador) todo el robo y provee la información acerca del lugar, tiempo y modo de existencia del dinero que se roba (entregador) (en el CP no es coautor quien hace un aporte necesario en la etapa preparatoria pero no participa de los actos de ejecución).

196. (*Esquema de los supuestos de autoría*) En síntesis: autores son (a) los *directos* (ejecutan el hecho individualmente, valiéndose de quien no realiza conducta, con otros en forma concomitante o repartiéndose la empresa criminal); (b) los *mediatos* son los que se valen de otros interpuestos que no incurrir en injusto y excepcionalmente de un interpuesto sin culpabilidad; (c) los *de determinación* son los que en el supuesto "a" se valen de

quien no realiza conducta pero se trata de un delito de propia mano; los que en el supuesto "b", sin tener los caracteres típicos del autor de un delito propio se valen de un interpuesto que los tiene. El principio del dominio del hecho se limita cuando el que coopera lo tiene, pero no puede ser autor por tratarse de un delito propio o de uno de propia mano, o bien, cuando el aporte indispensable al plan concreto del hecho se realiza en la etapa preparatoria; en estos casos se lo considera un cómplice necesario (partícipe).

### *C.12. La participación: la tipicidad ampliada personalmente*

197. (*La participación: su naturaleza accesoria*) Deslindada la autoría, todas las demás concurrencias típicas en el delito en función de la ampliación personal establecida en la parte general, son casos de participación. *La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, bajo la forma de instigación o de complicidad.* Por tratarse de una ampliación, tiene naturaleza accesoria, o sea, que siempre depende de algo principal, que es el injusto del autor (no el delito del autor, porque la culpabilidad es reproche personalizado) **(313)**.

198. (*No hay tentativa de participación*) Debido a que no hay autoría de participación sino participación en la autoría, no hay tentativa de participación sino que puede haber participación en la tentativa. No son casos de tentativa de instigación los supuestos en que ésta resulta ineficaz, sino de conductas objetivamente atípicas

por no haberse concretado en determinación o en cooperación.

Quien quiere cooperar en un robo pero es rechazado por el ladrón, no incurre en ninguna conducta típica. Tampoco lo hace quien le ofrece dinero a otro para que mate a un tercero si éste lo rechaza o lo acepta pero no hace nada.

199. (*Tipos de participación necesaria*) No constituyen participación los casos en que el tipo mismo exige una pluralidad de personas (todos son autores) y menos aún cuando exige la conducta atípica de otra persona. Ninguno de estos casos son ampliaciones de la tipicidad personal, sino conductas típicas o atípicas, según corresponda.

*Se trata de delitos plurisubjetivos* (o de participación necesaria): no hay participación sino coautoría en el robo en banda (166 2° CP), en la violación (119 e CP), el secuestro (142 bis 6 CP), etcétera.

200. (*Límites temporales de la participación*) La participación sólo es típica a partir del momento en que comienza la ejecución del injusto (el aporte anterior sólo será típico si el injusto comienza a ejecutarse) y mientras el injusto no se haya consumado o agotado (**216; 217**); con posterioridad no puede haber participación, dado que nadie puede participar en un hecho pasado, aunque puede haber un delito independiente (encubrimiento).

El que planifica el robo a una fábrica y el entregador que indica dónde se halla el dinero para pagar los sueldos y en qué momento está más vulnerable, sólo incurren en conducta típica a partir del momento en que los autores comienzan a realizar actos ejecutivos (de tentativa). Después de la consumación, puede haber participación hasta el agotamiento: quien hurta cien sillas y las lleva en tandas de quince porque el vehículo no le permite llevar más cantidad, consume el delito desde que transporta las primeras quince y lo agota cuando lleva la última silla. Puede haber participación (complicidad) si alguien se incorpora al hecho después de la primera tanda y le ayuda a transportar las restantes.

201. (*Error de tipo en la participación*) Hay casos de error de tipo **(154)** en la participación, cuando recae sobre el aporte: si el sujeto no sabe que está haciendo un aporte o que está determinando no hay dolo; si sabe que lo hace pero cree que no tiene el dominio del hecho y en realidad lo tiene, sólo cabe penarlo por participación pues no tiene dolo de autor. Si quiso determinar o cooperar con un hecho menos grave, no puede penárselo por el injusto realmente cometido por el autor, porque no está abarcado por su dolo de participación (47 CP). Si se trata de un tipo calificado, será punible por el tipo básico, pero si son tipos conceptualmente diferentes su conducta será atípica (pues no puede ser partícipe de un injusto que nunca existió).

El que cree que bromea y en realidad está determinando a alguien a un homicidio, no actúa con dolo

y no es instigador, lo mismo que quien sin quererlo ni imaginarlo decide a otro a cometerlo: por ejemplo, le habla de la maldad de la víctima, de sus vicios, de su hipocresía, de los daños que ha causado al prójimo, pero no le pasa por la imaginación la determinación que tomará el otro.

Tampoco tiene dolo de cómplice el que presta el arma que se le solicita para ir de caza, sin que tenga motivo alguno para sospechar su empleo criminal.

Quien quiere asustar a un vecino y le paga a un tercero para que lo asalte y lo amenace responde por esa conducta, pero no por el homicidio si el contratado da muerte al vecino.

Quien cree que cooperará en un robo a mano armada y provee las armas para este hecho, no será cómplice en este delito (166 2° CP) si no se comete y en su lugar los autores usan las armas para cometer un atentado terrorista (eventualmente incurrirá en un tipo de armas o en tipicidad negligente o culposa). El que coopera proporcionando los datos para un robo sin armas y los autores emplean armas, será cómplice en el tipo básico y no en el calificado.

Quien cree que proporcionando cierta información coopera de una manera no necesaria no sabe que tiene el dominio del hecho si conforme al plan concreto del autor esa información era imprescindible para su concreción. Sólo será punible como cómplice simple y no como cómplice necesario ni como coautor.

202. (*Incomunicabilidad*) Las condiciones personales del autor del injusto que hagan a su culpabilidad, no se comunican a los partícipes en ningún sentido. Las que hacen a sus características típicas se comunican cuando el partícipe las conoce. Por supuesto que tampoco influyen las calidades del partícipe en el autor, porque la accesoriidad permite que se comuniquen sólo del autor al partícipe y no a la inversa (48 CP).

203. (*Instigación*) Las dos formas de participación son (a) la instigación y (b) la complicidad.

(a) El instigador es el que determina a otro al hecho sin ser autor. Para ello el determinado no debe estar decidido al hecho, aunque no sea necesario que el instigador haga instalar en él la idea de cometerlo, bastando con que lo decida a la ejecución.

204. (*Casos particulares*) No hay instigación (sino tal vez complicidad intelectual) si se le proporcionan ideas o técnicas para la ejecución del hecho que el autor ya tiene decidido. Tampoco hay instigación cuando lo disuade de cometer un delito agravado para que cometa el simple (o del simple para que cometa uno atenuado), porque la decisión ya está tomada y la determinación no provoca un injusto más grave. Si lo determina a que cometa un delito más grave, sólo puede responder por participación en la mayor gravedad, siempre que ésta configure un tipo autónomo.

205. (*Las formas indirectas de determinar son atípicas*) La instigación siempre se comete por un medio psíquico o intelectual entre el instigador y el instigado. La ley

exige que la instigación sea *directa*, o sea, que haya una acción claramente destinada a determinarlo, con lo que excluye todas las formas indirectas, como la creación de oportunidades o facilidades.

206. (*El agente provocador*) La instigación presenta un problema cuando se trata del llamado *agente provocador*, en que se instiga a otro a cometer un delito con fines de investigación policial. El principio general es que la policía debe investigar delitos cometidos y no suscitar acciones delictuosas con fines represivos. (α) Cuando se trata de delitos ya cometidos, la instigación policial para nuevos delitos es punible y no está amparada por ninguna causa de justificación. (β) Cuando se trata de un acuerdo con la víctima, en realidad hay una simulación y ninguna tipicidad (es el llamado delito experimental). Por ende, no hay instigación porque no se determina a ningún delito verdadero. (γ) Cuando se trata de bienes jurídicos tales como la vida o la libertad sexual y debe interrumpirse una cadena de delitos que los lesionan (casos de delincuentes seriales), no quedando otro recurso que acudir a la provocación, la policía cumple con su deber jurídico y, por ende, la instigación es atípica. De cualquier manera, en este supuesto, la amenaza debe ser de entidad tal que la imagen ética del estado no sufra desmedro.

207. (*La complicidad*) (b) La complicidad secundaria es un aporte o cooperación dolosa al hecho del autor. El autor debe saber que está recibiendo ese aporte. Si el autor lo ignora o cree que es resultado de la naturaleza o del azar, no hay complicidad. La complicidad secundaria

por definición no debe ser necesaria para la ejecución del plan concreto del hecho, porque en tal caso el sujeto tiene dominio del hecho y es autor o partícipe necesario, según el caso **(195; 196)**.

208. (*Complicidad intelectual*) La complicidad puede ser intelectual, facilitando ideas o técnicas; también puede consistir en un reforzamiento de la decisión del autor en función de una promesa de ayuda posterior, pero la ley la somete a la condición de que se cumpla efectivamente con lo prometido (46 CP), pues de lo contrario la omisión opera como causa de cancelación de la penalidad **(366)**. Cualquier otro reforzamiento moral o psíquico de la decisión del autor no es típico.

209. (*Complicidad en la preparación*) La complicidad puede tener lugar desde la preparación (siempre que el autor comience la ejecución) y hasta el agotamiento del delito **(200)**.

210. (*Participación en cadena*) Tanto la instigación como la complicidad pueden darse en cadena, o sea instigar a la complicidad, cooperar en la instigación, cooperar en la cooperación o instigar a la instigación. Incluso pueden concurrir las dos formas de participación (quien instiga después coopera), en cuyo caso prevalece la tipicidad de la forma más grave de participación.

211. (*Participación en un hecho más grave que el querido*) Cuando el partícipe quiso determinar o cooperar en un hecho menos grave, sólo puede penársele por el hecho en que quiso participar. No tiene importancia si el error es vencible o invencible, porque no hay participación culposa (47 CP).

212. (*Tipicidad objetiva y subjetiva de la participación*)

La participación es una extensión personal de la tipicidad que requiere tipicidad objetiva y subjetiva. En el plano objetivo no es la dominabilidad lo que decide su tipicidad sistemática, porque por definición la conducta del participante secundario carece del dominio del hecho. Por ende, su tipicidad sistemática objetiva se resuelve conforme a la naturaleza del aporte en las circunstancias concretas: si el aporte fue banal, carece de tipicidad objetiva y no tiene caso preguntarse por la voluntad del sujeto (**123; 124**).

C.13. *La tentativa: la tipicidad ampliada temporalmente*

213. (*La tentativa como particular delito de peligro*) Los pragmas conflictivos pueden serlo por lesión a un bien jurídico, pero también por peligro (**133**). Los tipos de peligro exigen una mutación del mundo que importe un riesgo de lesión. Pero la ley no se conforma con tipos aislados de peligro y mediante la fórmula de la tentativa amplía la prohibición (anticipación temporal) a las etapas ejecutivas previas a la mutación lesiva. Como los delitos de peligro también exigen una mutación (algo debe pasar en el mundo), admiten la tentativa, aunque en cada caso será necesario establecer si el peligro no resulta tan remoto que viola el principio de ofensividad (**39; 133**). El fundamento de la punición de la tentativa es, pues, el peligro que importa la puesta en marcha dolosa de un proceso causal dirigido a la producción del resultado típico, por lo cual da lugar a un injusto de menor contenido ilícito que la consumación (**390**).

214. (*La tentativa es cronológicamente incompleta en lo objetivo y en lo subjetivo*) La ampliación por anticipación temporal consiste en una tipicidad incompleta tanto objetiva como subjetivamente. Es incompleta por definición en lo objetivo, pero también lo es subjetivamente, porque no siempre en ella el dolo se desarrolla por completo guiando la causalidad hacia el resultado (se agota sólo en la *tentativa acabada* **(228)**). La tentativa mantiene una relación dialéctica con la consumación (es su negación), de modo que pretender un tipo subjetivo completo y un tipo objetivo incompleto equivale a dejar un jinete sin caballo. La mitad de un billete de un peso no equivale a cincuenta centavos: la tipicidad de la tentativa es incompleta sólo *temporalmente* y, por ende, en ambos aspectos del tipo doloso. Su desvalor es inferior al del delito consumado, precisamente por esta razón.

215. (*El iter criminis*) Desde que surge la idea criminal hasta que se agota el resultado hay un camino o *iter criminis*, que abarca concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, producción del resultado y agotamiento de éste. La tipicidad ampliada temporalmente por tentativa extiende la prohibición a los actos que van desde el *comienzo de ejecución* **(216)** (42 CP) hasta el momento inmediatamente anterior a la consumación (que es cuando se completa objetiva y subjetivamente la tipicidad dolosa) **(217)**.

216. (*Actos preparatorios y ejecutivos*) Los actos anteriores al comienzo de ejecución (actos ejecutivos) son los *actos preparatorios*, que no son abarcados por la fórmula de la tentativa, sin perjuicio de que la ley los prohíba

mediante *tipos anticipatorios especiales*, que son delitos de peligro que no admiten tentativa, porque no son más que tipificaciones de actos previos a ella. Pretender considerarlos tipicidades independientes –clonando bienes jurídicos– es inconstitucional en muchos casos, aunque se insiste legislativamente en ella en los últimos tiempos (135).

Un problema bastante serio lo plantea la asociación ilícita (art. 210 CP). Piénsese que basta con el acuerdo para configurar el delito, aunque no se inicie la ejecución de ningún hecho, y que la pena es de tres a diez años y en algún caso de cinco a diez años. Tres “mecheras” de tienda pueden configurar una asociación ilícita, aunque su delito tendría una pena de un mes a dos años (art. 162 CP). Semejante distancia del acto ejecutivo y la gravedad de la pena hacen pensar que no es aplicable el tipo a ningún delito que tenga una pena inferior a la prevista para él, o incluso que sólo puede admitirse en lesiones muy graves y masivas de bienes jurídicos (asociación ilícita para cometer genocidio, por ejemplo).

La conspiración es el acuerdo para cometer un delito determinado. En nuestro CP está prevista para los delitos de rebelión y sedición (art. 233 CP), lo que es explicable, puesto que en estos tipos se adelanta la consumación a lo que materialmente es una tentativa, dado que si se agota el resultado se quiebra el estado de derecho.

217. (Consumación y agotamiento) El límite máximo de la tentativa tiene lugar cuando ésta desaparece interfe-

rida por la *consumación* (275), que se produce en cuanto el supuesto de hecho fáctico cumple todas las características del tipo. Consumado el delito desaparece la tentativa, aunque el resultado se *agote* con posterioridad, como sucede en los delitos continuos o permanentes (cuando cesa el estado consumativo), en los casos de habitualidad típica y también en delitos instantáneos cuyo resultado se agote mediante pasos sucesivos.

El delito está consumado cuando el supuesto de hecho fáctico presenta todos los caracteres típicamente exigidos en el *pragma* conflictivo: cuando el ladrón se apoderó de la cosa, cuando el violador tuvo acceso carnal, cuando el agresor lesionó a la víctima, etc. Poco importa que luego la conducta del agente continúe: en el secuestro (delito permanente) el estado consumativo se mantiene mientras la persona permanece privada de la libertad, pero el momento consumativo se produce al privarla de libertad. En los delitos que exigen habitualidad, la conducta consume el delito acompañada del elemento subjetivo de ánimo que corresponde a la habitualidad, y las reiteraciones posteriores no alteran esta circunstancia.

218. (*Importancia del agotamiento o consumación material*) El *agotamiento del resultado* –irrelevante a los efectos de la tentativa– es importante en otros aspectos: (a) se puede participar hasta el agotamiento (200; 209); (b) la prescripción corre desde el último acto de agotamiento (363); (c) las circunstancias calificantes posteriores a la consumación agravan la tipicidad hasta el agotamiento.

219. (*El comienzo de ejecución*) El límite mínimo de la tentativa es el *comienzo de ejecución*, que no coincide con el comienzo de la conducta individualizada en el verbo típico, pues no sólo resulta demasiado estrecho sino que muchas veces se confunde directamente con la consumación: comenzar a matar exigiría una lesión, comenzar a robar exigiría un apoderamiento, etc.

220. (*Determinación conforme al plan concreto del hecho*) Siempre un delito se comete conforme a un *plan concreto* y éste es fundamental para determinar el comienzo de ejecución (de la misma manera que lo es para delimitar la autoría **(190)**).

Tomando en cuenta el plan concreto del hecho, puede afirmarse que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción del verbo típico, sino que también abarca los actos según el plan concreto del autor, que *son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de ésta* (de la acción señalada por el verbo típico) e implican ya un peligro para el bien jurídico. Debe entenderse que hay un acto parcial inmediatamente precedente al comienzo de ejecución de la acción típica cuando entre ésta y aquél no quepa otro acto parcial conforme al plan concreto del autor.

No comienza el homicidio cuando se comienza a matar, ni la violación cuando se comienza a acceder al cuerpo de la víctima, ni el hurto cuando se comienza a apoderar de la cosa, etc., por lo cual no puede hallarse una fórmula general que señale el comienzo de ejecución en todos los casos y en abstracto. Debe atenderse al plan concreto de cada deli-

to en particular, de cada realización del supuesto de hecho fáctico. Hay tentativa de homicidio por veneno cuando se sirve el plato envenenado, de homicidio por disparo de arma de fuego cuando se apunta contra la persona, de homicidio por arma blanca cuando se abalanza el homicida sobre la víctima, de robo cuando se comienza a ejercer la fuerza o la violencia, etc. Es verdad que pueden quedar muchas dudas, pero este criterio resuelve muchos más casos y es menos arbitrario que cualquiera de las fórmulas generales ensayadas antes.

221. (*El dolo en la tentativa no es el del delito consumado*) El *dolo en la tentativa* es diferente al del delito consumado sólo porque al menos en parte queda *en potencia*, porque es abortado, pero no por eso configura un *dolo de tentativa* (este último no existe, pues sería el dolo de cometer sólo una tentativa, algo así como pretender que quien quiere cruzar el río a nado tiene sólo voluntad de ahogarse o de que se lo impida la Prefectura). Su estructura es la misma del dolo del delito consumado, pero como se interrumpe, una parte queda sin pasar al acto (en potencia).

El que comete una estafa (172 CP) engaña, miente, pone en funcionamiento un ardid, va desarrollando su dolo (cabalgando la causalidad) a medida que avanza la ejecución del plan concreto de su hecho, va modificando el curso de la causalidad a medida que nuevos hechos lo indican (si surge alguna desconfianza por parte de la víctima, inventa nuevos ardidés, disimulos, actuaciones; si considera que es necesario reforzar la confianza, hace intervenir a

terceros) hasta obtener la disposición patrimonial por parte de la víctima. La estafa, hasta este último momento, no está completa no sólo en su aspecto objetivo (objetividad típica sistemática) sino también en la tipicidad subjetiva, que se desarrolla en el curso del tiempo.

222. (*Tentativa con dolo eventual*) Tanto en la tentativa como en el delito consumado el dolo debe dirigirse a la consumación del tipo objetivo de un *delito determinado* (42 CP), sea aquél directo o eventual (**148**), porque en el último caso el resultado eventual también lo es siempre de un delito determinado.

223. (*Tentativa en tipos calificados*) Las tentativas de tipos calificados agravados (**116**) tienen inicio con el comienzo de ejecución de la calificante, sea éste anterior o posterior al comienzo de ejecución del tipo básico, salvo que sea inescindible de éste. En la autoría mediata la ejecución comienza con el comienzo de la determinación al interpuesto (**192**), a diferencia de la instigación cuya tipicidad se inicia cuando el autor del injusto principal comienza la ejecución (**198; 200**). En los delitos que exigen habitualidad la tentativa se configura con el comienzo de ejecución del primer acto acompañado del elemento subjetivo correspondiente (**165, 167**).

El hurto con escalamiento (163 4° CP) se inicia cuando el agente comienza a trepar a la pared. El robo con armas (166 2° CP) cuando se comienza a amenazar con el arma. El robo con efracción (167 3° CP) cuando se comienza a fracturar. Por supuesto

que el hurto o el robo comienzan con el apoderamiento cuando el escalamiento, el uso del arma o la efracción se emplean para salir del lugar, llevarse la cosa o asegurar la impunidad o el resultado.

224. (*La apariencia de tentativa o no tentativa*) La tipicidad del delito tentado depende de que se cumplieren los requisitos objetivos y subjetivos del tipo en la medida requerida para los puros actos ejecutivos. Para ello debe haber *ejecución* del delito de que se trata. Hay atipicidad cuando la *tentativa es sólo aparente*, o sea, cuando sólo parece que se está ejecutando un delito, pero en realidad no se lo ejecuta. Esto sucede cuando faltan *ab initio* los elementos propios de la tipicidad objetiva, o sea, que existe un *error de tipo al revés*. No hay ningún comienzo de ejecución cuando falta el objeto o el sujeto típicos. Lo mismo sucede cuando falta el medio idóneo conforme al plan concreto del hecho: una pantomima llevada a cabo por un alucinado no es una tentativa; ni cuando el medio elegido conforme al plan concreto es absurdamente inidóneo, como en la llamada *tentativa mágica*. En todos estos casos la pretensión de tipicidad choca contra el principio de legalidad (falta el comienzo de ejecución exigido por la ley) y contra el art. 19 de la CN (falta el peligro para el bien jurídico, el pragma no es conflictivo). Estos no son casos de *tentativa inidónea*, sino de *tentativa aparente*.

No se comienza a ejecutar ningún homicidio cuando no hay una persona, como cuando se dispara sobre un maniquí, sobre una silueta dibujada en la

pared o sobre un cadáver. Nadie comienza a matar a otro en estos casos. Tampoco se comienza a amenazar (149 bis 2° CP) empuñando un calzador en forma de pistola, porque quien lo hace es un esquizofrénico que cree tener una pistola en la mano, dado que el medio es absurdamente incapaz de infundir ningún temor. Si el que acepta la dádiva no es un funcionario, no puede haber ningún acto ejecutivo de cohecho (256 CP). Igualmente, tampoco se comienza la ejecución de un homicidio cuando se clavan alfileres en un muñeco, cuando se invocan espíritus o entidades espirituales malignas, cuando se reza al diablo, etc. En todos estos casos hay una pura apariencia de tentativa.

225. (*Delito imposible o tentativa inidónea*) Diverso es el caso de la *tentativa inidónea* o *delito imposible* (44 CP). Si bien todas las tentativas parecen ser idóneas *ex-ante* e inidóneas *ex-post*, en el delito imposible si bien hay tipicidad objetiva y *ex-ante* el medio aparece como idóneo, *ex-post* se verifica una *aberrante inidoneidad* del medio para consumar el delito. La penalidad se cuantifica en razón del daño o peligro *causado* (41, 1 CP) y como en los casos de aberrante inidoneidad del medio *ex-post* se verifica una imposibilidad absoluta de causar cualquier daño, la ley establece una escala penal menor.

A diferencia de la apariencia de tentativa, existen tentativas que *ex-ante* son tales, porque el observador tercero percibe que se pone en funcionamiento una causalidad real y eficaz. Tal sucede cuando el arma y las balas están húmedas y jamás pueden dispararse, cuando por error se quiso envenenar con azúcar o con sal de mesa porque el recipiente esta-

ba mal rotulado. En todos estos casos el peligro realmente corrido por el bien jurídico prácticamente fue nulo.

226. (*Atipicidad por desistimiento*) Si la tentativa exige que el agente no consume el delito por razones ajenas a su voluntad, debe entenderse que cuando no lo consume por propia voluntad su conducta es atípica de tentativa. En consecuencia, se establece la atipicidad de la conducta de quien desiste voluntariamente de consumir el delito (43 CP). En el *iter criminis* la etapa posterior cancela la anterior (la interfiere) **(275)**, de modo que cuando la posterior es atípica, la tipicidad de las anteriores desaparece (sólo en cuanto a la tentativa, pero no respecto de tipicidades consumadas en su curso) **(230)**.

El desistimiento determina la atipicidad de los actos realizados como tentativa, pero si en el curso de una tentativa de homicidio el agente causó lesiones a la víctima, lo único que queda atípico es la tentativa de homicidio en sí misma, o sea, que deja de interferir la tipicidad de las lesiones.

227. (*Voluntariedad del desistimiento*) El desistimiento no es voluntario cuando obedece a una imposibilidad real de consumación, aunque alguna excepcional posibilidad de consumación deja atípica la tentativa (en especial cuando desaparece el bien jurídico en el curso de ésta). Si esta imposibilidad sólo existe en la imaginación del agente, igualmente el desistimiento será voluntario, porque de lo contrario se estaría marcando un límite de tipicidad en razón de motivaciones y éstas se esta-

rían valorando moralmente, lo que llevaría a una etización de la tipicidad o atipicidad de una conducta. En síntesis, el desistimiento dependerá siempre del presupuesto de ausencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación ni los errores que pudieran condicionar la voluntad siempre que el desistimiento pueda ser imputado como obra del autor.

El temor a la pena puede fundar el desistimiento voluntario, siempre que no opere para ello una acción especial del sistema penal o de seguridad.

Sólo excepcionalmente la imposibilidad de consumación deja atípica la tentativa: es cuando en su curso el bien jurídico deja de ser ajeno (un hijo único de padre viudo quiere hurtar un diamante valioso a su padre y lo esconde en el dormitorio de éste, para recogerlo y culminar el apoderamiento dos semanas más tarde. Dos días después de ocultarlo el padre muere y el diamante pasa a su propiedad).

El desistimiento voluntario no valora cuestiones morales: no es necesario que el agente se motive en valores positivos. Quien desiste de un robo porque observa que viene otra posible víctima más rica, también desiste voluntariamente. Desiste voluntariamente del secuestro el que se da cuenta de que la víctima no posee fortuna e interrumpe la acción destinada a privarla de libertad.

228. (*Tentativa acabada, inacabada y desistimiento*) La tentativa puede ser *inacabada* (cuando se interrumpe la acción ejecutiva) o *acabada* (cuando la acción ejecutiva se

ha completado y el resultado no depende de ninguna acción posterior del agente). En la *tentativa acabada* el desistimiento opera como en una omisión: sólo es concebible cuando el agente interviene positivamente impidiendo la producción del resultado.

Hay tentativa inacabada cuando el agente que apunta con el arma a la víctima, baja el arma, la guarda y se marcha. La tentativa es acabada cuando el agente coloca un explosivo con mecanismo de relojería, pues ya no tiene más nada que hacer para que sobrevenga el resultado. El desistimiento en este último caso consistiría en avisar a la policía para que desactive el explosivo o en desactivarlo él mismo para impedir el resultado.

229. (*Tentativa de desistimiento*) En cualquier caso es posible que pese al desistimiento se produzca el resultado, en cuyo caso aquél no será relevante (la ley vigente sólo le otorga relevancia en dos tipos penales –arts. 142 bis y 170 CP–, sin explicación racional de ese privilegio). Pero en cualquier caso, si el resultado adviene por efecto de un curso causal completamente inimaginable por el agente o por la grosera torpeza de un tercero, no podrá serle imputado al autor y, por ende, el desistimiento será relevante. El descubrimiento del hecho por parte de la autoridad competente por lo general impide la relevancia del desistimiento, salvo que, aun así, resulte decisiva la intervención del agente para evitar el resultado.

Si la policía descubre que se ha secuestrado a un bebé y se individualiza y detiene al autor, el desisti-

miento de éste es posible cuando su cooperación es indispensable para localizar al niño y salvarlo de morir de frío, por ejemplo.

230. (*Tentativa simple y calificada*) La tentativa puede ser *simple* (en su curso no consuma ningún otro delito) o *calificada* (en su curso consuma otros delitos). El desistimiento de la tentativa calificada sólo alcanza a la tentativa, pero no a los delitos consumados en su curso, respecto de cuya tipicidad deja de interferir la de la tentativa, salvo que se trate de actos preparatorios eventualmente típicos, que quedan definitivamente consumidos por la tentativa (274).

El falsificador de moneda (282 CP) que quema todos los billetes falsificados y los elementos que usaba para la falsificación queda eximido de responsabilidad penal también por la tenencia de esos instrumentos (299 CP), que no es más que un acto preparatorio típico.

231. (*Tentativa y participación*) Como el desistimiento deja atípica la tentativa, desaparece el injusto y, por ende, en razón de su naturaleza accesoria (197), queda atípica también la participación.

Como la participación no admite tentativa (198), no puede pretenderse el desistimiento de la participación, pero sí el *desistimiento del partícipe* en la tentativa del autor. Casi siempre adoptará la forma del desistimiento en la tentativa acabada: en la instigación esto es evi-

dente, pues una vez determinado, el instigador deberá evitar que el autor consuma el hecho. El cómplice primario que retira su aporte impide la consumación, no siendo ello necesario para el desistimiento del cómplice secundario. No obstante, debe distinguirse según se haya agotado la conducta cooperadora o aún no se haya prestado (en el primer caso sólo será relevante cuando impida la producción del resultado).

Un sujeto A (instigador) determina a otro B a que dé muerte a C. D (cómplice) provee de un arma a B. El desistimiento de B deja atípica las conductas de A y de D, porque son accesorias del injusto de tentativa de C y al desaparecer éste caen con él.

Si A promete a B prestarle un arma para que mate a C, y a último momento se arrepiente y no se la presta, es un caso de desistimiento del cómplice, siendo irrelevante que B se agencie un arma por otros medios y mate igualmente a C. Si ya le prestó el arma y desiste, para que su desistimiento sea eficaz será necesario que impida que B mate a C o bien que recupere el arma antes de que B le dé el uso homicida.

232. (*Tentativa en el tipo omisivo*) Respecto de la tentativa en la tipicidad omisiva, cabe entender que el comienzo de ejecución tiene lugar cuando el agente se halla en la situación típica (174), pues es en ese momento que se inicia el peligro típico para el bien jurídico. Si el autor se incapacita para la realización de operaciones complejas, la tentativa tiene inicio con el comienzo de la conducta que lo incapacita, pues allí surge la situación típica. La *tentativa aparente* (224) tendría lugar en

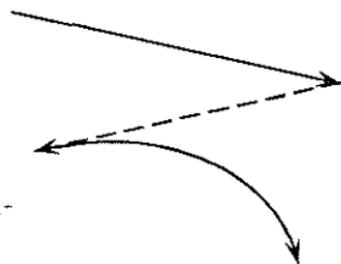
caso de falsa suposición de una situación típica inexistente, o sea, de absoluta atipicidad objetiva. El *delito imposible* (225) se presenta cuando *ex-post* se verifique la absoluta imposibilidad de que la causalidad hubiese producido el resultado o de que la conducta debida la hubiese podido interferir.

#### C.14. El tipo culposo

233. (*¿Qué es la culpa?*) Se dice *culposa* la conducta del que *no pone diligencia*. En términos jurídico-penales *diligencia* es el *cuidado debido* en la realización de una conducta (deber objetivo de cuidado). Por ende, el tipo o supuesto de hecho legal *culposo* o *negligente* tipifica una conducta porque programa la forma de obtención de la finalidad de modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado correspondiente a esa conducta, con lo cual ésta provoca un peligro prohibido que se concreta causando el resultado que ofende un bien jurídico.

El agente se propone un objetivo o finalidad

Selecciona los medios para obtenerlo (lo hace de modo negligente, o sea que no guarda el cuidado debido para evitar un resultado lesivo)



Se produce el resultado

234. (*Los tipos culposos como tipos abiertos*) Los tipos culposos suelen ser *tipos abiertos* (**113**), o sea, que por lo general en las fórmulas legales no se hallan establecidos los deberes de cuidado, sino que éstos deben individualizarse según la clase de conducta de que se trate y una vez averiguados se debe cerrar el tipo y recién entonces será posible comparar el supuesto de hecho fáctico con el legal. Por consiguiente, para saber si una conducta es negligente es necesario conocer previamente de qué conducta se trata, pues hay tantos deberes de cuidado como clases de actividades. Sólo se puede saber de qué conducta se trata en cada caso conociendo la finalidad de la conducta, por lo que la conducta culposa no sólo tiene finalidad (como cualquier acto humano) sino que también ésta es indispensable para la averiguación de su tipicidad.

Un automóvil sale de una cochera domiciliaria, atraviesa la acera y lesiona a una persona que transita por ella. Sólo sabiendo cuál es la finalidad de quien lo acciona es posible determinar el deber de cuidado que tenía a su cargo.

(a) Lo más usual será que se trate del dueño de casa que sale conduciendo su automóvil del garage (el deber de cuidado violado será el de no atravesar una senda peatonal con un vehículo sin verificar que nadie la transita en ese momento).

(b) También puede ser que el dueño haya dejado a su pequeño hijo en el automóvil y éste haya accionado la llave de contacto (el deber de cuidado viola-

do será el de no dejar mecanismos peligrosos al alcance de los niños).

(c) Puede ser que el empleado del dueño haya estado lavando el automóvil y haya accionado la llave de contacto, pese a no saber conducir (el deber violado será el de abstenerse de accionar todo mecanismo peligroso cuyo funcionamiento se desconoce).

(d) Puede ser que el mecánico estaba a punto de cambiar una rueda del vehículo y lo trabó para ese efecto, pero éste se desplazó solo y atravesó la acera (el deber violado será el de asegurar el no desplazamiento de objetos pesados peligrosos).

235. (*Imprudencia y negligencia*) La *imprudencia* y la *negligencia* no son formas de la culpa, porque son intercambiables, en tanto que es preferible usar *negligencia* como sinónimo de culpa, para caracterizar mejor la *falta de cuidado* (se debió poner lo que no se puso), dado que en la culpa siempre se omite un cuidado.

236. (*No todas las conductas culposas son errores vencibles de tipo*) La tipicidad culposa no puede reducirse al error de tipo vencible, pese a que en éste siempre se omite un cuidado, porque no en todos los casos de negligencia existe un tipo objetivo doloso (por ejemplo, en los que falta la dominabilidad).

237. (*Diferencia estructural con el doloso*) La estructura del tipo culposo (supuesto de hecho legal negligente) es por completo diferente de la del tipo doloso. Si bien los componentes del tipo culposo deben ordenarse para su

análisis, no es posible hablar de tipo objetivo y subjetivo en el mismo sentido en que se lo hace en el tipo doloso, pues no existe correspondencia entre ambos órdenes de elementos, observándose un notorio desarrollo de los objetivos en detrimento de los subjetivos, sin contar con que subjetivamente no se requiere un conocimiento actual **(256; 257)** y, además, el error invencible elimina directamente el aspecto objetivo, porque suprime el requisito de previsibilidad (se trata sólo de un accidente o mero *caso fortuito*) **(241)**. En cuanto al aspecto imputativo no sólo es insuficiente el criterio de dominabilidad (que sólo existe en la negligencia temeraria) **(242)** sino que tampoco existe participación, pues todos los casos son de autoría o bien son atípicos **(188)**, puesto que la autoría en el tipo culposo tiene por base la causación y no la finalidad, que sólo es un indicador que descubre el deber objetivo de cuidado.

238. (*Tipo culposo sistemático y conglobante*) No obstante, si bien no hay un tipo culposo o negligente objetivo y otro subjetivo, al igual que en el tipo objetivo doloso se debe distinguir entre un tipo sistemático y un tipo conglobante: mediante el primero se determina la tipicidad conforme al tipo legal que corresponde y con el segundo se corrige su ámbito prohibitivo según el alcance de la norma conglobada con la totalidad del orden normativo.

El exceso de velocidad notorio en el tránsito es una violación al deber de cuidado de todo conductor. Esto es parte de la tipicidad sistemática culposa o negligente: verificado que un conductor excede

notoriamente la velocidad se configura un elemento de la tipicidad sistemática. Sin embargo, en la tipicidad conglobante puede hallarse una norma que le imponga al conductor el deber de circular a esa velocidad (bomberos, ambulancias, patrulleros policiales).

239. (*Tipo culposo sistemático*) Los requerimientos del *tipo sistemático culposo* individualizan un pragma en el que una conducta causa un resultado típico en razón de que viola un deber de cuidado. Para ello se vale de requerimientos (componentes) objetivos.

240. (*Causación del resultado*) Una vez cerrado el tipo culposo mediante la norma de cuidado debido, el primer requisito objetivo sistemático de la tipicidad culposa es que ésta haya causado el resultado típico. Si bien no es desde el resultado que se llega a la tipicidad negligente, lo cierto es que sin éste no existe pragma y, por ende, no se abre la posibilidad de conflicto. Desde la perspectiva de la conflictividad social no es lo mismo causar una catástrofe que no causarla. Si bien es cierto que el resultado culposo es un claro componente de azar (lo que en buena medida es común con los resultados dolosos), el tipo no puede prescindir de él so pena de ampliar el ámbito de la prohibición penal hasta convertir en delito casi todas las faltas reglamentarias: si bien la violación reglamentaria no importa mecánicamente la violación del deber de cuidado, sin duda que configura un indicio de ésta. En cuanto a la causación, rige el principio de la *conditio sine qua non* (107).

El resultado culposo es azaroso en extremo: todos los días una persona conduce su vehículo a contramano cincuenta metros, hasta el garage de su casa, por una calle poco transitada, para ahorrarse la tarea de dar una vuelta a la manzana. Lo hace durante años, hasta que un día causa un accidente con otro vehículo y resulta lesionada otra persona. La conducta fue siempre exactamente la misma.

241. (*Previsibilidad del resultado*) El segundo requisito objetivo sistemático elemental es que el resultado típico haya sido *previsible* por el agente (con independencia de que lo haya previsto), pues de lo contrario no será más que un *accidente (caso fortuito)*. Existe una negligencia en que su gravedad elimina toda duda respecto de la violación de un deber de cuidado y la previsibilidad del resultado: es la que se presenta cuando el juzgador, colocándose en la posición de un tercero observador *ex ante* hubiese afirmado, presumido o tenido claro indicio de la exterioridad de un plan dirigido a la producción del resultado. En este supuesto la culpa o negligencia es *temeraria* (existe un tipo objetivo doloso sistemático) **(101)**. La previsibilidad (posibilidad objetiva de previsión del resultado) en este caso es muy clara y está implícita en la dominabilidad.

El caso extremo de negligencia en que la previsibilidad es completamente obvia se da en la culpa temeraria: en la ciudad un vehículo cruza una bocacalle a 120 Km por hora, un sujeto dispara un arma de fuego en un lugar poblado, otro enciende fuego en un depósito de explosivos, etc. El observador tercero objetivamente percibe una dominabilidad (en

el primer caso un plan para matar peatones, en el segundo para matar a alguien, en el tercero un suicidio catastrófico). Sin embargo, la tipicidad subjetiva dolosa falta, pues se trata de negligencias temerarias: el sujeto no pudo menos que representarse la posibilidad del resultado.

242. (*Culpa no temeraria o común*) Para establecer la previsibilidad del resultado cuando la culpa no es temeraria –y distinguirla del accidente o producción accidental o fortuita del resultado– debe tenerse en cuenta la capacidad personal de previsión del agente, pues no todos los participantes de una sociedad –y de la misma cultura– tienen la misma capacidad de previsión.

243. (*La capacidad individual de previsión*) El deber de cuidado no deja de ser *objetivo* en razón de que la previsibilidad se establezca conforme a la posibilidad individual del agente, porque no depende de lo que el sujeto haya previsto, sino de lo que debía prever en razón de su capacidad individual de previsión.

244. (*Criterio para evaluar la previsibilidad*) Como no existe una capacidad *standard* (una pauta media o promedio de prudencia), porque no hay ninguna persona que pueda dominar todas las artes, conocer todos los mecanismos y practicar todos los deportes, lo único verificable es un *standard mínimo* de prudencia (dado por el *conocimiento técnico paralelo del profano* compartido por la generalidad) que es verificable como corriente en la población. A partir de ese mínimo, en cada caso debe tomarse como criterio la capacidad individual de previsión, lo que no lesiona el principio de igualdad, debido a que todos tenemos

en la sociedad alguna capacidad más desarrollada que otra, por lo que es igualitario que el deber de cuidado se nos imponga respecto de ella y que, al mismo tiempo, la consciencia de limitaciones nos imponga el deber de cuidado de no emprender conductas cuando no estamos en condiciones de evitar el peligro que generan.

El standard mínimo de prudencia es perfectamente verificable: conforme a éste nadie pilota un avión sin el entrenamiento correspondiente, al igual que muchas otras actividades que no llevamos a cabo diariamente, porque no disponemos de los conocimientos necesarios. Estas limitaciones son producto del standard mínimo. Tampoco ponemos los dedos en un enchufe y arrojamos agua sobre los cables con corriente eléctrica, aunque nada sepamos ni teórica ni prácticamente sobre la electricidad. Este es el conocimiento técnico paralelo del profano. Sin embargo, en algunas materias tenemos algún conocimiento especial (todas las profesiones y oficios lo implican). Es natural que se nos exija la previsibilidad en la medida de nuestra capacidad individual: el médico compartirá con la empleada doméstica el conocimiento paralelo en materia de electricidad, pero tiene mayor capacidad de previsión en cuanto a causalidad orgánica, el electricista tendrá la propia, pero no la del médico, etcétera.

245. (*Casos de incapacidad de previsión*) Puede suceder —excepcionalmente— que la persona no llegue al *standard* mínimo corriente en la población (pertenencia a una cultura con diferente concepción de la causalidad, por ejemplo), en cuyo caso debe considerarse que se trata de

un hecho fortuito (accidente). Lo mismo sucederá cuando la persona carezca de capacidad psíquica de previsión (oligofrenia, ilusiones patológicas, obnubilación, etc.), porque también puede darse una incapacidad psíquica de tipicidad culposa (77).

Quien cree que golpeando al enfermo se le quita el diablo o el espíritu maligno, porque toda su cultura lo cree, comparte otra idea de la causalidad y, por ende, no tiene la misma capacidad de previsión del standard mínimo de la población. Tampoco lo tiene el débil mental más o menos profundo, por lo que también puede haber una incapacidad psíquica de tipicidad culposa: el oligofrénico no sabe qué es un arma y juega con ella.

246. (*Nexo de determinación*) El tipo culposo sistemático exige también que medie una conexión o nexo de determinación entre la violación normativa (antinormatividad dada por la violación del deber objetivo de cuidado) y el resultado (*conexión de antijuridicidad concreta*). Esta conexión se verifica imaginando la conducta realizada conforme al deber de cuidado. Si en tal hipótesis desaparece el resultado, existe la conexión de antijuridicidad; si el resultado no desaparece, ésta no existe y la conducta no es típica, pues lo contrario significaría penar el incumplimiento de deberes inútiles. Las dudas que puede plantear la probabilidad de producción constituyen un problema procesal respecto del cual debe operar también el *favor rei*.

Un conductor circula a exceso de velocidad y un suicida se arroja desde un puente o cae delante del automóvil y lo arrolla. Si hubiese circulado a la velocidad debida, hubiese causado el mismo resultado. Otro conduce con la licencia vencida: no obstante su visión y su audición son normales, si hubiese renovado la licencia hubiese sucedido lo mismo.

247. (*Principio de la confianza*) Dado que en la sociedad contemporánea la frecuencia de actividades compartidas es muy alta, existe una limitación objetiva al tipo sistemático culposo, que es el llamado *principio de la confianza*, según el cual no viola el deber de cuidado quien confía en que el otro participante se comportará adecuadamente siempre que, dentro de la conducta observante de su propio deber de cuidado, no haya percibido o debido percibir indicios suficientes que le hagan dudar o creer lo contrario. Lo mismo vale para el caso en que efectivamente haya percibido estos indicios por accidente o por cualquier otra circunstancia.

El tránsito es una actividad compartida. El conductor debe confiar en que los otros conductores cumplirán con su deber y los peatones también. No obstante su confianza debe ceder en cuanto ve un peatón cruzando fuera de la senda peatonal, o unos niños jugando en la calzada o una pelota de fútbol atravesando la calle, u otro conductor andando a contramano.

248. (*Tipo culposo conglobante*) El *tipo culposo conglobante* es -al igual que en el doloso- el que determina objetivamente el ámbito de prohibición (peligro pro-

hibido) según el resultado de la conglobación de la norma en la totalidad del orden normativo. Es el tipo objetivo sistemático conglobante el que determina si el peligro creado por la conducta (y concretado en el resultado) en definitiva está o no prohibido.

249. (*Conexión abstracta de antijuridicidad*) Pertenece a la tipicidad objetiva conglobante el requerimiento de una conexión de antijuridicidad *abstracta*, o sea, que la norma de cuidado violada debe tener por finalidad la evitación del peligro concretado en el resultado y no de otro.

La conexión abstracta de antijuridicidad es la que señala el alcance de la norma. Cada deber de cuidado tiene por objeto un cierto bien jurídico o un cierto resultado lesivo y no otro. La conexión concreta de antijuridicidad es la que acredita la utilidad del deber violado respecto del resultado causado, en tanto que la abstracta verifica que el resultado sea el que la norma desvalora. En este sentido es posible que un vehículo estacionado en lugar prohibido, junto a una acera donde se indica que no debía estacionarse, ocasione cierto embotellamiento de tránsito y como resultado de éste se produzca una colisión en que se lesiona una persona. Sin embargo, no puede ser típicamente culposa de lesiones (94 CP) la conducta de estacionar en lugar prohibido, porque la norma conglobada no se propone prohibir esta conducta por el riesgo de lesiones culposas, sino facilitar la circulación del tránsito.

250. (*Principio de insignificancia*) Al igual que en el tipo doloso rige el principio de insignificancia, aunque la

insignificancia en la violación del deber de cuidado, por regla general, excluirá la conexión de antijuridicidad.

251. (*El deber jurídico*) Cuando un *deber jurídico* impone la creación de un peligro, éste no está prohibido, siempre que se observen los límites reglamentarios y las reglas de la profesión, arte, oficio o función y que esas conductas se encuentren dentro de los límites de la necesidad que justificaría conductas análogas de terceros no sometidos al deber jurídico. Además, no es admisible un deber jurídico que importe una negligencia temeraria para terceros ajenos al peligro, que no tengan el deber jurídico de soportarlo y que no lo hayan asumido. Lo mismo sucede cuando sea posible reconocer normas fomentativas de la conducta violatoria del deber de cuidado (múltiples actividades deportivas).

252. (*Violaciones del deber de cuidado de la víctima*) Tampoco es típica la conducta de quien contribuye a acciones peligrosas de la propia víctima. La conducta negligente es típica en razón de la propia violación del deber de cuidado, pero no de la ajena y que resulta en perjuicio propio de quien lo viola.

Cooperar en la acción riesgosa de otro no es típico respecto de las lesiones que el otro pueda producirse. Quien andando por un monte es solicitado para ayudar a lanzarse a una persona que practica aladeltismo, lo hace, lo sujeta y lo libera, no realiza ninguna conducta típica si el aladeltista pierde el control y va a dar sobre un árbol.

253. (*Acción salvadora voluntaria de un tercero*) Quien viola un deber de cuidado creando un peligro, tampoco incurre en tipicidad si el peligro se concreta por una acción salvadora no institucional (no impuesta por deber jurídico) y voluntaria de un tercero.

El que negligentemente causa un incendio incurre en la violación de un deber de cuidado y responde por homicidio culposo si alguien muere a causa del incendio. No obstante si alguien que está a salvo entra junto con los bomberos para salvar a una persona y muere, el causante del incendio no responde por este resultado (respondería si quien muere es un bombero, que tenía el deber jurídico de entrar).

254. (*Determinación del agente a la creación del peligro*) Tampoco es típicamente conglobante de negligencia la conducta que crea un peligro del que resulta víctima quien ha determinado al agente a su creación.

A invita a B a dar un paseo en lancha por el mar en medio de una tormenta. B acepta y ambos parten en lancha, pero ésta naufraga y B fallece; A no incurre en ninguna conducta típica (tampoco respondería B si el muerto fuese A).

255. (*Asunción del control por un tercero*) Por último la conducta culposa deja de ser típica cuando el control del peligro lo ha asumido un tercero voluntariamente o por

imposición de un deber jurídico y ha tenido la efectiva posibilidad de neutralizarlo.

El edificio amenaza con derrumbarse. Llegan los bomberos y las cuadrillas del municipio, lo desalojan, clausuran, retiran a todos los vecinos de las inmediaciones. Dos días más tarde el edificio se desploma y entre los escombros aparece el cadáver de un incapaz que no pudo darse cuenta de la situación y cuya presencia no advirtió la autoridad. El ingeniero que erró en los cálculos no responde por esa muerte, porque ya la autoridad se había hecho cargo del riesgo.

256. (*Componentes subjetivos del tipo culposo*) En cuanto a los *componentes subjetivos del tipo culposo sistemático*, la negligencia suele clasificarse en *consciente* o *con representación* (el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero la rechaza confiando seriamente en que lo evitará) e *inconsciente* o *sin representación* (podía y debía representarse la posibilidad de producción del resultado y no lo hizo). En la primera el agente tiene consciencia del peligro y en la segunda no la tiene, pero no por ello indican grados de gravedad de la culpa: no es más grave la consciente o con representación que la inconsciente o sin representación. En realidad, en esta última falta todo elemento subjetivo actualizado.

257. (*Diferencia con el tipo doloso subjetivo*) Dado que para el tipo (supuesto de hecho legal) con cualquiera de ambas se configura la negligencia, no cabe identificar

estos componentes subjetivos con los del tipo doloso: *para el tipo culposo basta con un conocimiento no actualizado* (negligencia inconsciente o sin representación o, lo que es lo mismo, ausencia de todo componente subjetivo real). Además, en cualquiera de ambos supuestos falta el aspecto conativo dirigido al resultado –necesario en el dolo– y por definición excluido en la negligencia. De allí que plantear la posibilidad de tentativa en el tipo negligente sea lógicamente inconcebible **(188)**.

258. (*Distinción con el dolo eventual*) Si la conducta culposa objetivamente temeraria es además subjetivamente consciente, se plantea el problema de la distinción con el dolo eventual **(152)**; en las otras formas de negligencia (no temeraria, o temeraria pero inconsciente) este límite no es problemático.

### C.15. Tipos culposos omisivos

259. (*Características*) Los tipos culposos pueden ser también omisivos. Por lo general, la negligencia en la estructura omisiva consiste en la no aplicación del deber objetivo de cuidado en la apreciación de la situación típica, del carácter que coloca al sujeto activo en posición de garante en los impropios tipos de omisión y en la insuficiente representación de la posibilidad de interferencia. La culpa inconsciente da lugar a los llamados *delitos de olvido*.

260. (*La estructura negligente no puede reducirse a la omisiva*) Pese a que en todo tipo culposo existe un mo-

mento omisivo (porque no se pone el cuidado debido) (235), lo cierto es que la estructura negligente no puede reducirse a la omisiva, porque no es posible exigir siempre la realización de la conducta conforme al cuidado debido, dado que en ocasiones esta exigencia sería de imposible cumplimiento (en tales casos el cuidado debido consiste directamente en omitir la conducta).

La identificación con la omisión llevaría a aceptar exigencias jurídicas de conductas imposibles: no se puede imponer el deber de que un ciego vea para conducir un automóvil, sino el de que se abstenga de manejar; o de que el miope vea a la distancia cuando va a cazar, sino que se abstenga de disparar; o de que el ciudadano común sepa pilotear un avión, sino el de que no lo haga; o de que éste sea ingeniero civil, sino el de que se abstenga de construir edificios.

#### C.16. *El versari in re illicita y los delitos calificados por el resultado*

261. (*Formas de responsabilidad objetiva*) La responsabilidad objetiva pretende considerar típicas conductas que no son dolosas ni culposas o imputar como tales resultados que no se han provocado por alguna de esas vías. La más frecuente racionalización de esta pretensión es el *versari in re illicita*: quien quiso la causa quiso el resultado. Si bien esta racionalización está prohibida por normas constitucionales e internacionales, subsisten dos brechas por las cuales se pretende filtrarla: los llamados

delitos calificados por el resultado y la inculpabilidad provocada por el propio agente. La última será tratada en la culpabilidad **(331)**.

Los llamados "delitos calificados por el resultado" son, por ejemplo: la piratería seguida de muerte (199 CP), el envenenamiento de aguas seguido de muerte (200 CP), puesta en peligro de nave o aeronave (190 CP), puesta en peligro de ferrocarril (191 CP), descarrilamiento culposo (196 CP).

262. (*Rechazo para las figuras complejas: interpretación correcta*) Existen figuras complejas en los códigos que han introducido gran confusión. Deben distinguirse entre ellas: (a) tipos dolosos que resultan calificados en razón de otros resultados dolosos más graves; (b) tipos culposos que se califican en razón de la producción también negligente de resultados más graves; y, por último, (c) concursos ideales **(265)** de tipos dolosos y culposos, lo que en la tradición italiana se llama *preterintención* (81, 1, b CP). En ninguno de estos casos es admisible la agravación por un resultado no abarcado como producción dolosa o negligente. Cuando sea dudosa la tipicidad (dolosa o culposa) de la calificación por el resultado más grave, decide la pena conminada: si excede la suma de la del tipo doloso y el culposo, el resultado más grave sólo podrá imputarse como doloso.

Es un tipo doloso calificado por resultado doloso más grave el del 199 CP (si el resultado fuese culposo, deberá resolverse conforme a la regla del

concurso ideal); es un tipo culposo con otro resultado más grave el del 196 CP.

### C.17. Unidad y pluralidad de delitos

263. (*Si sólo hay una conducta, sólo puede haber un delito*) Los tipos abarcan pragmas conflictivos y cada uno de éstos requiere una conducta humana. Aunque haya muchas mutaciones del mundo típicas y por ende concurren muchos tipos, no hay más que un delito si todos responden a *una única conducta*, porque los delitos no son resultados (mutaciones del mundo) ni tipicidades. Los tipos legales indican desvalores (antinormatividades), pero los delitos son *supuestos de hecho fácticos (82)* que pertenecen a la realidad del mundo.

Una conducta = Un delito

Dos o + conductas = Dos o + delitos

264. (*Una conducta, un delito; varias conductas, varios delitos*) Por ende, cuando haya una conducta sólo podrá haber un delito, aunque concurren varios tipos legales en ella (se la desvalore pluralmente en función de varias antinormatividades) y, por ende, una única pena. Por el contrario, cuando haya varias conductas típicas, habrá varios delitos y varias penas.

265. (*Concurso ideal*) El primer supuesto se denomina *concurso ideal* o de tipos (varios tipos concurren en una conducta) (54 CP) y el segundo *concurso real* (varios delitos concurren en una condena a un mismo agente) (55 CP). En el concurso ideal (o concurso de leyes) se impone una sola pena (la mayor: principio de absorción), en tanto que en el concurso real se procede a una acumulación jurídica (**394**) de las diferentes penas.

Varias conductas = varios delitos (concurso real en una condena) (un sujeto comete un hurto, un día después un robo, dos días más tarde una estafa: se lo condena por los tres delitos que concurren realmente en una única condena.)

Una conducta = un delito

Dos o más tipos califican una conducta única: sigue habiendo un único delito con pluralidad de tipicidades (una conducta que viola dos o más normas deducidas de diferentes tipos). Se trata de un único delito con pluralidad de tipicidades (concurso ideal, de leyes o de tipos).

Un sujeto comete un robo; al salir, para asegurarse el resultado, golpea al guardia causándole lesiones graves: el robo abarca violencia (164 CP), pero la violencia del robo no consume esas lesiones graves, por lo cual concurre también el tipo de lesiones graves (90 CP).

266. (*Una pluralidad de movimientos es una conducta si media una decisión y un factor jurídico desvalorante conjunto*) Cuando hay una unidad fisiológica de conducta (un

solo movimiento, una sola inervación muscular) es claro que no puede haber más que una conducta. Pero cuando nos hallamos ante una pluralidad de movimientos, éstos deben considerarse como una única conducta si concurren una *única decisión* y también una razón jurídica (o *factor jurídico*) que indique su conceptualización prohibitiva unitaria.

267. (*Casos de factor jurídico de unidad desvalorante*) El *factor jurídico* se da en los siguientes casos: (a) Cuando el tipo exige una pluralidad de movimientos; (b) cuando aunque pueda cometerse mediante un movimiento también permite una pluralidad; (c) cuando una tipicidad subjetiva contiene la voluntad realizadora de otra como elemento subjetivo distinto del dolo (**164**); (d) cuando la realización de un tipo es la forma usual de agotamiento del resultado de otro previamente realizado; (e) cuando forman parte del mantenimiento del estado consumativo de un delito continuo o permanente; (f) cuando constituyen una unidad simbólica de una tipicidad que presupone la comisión por medios simbólicos; (g) cuando los movimientos diferentes de los que corresponden a la conducta ordenada en el tipo omisivo permiten que la causalidad no interferida provoque diferentes resultados; (h) cuando en la tipicidad culposa de una pluralidad de movimientos se deriven en un mismo momento (simultáneamente) varios resultados (aunque éstos advengan en diferentes momentos y aunque resulten violados diferentes deberes de cuidado); (i) todos los actos que se van dando en la realización progresiva de un tipo penal.

Todos los movimientos voluntarios constituyen una única conducta cuando:

(a) son abarcados por tipos que exigen una pluralidad de movimientos (172 CP) o

(b) por tipos que admiten pluralidad de movimientos (79 CP);

(c) el elemento subjetivo de un tipo es la voluntad realizadora de otro (80 7° CP);

(d) la acción típica es usualmente el agotamiento de otra (162 y 173 9° últ. párr.);

(e) la acción forma parte del estado consumativo de otra (138 y 293 CP);

(f) todos los movimientos configuran una unidad simbólica (injuria, 110 CP);

(g) una única conducta diferente de la debida deja producir varios resultados (106 CP);

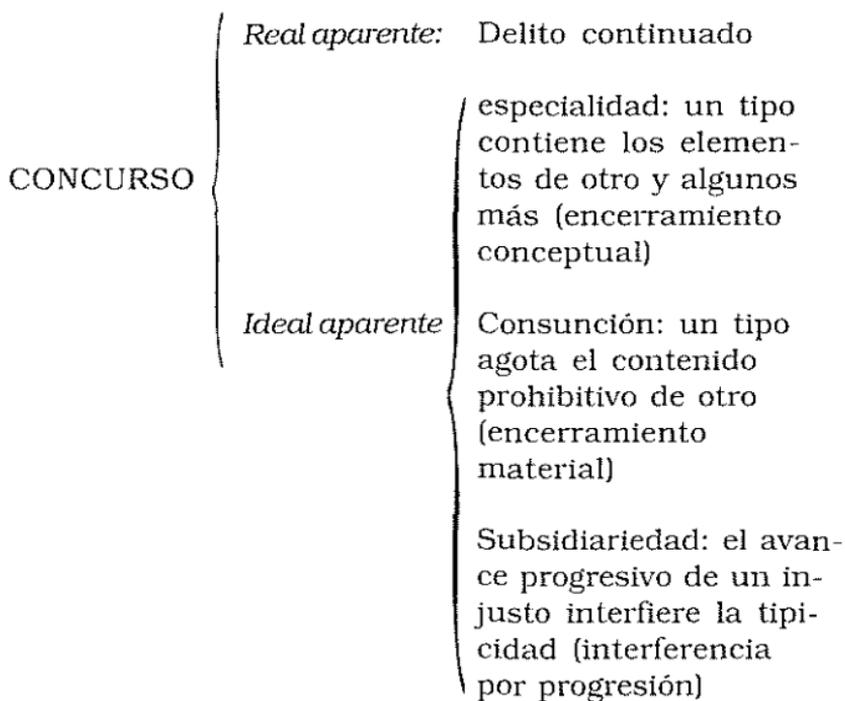
(h) se violan varios deberes de cuidado con varios resultados (84, 94 CP);

(i) todas las tipicidades corresponden a la progresión de un injusto (42 CP);

(j) en el delito continuado (es un concurso real aparente).

268. (*Concurso aparente*) Hay casos de *concursos aparentes* o meras apariencias de concurso. Los *concursos aparentes pueden ser de concurso real o ideal*. Las reglas que permiten distinguir los verdaderos concursos (real e ideal) de las puras apariencias de concurso surgen de la

interpretación racional (republicana) de los tipos, que obliga a descartar el absurdo.



269. (*El concurso real aparente o delito continuado*) (a)  
 El *concurso real aparente* es el llamado *delito continuado*, en que existe *una única* conducta reiterada. Se trata de casos en los que media una *única decisión* (dolo unitario) que abarca la realización de todas las reiteraciones y éstas se traducen en un grado *mayor de lesión al bien jurídico* (mayor contenido ilícito del hecho).

Un cajero decide apoderarse de una suma de dinero para pagar una deuda, haciéndolo de pequeñas sumas diarias para disimular el faltante; un bibliotecario decide llevarse una obra de diez tomos y se apodera de uno diariamente: hay un único hurto y no un concurso real de tantos hurtos como apoderamientos parciales. Otro decide tener relaciones sexuales con su hijastra menor, aprovechando la situación de convivencia (119 CP) y lo hace diariamente durante un año: habrá una única conducta y no 365 delitos en concurso real.

No puede haber delito continuado en el homicidio, porque la lesión al bien no admite grados. Tampoco cuando el sujeto decide tener relaciones con sus dos hijastras, pues no hay identidad de sujeto pasivo y el tipo requiere intervención en el cuerpo de la víctima. Lo habría si el mismo agente mantiene atada a una víctima y la accede carnalmente dos veces.

270. (*Decisión única*) Media una *única decisión* cuando el agente resuelve la realización de todas las reiteraciones y no cuando existen diferentes o sucesivas decisiones en igualdad de ocasión (esto será un problema a considerar en la culpabilidad, pero no afecta la pluralidad de delitos).

271. (*Identidad de bien jurídico y en algunos casos de sujeto pasivo*) Dado que la reiteración se traduce en un mayor contenido ilícito (grado de afectación) del bien jurídico, debe tratarse de conductas contra el mismo bien jurídico (aunque no sean típicamente idénticas, pues puede tratarse de realización de tipos básicos y califica-

dos, alterados y no alterados) y éste debe admitir grados de afectación.

Cuando la tipicidad consista en conductas que importen una intromisión en el cuerpo de la persona, debe haber una identidad de sujeto pasivo.

272. (*Concurso ideal aparente*) (b) Los casos de *concurso ideal aparente* (llamado también *conurrencia aparente de tipos penales*) se descartan conforme a tres *principios de interpretación de las relaciones entre los tipos penales*. Los tres principios interpretativos son los de *especialidad, consunción y subsidiariedad*.

273. (*Especialidad*) Hay *especialidad* cuando un tipo contiene todos los elementos de otro más algunos propios (tipos calificados respecto de los básicos; tipos alterados respecto de los no alterados). Se trata de un *encerramiento conceptual* que puede ser expreso en la ley con la fórmula *si no resultare otro delito más severamente penado* o análoga.

Son todos los casos de tipos calificados agravados: el homicidio (79 CP) no concurre idealmente con ninguno de los calificados (80 CP).

274. (*Consunción*) El de *consunción* opera cuando media un *encerramiento material*, o sea, cuando un tipo agota el contenido prohibitivo del otro. Puede ser que el delito anterior consuma al posterior, que el hecho resulte copenado o que el otro hecho resulte consumido por su insignificancia frente a la magnitud del desvalor de la

otra tipicidad. También se da la consunción del acto preparatorio eventualmente típico por parte de la tentativa.

Un sujeto obtiene la entrega de un cuadro valiéndose de un ardid o engaño (172 CP) y retiene el cuadro en su poder (lo cuelga en su casa). La tipicidad de retención indebida (173 2° CP) no se configura porque está agotada con la de estafa.

En todos los tipos que exigen violencia, se supone que es frecuente que ésta provoque escoriaciones o lesiones leves análogas, cuyo contenido queda abarcado por la violencia típica (164, 119 CP). Por supuesto que las lesiones leves no quedan agotadas por el tipo correspondiente si no tienen vinculación con su violencia típica: el ladrón o el violador por mero impulso sádico o de venganza quemara a la víctima con un cigarrillo.

En los casos en que la insignificancia de la lesión frente a la tipicidad de que se trata hace presumir que queda abarcada por ésta: a nadie se le ocurre acusar por homicidio y daño en concurso ideal, porque al matarlo le perforó el traje, o porque al envenenarlo le arruinó el vino o el cognac.

275. (*Subsidiariedad*) Conforme al principio de *subsidiariedad* lo que se opera es una *interferencia por progresión* cuando la consumación excluye la tipicidad de la tentativa o la del delito consumado en su curso. No agota conceptual ni materialmente la otra tipicidad, sino que la interfiere, o sea, que si cesa el mecanismo interferente, ésta vuelve a operar.

Los sucesivos actos en el avance del *iter criminis* van interfiriendo la tipicidad que se produce: la tentativa de homicidio interfiere la tipicidad de las lesiones que la víctima sufre en su curso; la consumación interfiere la tipicidad de la tentativa. Si alguna circunstancia elimina la interferencia, vuelve a operar la tipicidad interferida: el desistimiento hace que la tentativa ya no interfiera la tipicidad de las lesiones. Si por alguna razón de hecho se probase que el sujeto pasivo no murió como resultado de la conducta (murió por un infarto), la consumación deja de interferir la tipicidad de la tentativa.

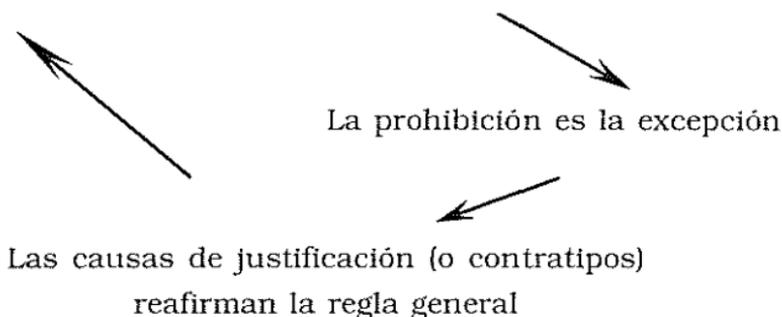
## ***D. La antijuridicidad y la justificación***

### *D.1. La reafirmación de la libertad*

276. (*La dialéctica de la prohibición y el permiso como reafirmación de la libertad general*) La tipicidad afirma la *antinormatividad* de la conducta del *pragma* conflictivo. Pero el mundo de las normas también garantiza derechos que pueden ejercerse cuando las circunstancias concretas del supuesto fáctico indican que atender sólo a las normas prohibitivas resulta contradictorio con ellas mismas. De allí que el *orden jurídico* no pueda concebirse sólo como un *orden normativo* (integrado únicamente por normas prohibitivas), sino que requiere también *preceptos permisivos* para resolver los casos en que la violación de la norma prohibitiva es una forma de ejercicio de un derecho. Toda comprobación de este último extremo es una ratificación del ámbito de libertad civil, que es la

regla general. Estos preceptos permisivos (derechos) pueden emanar de cualquier parte del orden jurídico (derecho penal, civil, constitucional, administrativo, etc.). Son las llamadas *causas de justificación o de licitud*.

LA LIBERTAD ES LA REGLA GENERAL



277. (*La libertad como regla y los contratipos como reafirmación*) La regla general es la libertad (garantizada por el plexo de derechos constitucionales), la prohibición penal (por el carácter fragmentario de la ley penal) **(131)** es una excepción lógica (no estadística). Las causas de justificación o de licitud (ejercicios de derechos) operan en una tensión dialéctica con las prohibiciones típicas y reafirman la regla de la libertad del art. 19 CN. Por eso las causas de justificación como tipificaciones de conductas permitidas (de ejercicios de derechos) se comportan en el campo penal como verdaderos *contratipos*.

278. (*Las razones de su tratamiento particularizado*) La *antijuridicidad* es la calificante de la conducta típica que cierra el desvalor jurídico mediante la verificación de

que no se ratifica la libertad en razón de ninguno de estos *contratipos*. Su separación de la tipicidad se impone por razones (a) *lógicas* (no puede preguntarse por un permiso si antes no medió una prohibición), pero ante todo por razones (b) *materiales* (no puede concluirse que una conducta prohibida es contraria al derecho sin antes verificar que no se halla reafirmada la regla general de la libertad, por tratarse del ejercicio de un derecho).

## D.2. Verificación de la antijuridicidad

279. (*Particularidad de las conductas típicas justificadas*) La verificación de la antijuridicidad como paso posterior a la de la antinormatividad se impone por la especial atención que requieren estos supuestos, dado que (a) no se trata de cualquier ejercicio de un derecho, cuando éste consiste precisamente en la realización de una conducta normativamente prohibida, y (b) que es imprescindible (para no destruir el orden jurídico y cercenar su base constitucional) verificar en cada caso si la libertad civil (ejercicio de derechos) no está ratificada por un *contratipo*. De ambas consideraciones se deriva que, si bien la conducta atípica y la justificada son lícitas y no acarrearán habilitación de poder punitivo, *no es exactamente lo mismo matar a un ser humano que matar a una mosca*.

280. (*Es posible que estas conductas generen responsabilidades jurídicas diferentes de la penal*) La operatividad de una causa de justificación o *contratipo* no implica que

esa conducta no genere ninguna responsabilidad jurídica, pues bien puede habilitarla otra rama del derecho, dado que cada una de ellas tiene sus propios fundamentos de responsabilidad y la exclusión de la penal no implica cancelar los otros. La unidad del orden jurídico debe entenderse como *no contradicción*, y no media contradicción cuando una rama del derecho excluye la responsabilidad conforme a sus fundamentos y otra la mantiene según los propios.

281. (*Antijuridicidad e injusto*) La antijuridicidad es la *característica de la conducta típica* que resulta de la ausencia de causas de justificación y no la conducta misma, que es el objeto jurídicamente desvalorado: la conducta típica y antijurídica es el *injusto* o *ilícito penal*, que cuando es también culpable configura un delito (55-61). El injusto, como conducta, es de cada agente (no de todos los que intervienen en el proceso causal que va a dar al resultado), pues la tipicidad y la antijuridicidad son adjetivos de la conducta y ésta sólo puede ser *personal*. Por ello, es posible que alguien cometa un injusto valiéndose de quien actúa conforme al derecho.

La antijuridicidad es una de las características necesarias de una conducta típica y antijurídica, pero la conducta típica y antijurídica es el injusto: el injusto es el sustantivo y la antijuridicidad es una de las características que permite su adjetivación (Juan -sustantivo- es *bueno* -adjetivo-, la *bondad* es la característica que permite adjetivar a Juan como *bueno*).

282. (*La objetividad de la antijuridicidad*) La antijuridicidad es objetiva: si en la circunstancia concreta están dados los requisitos de una causa de justificación o de licitud la conducta consiste en el ejercicio de un derecho y, por ende, no puede ser antijurídica, aunque el autor ignorase que estaba ejerciendo un derecho, pues en tal caso la antijuridicidad sólo existiría en su imaginación. Por ello, no hay *elementos subjetivos* en los contratipos (sólo serían un *animus* de obrar antijurídicamente). Ni siquiera se conciben cuando se trata de justificaciones frustradas. Las expresiones equívocas de la ley positiva deben entenderse como ámbitos de permisos (conforme a la CN, que no admite la punición de los ánimos como delitos) (70; 71).

283. (*La fórmula general de las causas de justificación*) El *legítimo ejercicio de un derecho* (34, 4, *in fine* CP) es la fórmula general de las causas de justificación e implica la remisión de la ley penal a todas las restantes ramas del derecho: derecho de retención del derecho civil (3939 a 3946 CC), derecho de resistencia a la opresión del derecho constitucional (36 CN), derecho al aborto terapéutico del derecho penal (86, 1 CP), derecho a abstenerse de declarar en el derecho procesal (296 CPPN), etcétera.

Todas las causas de justificación son ejercicios de derechos.

*Surgen de cualquier ámbito jurídico:*

derecho de retención (3939 CC)

derecho de resistencia a la opresión (36 CN)

derecho al aborto terapéutico (86 1° CP)

derecho a abstenerse de declarar (296 CPPN)

*En la ley penal se regulan dos de carácter general:*  
la legítima defensa (34 6° y 7° CP)  
el estado de necesidad justificante (34 3° CP)

### D.3. La justificación: legítima defensa

284. (*El fundamento de la legítima defensa*) En la ley penal se regulan dos causas específicas de justificación o contratipos: la *legítima defensa* y el *estado de necesidad justificante*. La *legítima defensa* se basa en el principio de que por regla general *nadie está obligado a soportar lo injusto*. Este permiso se habilita (a) ante una agresión ilegítima, (b) debe ser necesaria para repelerla, (c) además debe ser racional y (d) no provocada (34, 6, 7 CP).

285. (*Agresión ilegítima*) (a) Una *agresión ilegítima* es una conducta antijurídica (no necesariamente típica). Por ende, no es agresión ilegítima el hecho de quien no está realizando conducta o el ataque de un involuntable (77) o de un animal, aunque sea el instrumento de una persona (contra el involuntable y el animal cabe sólo la defensa en los límites del estado de necesidad). La conducta agresiva debe ser *intencional* (no cabe decir *dolosa* porque puede no ser típica). Las conductas culposas o accidentales no son agresión ilegítima. No obstante, una conducta negligente puede configurar una agresión ilegítima a la tranquilidad. Las tentativas aparentes (224) tampoco son agresiones ilegítimas, aunque pueden serlo contra otros bienes jurídicos. La antijuridicidad de la agresión impide la legítima defensa contra acciones lícitas, por lo cual no cabe contra una acción justificada

(no hay legítima defensa contra la legítima defensa, por ejemplo).

Es posible defenderse legítimamente contra una agresión que no es típica: quien arroja agua en una noche de verano contra el cantor ebrio que perturba el descanso nocturno.

Quien da vueltas peligrosamente alrededor de una persona con una motocicleta no incurre en una agresión culposa contra la vida, sino en una intencional contra la tranquilidad de la persona a la que infunde miedo.

Quien pretende matar a otro mostrándole un calzador (apariencia de tentativa), es claro que no incurre en una agresión ilegítima contra la vida, pero está agrediendo la tranquilidad a la que el otro tiene derecho.

286. (*Bienes jurídicos defendibles*) La agresión puede ser contra cualquier bien jurídico, pues todos los bienes jurídicos son defendibles legítimamente, a condición de respetar los otros requisitos. Se pueden defender bienes jurídicos que no son relevados por el derecho penal (la tranquilidad nocturna, el derecho al descanso, etc.).

El requisito de "racionalidad" es lo que hace admisible la legítima defensa de cualquier bien jurídico. No sería admisible si sólo se requiriese la "necesidad". Es posible que no haya otro recurso para hacer callar a un borracho que me impide dormir que arrojarle una maceta desde el balcón, en cuyo caso sería "necesaria" la acción para defender

mi bien jurídico (derecho al descanso nocturno), pero en modo alguno sería "racional". En lugar, por ser "racional" es admisible que en caso de ser "necesario" le arroje un balde de agua en condiciones normales.

287. (*Lesión a bienes jurídicos de terceros*) La agresión ilegítima sólo habilita la acción defensiva contra el autor o partícipe de esa agresión, pero no respecto de terceros ajenos a ella, aunque pueden justificarse las lesiones a bienes jurídicos de éstos por estado de necesidad, siempre que se den todas las condiciones de éste (297-304). De no darse este supuesto, el tercero puede defenderse legítimamente contra el que se defiende, porque para él su acción configura una agresión ilegítima.

Si alguien es agredido a balazos y responde los balazos, su conducta no está justificada si uno de los disparos lesiona a un tercero ajeno a la agresión. Resultará inculpable por el estado de necesidad exculpante, pero no justificada. El tercero que se ve amenazado por los disparos puede defenderse legítimamente contra el que dispara, porque a su respecto no está actuando legítimamente.

288. (*Actualidad de la agresión*) La acción defensiva se habilita desde que la agresión es inminente. La inminencia no denota una continuidad temporal, sino desde que el agredido se encuentra a merced del agresor, sin que importe si éste desencadenará la lesión en forma inmediata en el tiempo o lo hará dentro de unas horas o

incluso días. Por lo general, la inminencia implica la actualidad de una lesión a otro bien jurídico. También puede ejercerse con posterioridad al cese de la agresión, cuando es posible reparar la lesión por este medio o cuando sea de temer una nueva agresión inminente.

El que apunta a otro con una pistola puede ser que dispare de inmediato o que lo haga dentro de media hora, pero la agresión es inminente porque el momento de concretarla depende únicamente de su voluntad. Quien tiene el material extorsivo puede usarlo de inmediato o más adelante, pero la agresión es inminente, por la misma razón. En ambos casos la inminencia respecto del bien jurídico (vida, propiedad, libertad) implica una lesión actual a otros bienes jurídicos: a la libertad en el caso de la pistola apuntando, a la tranquilidad en el caso del material extorsivo, etcétera.

Quien encuentra el automóvil robado días antes en poder de una persona y la amenaza con un arma mientras llama a la policía, actúa en legítima defensa después del cese de la agresión.

Quien ha sido golpeado y es de temer que vuelva a serlo mientras se encuentra en el piso, porque así lo manifiesta el agresor, puede defenderse legítimamente.

289. (*Necesidad de la acción defensiva*) (b) La acción defensiva debe ser *necesaria*, lo que implica que si hay otra conducta menos lesiva o no lesiva susceptible de evitar la lesión, la conducta deja de ser legítima. Tampoco es necesaria la defensa cuando existe la posibilidad de impetrar la intervención de funcionarios o seguir un

procedimiento que neutralizaría el efecto lesivo. La necesidad es sólo uno de los requisitos de la legítima defensa, pero no la rige en forma absoluta. En nuestro derecho no es justificación la *defensa necesaria* (la *Notwehr* alemana), sino la *legítima*, por lo cual entre nosotros no rige la regla *la necesidad no conoce ley*. La racionalidad puede limitar la eficacia justificante de la necesidad, por lo cual, si bien por regla no se impone la huida cuando es la única alternativa, hay casos en que la racionalidad la impone.

La acción defensiva legítima en la ley argentina debe ser racional. Es presupuesto de la racionalidad de la defensa que ésta sea necesaria (si hay una menos lesiva, no es necesaria), pero no basta con ello, pues además de necesaria debe ser racional. El ejemplo que siempre se emplea es el siguiente: un paralítico ve que un niño le hurtará una manzana de su huerto. Está inmovilizado en su silla y lo único que tiene a mano es una escopeta. Si dispara sobre el niño para impedir que éste se apodere de la manzana, su acción será necesaria a ese efecto, pero no será racional dada la enorme desproporción entre la lesión amenazada y la producida.

Defensa legítima = defensa necesaria + racional

290. (*Racionalidad de la acción defensiva*) (c) Por ende, la necesidad debe ser *racional*. Esto significa que si bien en la legítima defensa no se ponderan los males (el que se evita y el que se causa) como es regla en el estado de

necesidad, no se excluye totalmente la ponderación. Dado que en la legítima defensa la balanza la desequilibra la agresión ilegítima, en principio se habilita cualquier lesión necesaria que pueda sufrir el agresor. No obstante, la balanza desequilibrada no puede serlo tanto que haga saltar el platillo, pues la agresión no hace perder al agresor todos sus derechos (ni siquiera los pierde el condenado por el más grave de los delitos). El requisito de que la defensa sea racional significa que no se admite la legítima defensa, aunque la acción sea necesaria, cuando entre el mal que se quiere evitar y el que se causa media una desproporción aberrante e inusitada. Todo derecho encuentra su límite en la racionalidad republicana como requisito de la coexistencia y el que surge de la legítima defensa no es una excepción. La civilización no puede olvidar que la necesidad y la defensa son la Cestina de todo discurso legitimante de los peores crímenes. *Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es también racional.*

291. (*Defensa contra niños e incapaces*) La defensa contra niños e incapaces no es racional cuando existe la posibilidad de evitar la lesión alejándose, aunque no por efecto de una ponderación de males, sino por el general deber de solidaridad que rige todo el derecho como base de coexistencia.

292. (*Los offendicula*) Cuando las defensas son *medios mecánicos* –que incluyen los *offendicula*– rigen los mismos principios acerca de la necesidad racional de la defensa u obstáculo (*offendiculum*).

Los medios mecánicos son defensas predispuestas, como puede ser la electrificación de un cerco o un aparato que dispara cuando se abre la puerta. Los *offendicula* también son medios mecánicos predispuestos, pero visibles, como las lanzas en las puntas de las rejas o los vidrios sobre las medianeras. Los problemas de justificación no se plantean con los *offendicula*, sino con los otros medios mecánicos, que bien pueden caer fuera de la justificación. Un clásico caso discutido fue el del "japonés de Rosario", que armó un dispositivo para que cuando se abriese la puerta del gallinero se disparase una escopeta, apareciendo al día siguiente un cadáver y una bolsa a su lado. No hay legítima defensa (no era necesario) y tampoco exceso, porque nunca estuvo dentro de los límites de la legítima defensa. Análogos son los casos de electrificación letal de rejas.

293. (*Falta de provocación suficiente*) (d) La *provocación suficiente por parte del que se defiende* excluye la legítima defensa. No debe consistir en una agresión ilegítima, porque en tal caso quien se defiende es el otro y sería un requisito redundante (inútil). Provocación es la que da motivo a la agresión, pudiendo ser intencional o imprudente, bastando para ser *suficiente* con que sea *previsible*. Para evaluar la *previsibilidad* no se deben tomar en cuenta las características del agresor contrarias a la coexistencia (matonismo, intolerancia, irascibilidad, hábitos pendencieros, etc.), salvo que la conducta provocadora lesione elementales sentimientos de piedad (humillaciones a un anciano, a un discapacitado, maltrato de animales, etc.). Se excluye en estos casos la le-

BIBLIOTECA

gítima defensa porque el conflicto se genera en una conducta inútilmente conflictiva: no le asiste el derecho a defenderse legítimamente al que va por la vida provocando conflictos evitables con sus semejantes y creando las situaciones de necesidad. El provocador, si bien queda excluido de la legítima defensa, puede resultar exculpado por estado de necesidad exculpante **(343)**.

Si A provoca a B y B lo agrede, A no puede defenderse legítimamente contra B, pero puede suceder que B trate de matar a A y éste quede en una situación en que sólo tiene la opción entre morir o matar. En tal caso A se podría defender pero en estado de necesidad exculpante.

294. (*Defensa por un tercero no provocador*) Como el injusto es personal **(281)** el único que queda excluido de la legítima defensa es el provocador, pero un tercero puede defenderlo legítimamente, siempre que no haya tomado parte en la provocación (34,7 CP).

A provoca a B y éste lo agrede. A no puede defenderse legítimamente contra B, pero C (que llega en ese momento) puede defender legítimamente a A.

295. (*Defensa de terceros*) Fuera de esta particularidad, la defensa de terceros debe cumplir todos los requisitos del contratipo de la defensa propia. El problema particular que plantea es la posibilidad de defensa del estado. El estado es defendible en su patrimonio como

cualquier tercero; también lo es en cuanto a su existencia, como por ejemplo frente a una agresión. En cuanto a la defensa del estado como orden jurídico (que justificaría a vengadores, justicieros, guardianes privados del orden y otros delirantes), implicaría sustituir los órganos estatales por particulares. Por ello, la defensa del orden institucional y democrático sólo es admisible en la medida en que la habilita la propia Constitución: sólo contra actos de fuerza encaminados a interrumpir la observancia de la propia Constitución y, más aún, si logran su propósito, pues la Constitución no pierde imperio por actos de fuerza (36 CN).

296. (*Presunción de legítima defensa*) Desde el Digesto hasta nuestros días se hallan en las leyes presunciones *juris tantum* de legítima defensa, que no alteran los requisitos expuestos (34, 6, últimos párrafos CP).

#### D. 4. *El estado de necesidad justificante*

297. (*Ponderación de afectaciones en concreto*) En el *estado de necesidad*—que es el otro contratipo establecido en la ley penal— la acción tiene que evitar un mal mayor (34, 3 CP). La ponderación es de lesiones en concreto, para lo cual no sólo cuenta la jerarquía del bien jurídico, sino también el grado de lesión a éste y las circunstancias personales del que actúa tanto como las del que resulta ofendido. En los casos de tipicidad culposa la ponderación se lleva a cabo tomando en cuenta el peligro *ex-ante* de lesión derivada de la violación del deber de cuidado en comparación con el mal que se quería evitar.

298. (*Bienes equivalentes*) Es posible que exista la necesidad de lesionar bienes equivalentes, pero en este caso se tratará de un estado de necesidad exculpante (343), pues en el justificante sólo es admisible la evitación del mal mayor.

299. (*Diferentes supuestos de coacción*) La coacción (que puede provenir tanto de la conducta de un tercero como de hechos de la naturaleza) (34, 2 última parte CP) puede dar lugar a un estado de necesidad justificante o a uno exculpante, según la magnitud del mal que amenaza al coaccionado y del que éste causa. Si el coaccionado actúa sólo inculpablemente, el agredido podrá defenderse legítimamente contra él, pero si actúa en estado de necesidad justificante no podrá hacerlo, porque no cabe una acción justificada contra otra justificada.

Hay coacción que crea un estado de necesidad justificante si alguien amenaza de muerte a otro, colocándole una pistola en la cabeza para que escriba una carta calumniosa para un tercero.

La coacción crea un estado de necesidad solamente exculpante cuando los males son equivalentes: se amenaza a cinco soldados con ser fusilados si no integran un pelotón de fusilamiento para ejecutar a una persona.

300. (*Ventajas de estas soluciones*) Esto conduce a soluciones bastante equitativas, pues no deja indefenso al coaccionado (que es un inocente) e impide cualquier defensa de terceros que pueda afectarle, en especial la in-

vocación de la defensa del estado o de la justicia (caso de toma de rehenes).

Si A amenaza de muerte a B para violar el domicilio de C, este último no podrá defenderse legítimamente contra B, porque B está amparado por una causa de justificación (estado de necesidad justificante). Sólo podrá hacerlo contra A. Sería inadmisibles que C pudiese dar muerte legítimamente a B, o que su guardia D puede pretender que defiende legítimamente el domicilio de C dando muerte a B.

Esto es particularmente importante en los casos de toma de rehenes por delincuentes. El deber jurídico (atipicidad) de los funcionarios públicos es el de defender a los rehenes y salvar su vida. No pueden alegar preeminencia del deber de detener a los delincuentes so pretexto de preeminencia del bien jurídico estatal (ejercicio de la "justicia") a costa de riesgos o peligros para los rehenes. El interés del estado por detener a los delincuentes siempre es un bien jurídico de inferior jerarquía que la vida humana.

301. (*Limitación de bienes salvables o de posibles males causados*) El universo de bienes que pueden afectarse en el estado de necesidad justificante es más limitado que el de los defendibles legítimamente, aunque sus límites no son doctrinariamente claros. El estado de necesidad (salvo por coacción bajo amenaza muy grave) no puede legitimar torturas, por ejemplo, ni la injerencia técnica en el cuerpo del sujeto (extracción de órganos). El respeto constitucional a la dignidad humana impide la ponderación de males respecto de estos bienes jurídicos.

A puede poner un arma en la cabeza de B para que torture a C y habrá un estado de necesidad justificante. Pero A no puede torturar a C para averiguar dónde mantienen secuestrado a B. Tampoco A puede tomar a B, secuestrarlo y quitarle un riñón para salvar su vida de una insuficiencia renal gravísima.

302. (*Inminencia del mal*) El mal debe ser *inminente*. La inminencia se evalúa de la misma manera que para la legítima defensa (288). No obstante, también es inminente un mal cuando tiene continuidad por reiteración frecuente. Debe ser también *inevitable* por otro medio menos lesivo, pues de lo contrario no mediaría necesidad.

303. (*Ajenidad al mal*) El necesitado debe haber sido *extraño* al mal que le amenaza, o sea, que no debe haberlo provocado intencionalmente. La producción negligente o imprudente debe evaluarse en cada caso en la ponderación de los males, pero no siempre excluye la justificación. La exclusión de la justificación por provocación del mal no impide la posibilidad de un estado de necesidad exculpante (343).

304. (*Deber jurídico de afrontar el riesgo*) El estado de necesidad no justifica cuando el necesitado tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo de que se trate en razón de su función específica: bombero, policía, militar, etc. Nunca puede imponérsele el deber de afrontar la muerte o consecuencias graves seguras.

305. (*Obligación de reparar*) En el estado de necesidad se sacrifican bienes que pertenecen a una persona que no ha hecho nada ilícito, lo que beneficia al necesitado. El titular de los bienes sacrificados tiene en sede civil el derecho a la reparación por parte de quien se ha beneficiado con el mal inferido. Esto prueba que es inexacta la afirmación de que la acción típica justificada no genere ningún tipo de responsabilidad jurídica.

#### *D.5. Justificación frente a conductas de funcionarios y concurrencia de causas de justificación*

306. (*Estado de necesidad y legítima defensa frente a conductas de funcionarios*) Frente a actos de funcionarios públicos y en casos de allanamientos, detenciones o secuestros, cabe distinguir: (a) cuando éstos actúan en cumplimiento de su deber y el procedimiento es lícito (detención en razón de indicios), no cabe ninguna acción justificada. Se trata de limitaciones que todo habitante tiene el deber de soportar. (b) Cuando el procedimiento es ilícito (orden ilícita) pero el funcionario cree proceder conforme a su deber, sólo cabe contra éste el estado de necesidad justificante (la legítima defensa sólo contra el autor de la orden). (c) Cabe la legítima defensa contra ambos cuando el procedimiento es ilícito y el funcionario actúa de la misma manera (se trata directamente de hipótesis de delitos: robo, secuestro de persona, privación ilegal de la libertad, etc.).

Cuando un juez emite una orden de allanamiento o de detención fuera de todo proceso legal contra su enemigo personal, pero ésta es formalmente correcta, de modo que el oficial de justicia o la policía no pueden observar ilicitud, la víctima no puede defenderse legítimamente contra el oficial de justicia o contra el personal policial que la ejecuta, aunque puede actuar dentro de los límites del estado de necesidad justificante. Así, no puede dar muerte al oficial de justicia del mismo modo que si hallase a un delincuente dentro de su casa por la noche, pero puede legítimamente engañarlo y dejarlo encerrado unos minutos mientras huye.

307. (*Concurrencia de causas de justificación*) Si bien no puede haber *concurrencia contraria* de causas de justificación (no puede haber justificación contra justificación), bien puede haber *concurrencia positiva* (una conducta típica justificada por dos o más causas de justificación), caso en el que no hay razón para excluir a ninguna de ellas, aunque, naturalmente, la conducta será amparada por la que reafirme una mayor extensión de licitud.

#### D.6. Exceso culpable

308. (*Exceso*) Cuando se excedieren los límites (35 CP) de la legítima defensa, del estado de necesidad, de la coacción que diese lugar a necesidad justificante o de cualquier otra causa de justificación o en el cumplimiento del deber jurídico (137) en forma culpable (pues si se

lo hace inculpablemente exime de culpabilidad por error de prohibición) (**334 y ss.**), se disminuye el contenido ilícito del injusto y se aplica la pena del delito culposo; no estando ésta prevista, la conducta queda impune.

309. (*Se trata del exceso extensivo*) El exceso culpable que da lugar a esta reducción tan considerable de la escala penal es el llamado exceso extensivo, o sea, el de quien comienza a actuar dentro de los límites de la exclusión de ilicitud pero continúa haciéndolo cuando las condiciones de ésta han desaparecido. Sólo en este supuesto se *exceden los límites* (art. 35 CP), pues quien nunca ha estado dentro de los límites, mal puede excederlos.

Media un exceso intensivo cuando A agrede a B a puñetazos y B responde extrayendo un arma y efectuándole cinco disparos al cuerpo, con claro dolo de homicidio. En este caso B no excedió ningún "límite", porque nunca estuvo dentro de los límites de la legítima defensa. Diferente es el supuesto de exceso extensivo, en que B se defiende también a puñetazos, pero cuando A ya cesó de golpearlo, le propina dos puñetazos más: excedió el límite porque habiendo cesado la agresión ya no hay defensa.

310. (*Exceso intensivo*) El exceso culpable llamado *intensivo* no es más que una eximente incompleta, no contemplada en el CP, pero que puede sostenerse doctrinariamente. Esta hipótesis no abre la posibilidad de la pena del delito culposo, sino que opera dentro de los límites del art. 41 CP (**398-400**), salvo que la reducción de la ilicitud sea de tal magnitud que la culpabilidad co-

rrespondiente indique la necesidad de dejar de lado el mínimo de la escala para no lesionar principios constitucionales (386).

## ***E. La culpabilidad***

### *E.1. Juicio formalmente ético y vulnerabilidad*

311. (*Necesidad de un puente entre injusto y pena*) La mera magnitud del injusto no sirve para orientar la cuantía de la pena, pues eso supondría falsamente que todos los humanos son iguales y no cambian en el tiempo. Por eso, entre el injusto y la pena es necesario un *puente personalizante individual* que indique un desvalor capaz de reflejarse en la pena. Ese puente es un *reproche* que se le formula a una *persona* (1, DU: un ente autodeterminable dotado de conciencia moral, capaz de distinguir entre el bien y el mal). Se le reprocha *lo que ha hecho* (un *injusto*) y no lo que es (su personalidad o carácter), porque conforme a la antropología jurídica (concepto jurídico de persona) el estado sólo puede reprochar lo que se hace. *El derecho penal del estado de derecho es de acto y no de autor* (33; 125).

312. (*La construcción con elementos formales de la ética tradicional*) En función del hecho (injusto: conducta típica y antijurídica) el estado cobra al agente una *deuda* (*Schuld* en alemán es deuda y culpabilidad; en el viejo Padrenuestro la *deuda* era el *pecado*). Para ello usa una

*forma ética tradicional (ética de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc.).*

313. (*La culpabilidad como reproche personalizado*) Conforme a esta *forma ética* la culpabilidad es el juicio de reproche personalizado que se le formula al autor de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo una mayor o menor posibilidad de actuar de otra manera no lesiva o menos lesiva. En este juicio se toma en cuenta la *personalidad* del agente, pero no para reprochársela, sino como elemento a tener en cuenta para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación en la constelación situacional del injusto (si es valiente, tímido, extrovertido, introvertido, etc.).

314. (*Es un juicio sólo formalmente ético*) Pero este juicio sólo toma de la ética la *forma*, porque el juicio de culpabilidad así entendido no es materialmente ético, porque no se hace cargo de la *selectividad criminalizante* del poder punitivo (**10, 11, 14, 15**), con lo que lesiona el principio de igualdad (16 CN) y legitima un ejercicio de poder arbitrario sobre los más vulnerables.

El reproche de culpabilidad no es ético porque

La falta ética se reprocha a todos por igual, a diferencia de la falta penal que se reprocha a los que previamente han sido seleccionados para criminalizarlos (y a los demás no se les formula reproche alguno por mucho que hayan cometido injustos más graves).

315. (*El límite máximo de reprochabilidad*) No obstante, la medida del ámbito de autodeterminación (catálogo de posibles conductas del agente en el momento de la acción) no es indiferente, pues señala un límite máximo que ninguna racionalidad puede tolerar que se supere: a nadie se le puede reprochar lo que no pudo hacer u omitir; el reproche sólo es admisible en la medida de la inevitabilidad.

316. (*La dialéctica entre el estado de derecho y el de policía en este nivel de análisis*) También en el ámbito de la culpabilidad –y con más razón aún que en otros niveles– se opera la tensión entre estado de policía y estado de derecho. El estado de policía siempre busca enemigos y, por ende, procura un reproche a la personalidad (*culpabilidad de autor*). Dado que el derecho positivo rechaza esta posibilidad, el poder punitivo se repliega hacia la *culpabilidad de acto* (perdida una batalla, hay un repliegue táctico), pero desde ella pretende ignorar la selectividad estructural del ejercicio del poder punitivo. Si bien con esto se da un paso adelante pues deja de presuponer una *antropología aberrante* (que pretenda que todos los seres humanos somos iguales y permanecemos iguales), lo cierto es que da por supuesta una *sociología aberrante* (según la cual el poder punitivo se reparte igualitariamente en la sociedad). Esto explica cómo *mediante una forma ética* (o ética formal) *se procura legitimar un ejercicio de poder materialmente inmoral por selectivo*.

Estado de derecho

Estado de policía

Denuncia  
la peligrosidadPierde  
la peligrosidadSe apodera de la  
culpabilidad  
con forma ética  
y la deforma  
(culpabilidad de autor  
o de carácter, por la  
conducción de la vida,  
etcétera).Exige respeto  
por la  
culpabilidad  
de acto

 Denuncia  
la selectividad

317. (*Culpabilidad por la vulnerabilidad y síntesis*) Por ello, siempre dentro del marco máximo señalado por la culpabilidad de acto pura, será menester contraponerle una

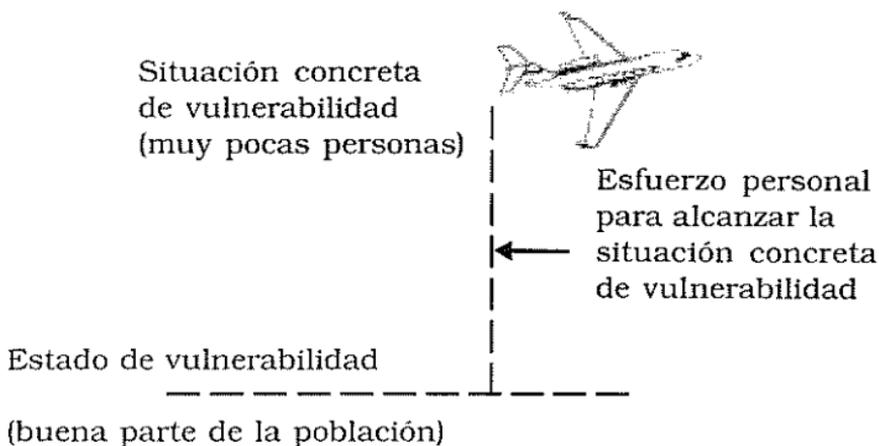
*culpabilidad por la vulnerabilidad selectiva* que opere como antítesis y de cuya síntesis resulte la *culpabilidad penal*.

318. (*Estado de vulnerabilidad*) Partiendo de la base de que a nadie se le puede reprochar su *status* social y, por ende, el estado de vulnerabilidad al poder punitivo que de él se deriva (clase social, vecindario, instrucción, etc.), sabiendo que el poder punitivo presenta distintos grados de *peligrosidad* y ésta recae con preferencia sobre los disidentes y los sectores más desfavorecidos de toda sociedad, y que dentro de éstos se ensaña en particular con los portadores de ciertos estereotipos (11), o sea, que la *vulnerabilidad* frente a la *peligrosidad* del poder punitivo está en relación con el grado de injusticia social, lo cierto es que no recae sobre todos los pertenecientes a esa categoría y ni siquiera sobre todos los portadores de estereotipo, sino sólo sobre unos pocos.

319. (*No todo estereotipado es atrapado por el poder punitivo*) Por ende, hasta el portador de estereotipo casi de caricatura, algo debe hacer para que el poder punitivo lo seleccione, por poco que sea. A la inversa, cuando alguien para quien la *peligrosidad* del sistema penal es mínima (por su alto *status*) es seleccionado por el poder punitivo, por lo general debe haber hecho un notable esfuerzo para llegar a esa situación.

320. (*Del estado a la situación de vulnerabilidad*) De lo anterior resulta que –según el grado de *peligrosidad* del poder punitivo en concreto– hay un *estado de vulnerabilidad* a éste que corresponde al *status* social de la persona, pero también se requiere un esfuerzo personal de ésta

(pequeño o grande, según el caso) para alcanzar la *situación concreta de vulnerabilidad* (para que el poder punitivo lo seleccione). En conclusión, lo único que puede reprochársele a la persona (sin sobrepasar nunca el máximo señalado por la culpabilidad de acto pura) es el *esfuerzo personal que haya realizado a partir de su estado de vulnerabilidad para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*.



321. (*La medida de la culpabilidad*) Esta es en definitiva la medida de la culpabilidad o reproche personalizado que se refleja en forma de linterna ciega sobre la cuantía de la punición. *Ningún estado del mundo puede pretender que realiza una justicia social perfecta y acabada, y por ello con la cuota de injusticia social debe cargar el estado y no la persona.* Por esta vía se alcanza una habilitación de poder punitivo que es lo menos irracional po-

sible frente al hecho político de poder (*factum político*) (*optimización ética y racional del limitado poder jurídico de contención*) y también lo único que puede hacer el poder jurídico de contención (de hecho, es verificable que el espacio jurídico de contención se halla en relación inversa con la magnitud del esfuerzo que la persona haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad).

- estado de vulnerabilidad = + esfuerzo para alcanzar la s.c. de vulnerabilidad.

+ estado de vulnerabilidad = - esfuerzo para alcanzar la s.c. de vulnerabilidad.

## *E.2. Exculpación por inexigible comprensión de la criminalidad: inimputabilidad*

322. (*Panorama de las causas de exculpación*) Las causas de *exculpación* (o de *inculpabilidad*) son todos supuestos de *inexigibilidad* de otra conducta, que es su denominador común (al igual que el ejercicio regular de un derecho lo es de las causas de justificación). La exculpación puede obedecer: (a) a que no le sea exigible al agente la comprensión de la criminalidad del injusto; o (b) a que siéndole exigible (y aun con comprensión de ésta) haya actuado en una situación de extrema conflictividad reductora que no le haga exigible la realización de la conducta lícita o menos lesiva.

No hay  
culpabilidad  
cuando el  
agente

no ha podido comprender  
la criminalidad del acto

o la situación conflictiva era de tal  
naturaleza que no le era exigible  
una conducta conforme al derecho

323. (*La exigible comprensión de la criminalidad*) No basta con la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, sino de ésta y su relevancia penal (o sea, de la *criminalidad*) (34, 1 CP). Además, lo que debe serle exigible no es el mero *conocimiento*, sino su *comprensión*. Los valores no basta conocerlos, sino que debe ser posible comprenderlos. La antropología cultural nos enseña que hay muchísimos valores diferentes a los nuestros y a través de ella los conocemos, pero no los comprendemos, porque *comprender* significa hacerlos parte de nuestro equipo psicológico y comportarnos conforme a ellos. La mayoría de los autores de injustos demuestran con su realización que no han *comprendido* (o por lo menos no han comprendido por completo o han neutralizado) los valores jurídicos cuya lesión es penalmente relevante. Por ello, no se exige su *comprensión*, sino sólo su *posibilidad de comprensión*.

324. (*La comprensión presupone el conocimiento*) Es claro que la *comprensión* presupone el *conocimiento* (quien no conoce un desvalor no puede comprenderlo), pero éste no alcanza para fundar un reproche. El conocimiento que

se exige como presupuesto de la comprensión no es técnico-jurídico, sino el *conocimiento paralelo en la esfera del profano*. Este requisito se complicó, pues hoy el poder punitivo se agazapa detrás de una legislación oscura, contradictoria y abigarrada, para saltar sobre cualquiera con prohibiciones que pocos conocen. El derecho penal actual debe poner especial atención para limitar los excesos de la trampa legal de *ocultamiento público de lo prohibido*.

325. (*Casos de inexigibilidad de la comprensión*) La comprensión de la criminalidad no es exigible: (a) en el caso de *incapacidad psíquica* de comprensión y (b) en el de *error invencible de prohibición*.

Comprensión es más que conocimiento: es capacidad de hacer propios los valores.

Conocimiento es el presupuesto necesario de la comprensión (no puedo asumir como propio un desvalor que desconozco).

No es exigible la comprensión de la criminalidad cuando

el agente no tiene capacidad psíquica de comprensión de la criminalidad del acto

actúa en error invencible de prohibición

326. (*La incapacidad psíquica de culpabilidad*) La *incapacidad psíquica de culpabilidad* o *inimputabilidad* puede consistir en (a) una incapacidad de comprensión de la

criminalidad o bien en (b) una incapacidad de adaptar la conducta a esa comprensión. Nos ocupamos ahora de la primera, pues la segunda es una hipótesis de constelación reductora **(350)**.

327. (*Incapacidad psíquica de culpabilidad y de delito*) La *imputabilidad* es diferente de las capacidades psíquicas de conducta **(77)** y de tipicidad (de dolo en el tipo doloso o de previsión en el tipo culposo) **(155; 243)**. Todas ellas pueden abarcarse en un conjunto (*capacidad psíquica de delito*), pero ese conjunto es un corte longitudinal de capacidades que se distribuyen en todos los momentos subjetivos de los pasos de análisis, pero como *imputabilidad* propiamente dicha es sólo capacidad psíquica de culpabilidad.

328. (*Requerimientos de la inimputabilidad*) La imputabilidad es una *característica del acto* (hay injustos que le son imputables a *personas*, pero no personas imputables o inimputables).

La inimputabilidad requiere que el agente –en el momento de la conducta– haya padecido una grave perturbación de la *consciencia* (nada tiene que ver con la *conciencia* en el sentido de un *super yo* o *voz de la conciencia*). La *consciencia* es una función sintetizadora que se integra con todo el complejo sensorial (*sensorium*) e indica la ubicación en el mundo (en el tiempo y el espacio psíquicos). La *consciencia* no se parcializa, sino que toda ella (como función de síntesis) está o no está perturbada.

329. (*El juez valora la imputabilidad*) El esfuerzo exigible para comprender la criminalidad del injusto debe me-

dirlo el juez y no el perito que le provee de los elementos para formular el juicio jurídico de reproche o para no formularlo. Como cuestión de culpabilidad es exclusivamente jurídica y no psiquiátrica ni psicológica.

330. (*Causas de la incapacidad: insuficiencia y alteración morbosa*) La *insuficiencia de las facultades* es la perturbación de la consciencia por alteraciones en el *sensorium*. La insuficiencia que llega a la supresión total de la consciencia (*inconsciencia*) no es un caso de inimputabilidad, sino de ausencia de conducta (77).

La *alteración morbosa de las facultades* no es más que una hipótesis de insuficiencia. A los efectos de la culpabilidad no interesa si la perturbación proviene de fuente patológica o no, de modo que la indicación diagnóstica en caso de patología mental es importante para establecer el grado de perturbación, pero no concluye el juicio. Hay situaciones de trastorno mental transitorio que para nada son patológicas y todos pasamos por supuestos de insuficiencia o alteración de la consciencia no morbosos (estados crepusculares del sueño, privación prolongada de sueño, agotamiento extremo, miedo no patológico, etc.). Inversamente, hay patologías que no excluyen la imputabilidad en el caso concreto, puesto que la posibilidad de comprensión debe valorarse conforme a cada injusto.

331. (*La imputabilidad debe existir en el momento de la conducta*) Como toda causa de exculpación, debe darse en el momento de la conducta. Incluso respecto de la inimputabilidad provocada (intoxicaciones por alcohol u

otros tóxicos) debe valorarse esa conducta y no otra. Si la conducta de incapacitarse impide definitivamente cumplir con la conducta debida en la tipicidad omisiva, habrá una tentativa (**232**); si importa una negligencia habrá tipicidad culposa (**235**). En los restantes casos la conducta será atípica y el injusto cometido no será culpable.

La imputabilidad debe existir en el momento de la conducta.

No es válido sostener que cuando el sujeto se embriaga para cometer un delito, la conducta debe juzgarse conforme a su voluntad en el momento de embriagarse (es la teoría conocida como de la *actio libera in causa*). Esto es así porque embriagarse es un acto preparatorio atípico. Cuando comienza la tipicidad (comienza a ejecutarse el delito, es decir, se realizan actos de tentativa) no hay culpabilidad. No puede armarse un delito con el reproche de un acto atípico y la tipicidad de un injusto inculpable.

A se embriaga para matar a su rival en amores (B). Bebe junto a otro parroquiano que hace lo mismo (ambas conductas son atípicas). Si cuando llega B, A completamente embriagado lo abraza y le felicita por haberse llevado a su mujer, nadie dirá que hay una tentativa. Si cuando llega B, A lo golpea, habrá tipicidad, pero en ese momento A es inculpable.

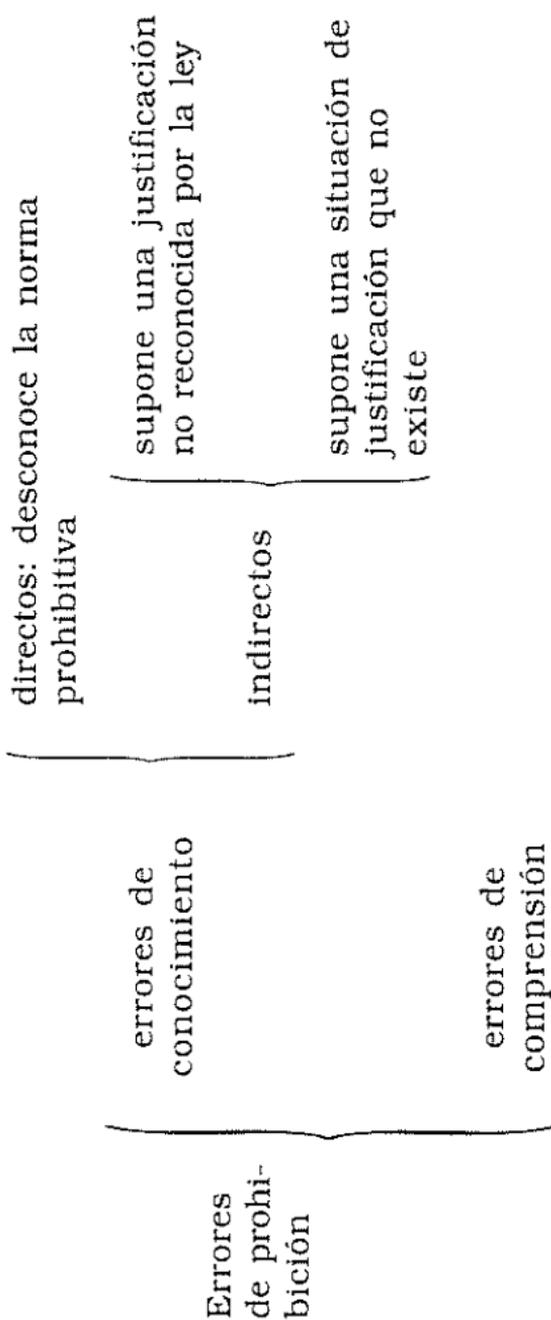
332. (*Imputabilidad disminuida*) En los casos en que la imputabilidad no se excluye, puede no obstante verificarse que el reproche de culpabilidad remanente debe ser de menor intensidad, pues de alguna manera el agen-

te tuvo su ámbito de autodeterminación sensiblemente reducido. Es la llamada *imputabilidad disminuida* de la que son manifestaciones particulares tanto la emoción violenta (81, 1° "a" CP) como las circunstancias extraordinarias de atenuación (80 último párrafo CP), pues se trata de los llamados *tipos de menor culpabilidad*.

333. (*Extensión analógica de la emoción violenta a todos los delitos*) En general y aunque la ley no lo disponga, cabe entender que por imperativo constitucional no es posible imponer una pena que exceda del grado de culpabilidad del autor, por lo cual en los restantes casos de imputabilidad disminuida los tribunales también pueden imponer una pena menor al mínimo legal de la escala prevista para el respectivo delito **(398)**, aunque hasta el momento ningún tribunal se animó a hacerlo.

### *E.3. El error de prohibición*

334. (*Efectos*) La otra gran exclusión de culpabilidad por inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad es el *error*. El error exculpante recibe el nombre genérico de *error de prohibición*. A diferencia del error de tipo el de prohibición no afecta al dolo –que está afirmado en el injusto– y su único efecto es eliminar la culpabilidad si es *invencible o inevitable*. Esta es una condición que debe valorarse en relación con la persona concreta y con la circunstancia del hecho, no habiendo posibilidad de norma general ni apelación a ningún *standard* medio.



335. (*Error vencible de prohibición*) Por ello, cuando el error de prohibición sea *vencible* (o sea que con la debida diligencia se evitaba), su efecto sólo será el de *atenuar el reproche de culpabilidad* (a diferencia del error de tipo que cuando es vencible abre la posibilidad de una eventual tipicidad culposa). El efecto de esta atenuación será el mismo que en la imputabilidad disminuida (332), pues ambos son casos de culpabilidad disminuida.

La menor culpabilidad opera normalmente dentro de los límites de la respectiva escala penal, dando lugar al mínimo. Sin embargo, si bien la jurisprudencia hasta ahora no lo ha admitido, en los casos en que resulta claro que el mínimo de la pena excede el grado de culpabilidad del hecho, es obvio que de imponerse esa pena se estaría violando el principio de culpabilidad y, por ende, la pena resultaría inconstitucional. Ante esa constatación, el tribunal debe atenerse en primer lugar a la norma de mayor jerarquía —la constitucional— y en consecuencia imponer una pena conforme a la culpabilidad, aunque sea inferior al mínimo de la escala legal correspondiente.

336. (*Efectos del error invencible*) Todo error de prohibición invencible tiene el efecto de impedir la comprensión de la criminalidad. No interesa al respecto si se trata de un error *juris* o un error *facti*, pues hay errores de prohibición de ambas categorías (siempre que se reconozca esta clasificación, puesto que todo error *juris* es también un error *facti*: es un error acerca del hecho de

que una conducta ha sido prohibida). No obstante, el error de prohibición puede asumir diferentes formas.

337. (*Cuadro general de los errores de prohibición*) (A) Son *errores de conocimiento* los que impiden la comprensión por falta de su presupuesto –el conocimiento– y pueden presentarse en forma de:

338. (*Errores de conocimiento directos*) (a) *Errores directos de conocimiento* en que el agente ignora la norma prohibitiva y, por ende, supone que su conducta es lícita. Este error también puede asumir formas particulares:

(a') Por error de hecho o de derecho puede creer que actúa en cumplimiento de un deber jurídico; (b') que su conducta está fomentada por el derecho o que crea riesgos que no son prohibidos; (c') que la conducta no es conflictiva porque la lesión al bien jurídico no existe (está consentida) o es insignificante; (d') que la norma no es temporal o territorialmente válida; (e') que la norma es inconstitucional o que no tiene el alcance prohibitivo que en realidad tiene.

339. (*Errores de conocimiento indirectos*) (b) *Errores indirectos de conocimiento* son aquellos en que el autor cree que actúa amparado por un permiso o causa de justificación o licitud (**283**): éstos pueden consistir tanto en (a') la falsa suposición de que existe un permiso legal inexistente (*error juris*) o también (b') en que se halla en una situación de justificación que en la realidad no existe (es el error *facti* que da lugar a la mal llamada *justificación putativa*).

340. (*Errores de comprensión*) (B) Son *errores de comprensión* los que no afectan el conocimiento, sino que impiden la comprensión. Se trata de errores fuertemente condicionados por razones culturales o subculturales y no cualquier *conciencia disidente* da lugar a su relevancia. Deben ser cuidadosamente relevados cuando se trata de personas pertenecientes a culturas de pueblos originarios, por especial mandato constitucional.

341. (*Errores exculpantes especiales*) Al margen de estos errores de prohibición hay dos *errores exculpantes especiales*: (a) uno es el que tiene lugar por parte de quien supone que se halla en una situación de necesidad exculpante. Por su relación con el estado de necesidad exculpante lo consideramos junto a éste (**346; 347**). (b) El otro es el que recae sobre una causa de exclusión de la penalidad (también llamado *error de punibilidad*). Dado que la penalidad no es un elemento del delito (**352**) pero sí de su *criminalidad*, pues la norma penal cumple tanto una función valorante como otra determinante (**127**) y esta última está asociada a la punibilidad o conminación penal, no hay razón para no considerar el error sobre la punibilidad en paridad con el error de prohibición. Está claro que debe tratarse de un error que recaiga sobre causas de *exclusión de la penalidad* y no de cancelación de ésta, pues las primeras deben existir al momento del hecho, en tanto que las segundas advienen con posterioridad a éste.

Errores  
exculpantes  
especiales

falsa suposición de una  
situación de necesidad  
exculpante

falsa suposición de una causa  
personal de exclusión de la  
penalidad

#### *E.4.Exculpación por reducción de la autodeterminación*

342. (*Supuestos*) El espacio de autodeterminación se encuentra muy reducido y produce una nueva inexigibilidad o exculpación en (a) el estado de necesidad exculpante y (b) en la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la criminalidad.

343. (*Estado de necesidad exculpante*) (a) El *estado de necesidad exculpante* corresponde por regla general a un *injusto menor*, pues en esa situación, aunque se causa un mal igual o superior al que se evita, siempre en alguna medida se salva un bien. El grado de culpabilidad (o reproche) siempre está en relación con el contenido injusto del hecho, lo que explica que no se produzca en el caso de bomberos, policías, militares, etc., cuando existe el deber de soportar el riesgo, sin perjuicio de que nunca este riesgo debe ser el de muerte o lesiones muy graves seguras, al igual que en el justificante (304).

344. (*Mal grave*) Si bien el mal inminente –proveniente de una acción humana o de la naturaleza– puede referirse a cualquier bien jurídico, la exigencia de que se trate de un mal *grave* excluye toda lesión que no asuma verdadera importancia para la persona amenazada (34, 2, última parte CP).

El ejemplo más corriente en la manualística es la famosa tabla de Carneades o *tabula unius capax*, capaz de mantener a flote a un único naufrago y de la cual le priva otro que estaba también en trance de morir ahogado. Los casos con que se ejemplifica la inexigibilidad también suelen ser de amenazas al empleo como fuente de subsistencia.

El mal que se evita no necesariamente debía recaer sobre el autor, sino que puede amenazar a alguna persona estrechamente vinculada a éste, como lo demuestra la exculpación expresamente consagrada para el encubrimiento de parientes y allegados (277, 4 CP).

Se recuerda el “caso de la cigüeña”: una comadrona en un pueblo minero denunciaba los nacimientos ocurridos en domingo como si hubiesen tenido lugar el lunes, pues la empresa concedía un descanso al padre el día del nacimiento y si éste era en domingo perdían el beneficio, por lo que amenazaban a la comadrona con no llamarla más y dejarla sin trabajo si no cometía esa falsedad.

Otro es el caso del cochero que es obligado por su empleador a atar al carruaje un caballo capaz de desbocarse, lo que efectivamente sucede y produce un accidente con varios lesionados.

También el caso del chofer del ministro, al que éste ordena que tome a contramano, causando un accidente.

Ejemplos más actuales serían los de los médicos de hospitales con escasez de medios, que deben atender y tratar sabiendo que pueden incurrir en errores diagnósticos graves. O el del chofer de línea de transporte que es obligado a cumplir horario más largo, en que el cansancio puede ser causa de accidentes.

345. (*Provocación de la necesidad*) La provocación de la situación de necesidad impide que el injusto del necesitado sea menor (porque fue él mismo el que puso en peligro el bien jurídico). No obstante, no siempre excluye la exculpación, pues no puede imponerse a nadie el deber jurídico de dejarse matar, mutilar o lesionar gravísimamente. Una solución viable es considerar la tipicidad de la conducta provocadora desde la perspectiva de su eventual tipicidad culposa.

346. (*Falsa suposición de la necesidad o error de culpabilidad*) La situación de necesidad exculpante puede suponerse falsamente, con lo cual se configura un error de prohibición particular (341), que es el *error de culpabilidad*, que si es invencible coloca a la persona en la misma situación psíquica de reducción de su autodeterminación que si la situación fuese verdadera. Puede tratarse de un error *facti* como de uno *juris*.

Si se produce una falsa alarma en un teatro y cunde el pánico, alguien puede creer erróneamente

que se está produciendo un grave incendio y proceder como si éste fuese verdadero. En este caso es un error *facti*. Pero también un padre de familia numerosa puede creer que está a punto de serle ejecutada su única propiedad y vivienda y que tanto él como su mujer y sus hijos quedarán sin techo, porque ignora que es inembargable como bien de familia. Este es un error *juris*.

347. (*Error de culpabilidad invertido*) El caso inverso (*error de culpabilidad invertido*) es más discutible y la doctrina se ha ocupado poco de él: se trata de quien ignora que actúa en una situación objetiva de necesidad exculpante. Si bien el juicio de reproche se basa en la exigibilidad según la situación subjetiva de la persona, el principio republicano prohíbe caer en la irracionalidad. En principio no puede pasarse por alto que objetivamente en el estado de necesidad exculpante el injusto suele ser menor, porque se salva un bien (343). En segundo lugar, no es admisible reprocharle a alguien que no se haya dejado matar o lesionar gravemente, sea que conozca o ignore la amenaza. En tercer lugar parece que se produce una inversión curiosa de las reglas generales del error: cuanto más vencible sea éste, menor será el reproche. En efecto: cuanto más grosera y vencible sea la ignorancia de la situación de necesidad, mayor será la necesidad del agente, no siendo posible reprocharle pura y simplemente su necesidad.

Si se incendia una turbina en un avión y el piloto lo hace aterrizar de emergencia causando lesiones

a algunos pasajeros, se tratará de un estado de necesidad exculpante (puso en peligro vidas para salvar vidas). Si en realidad la turbina lanzaba humo pero no se incendiaba y no había necesidad de un aterrizaje arriesgado, se tratará de un error sobre un estado de necesidad exculpante y operará también como exculpación. Pero si el piloto aterriza de emergencia por pura torpeza mientras se está incendiando realmente una turbina y no se da cuenta (el colmo de la torpeza), no será admisible que se lo considere culpable, porque en realidad habrá salvado la vida de los pasajeros y la suya propia, sólo que por torpe no se dio cuenta.

348. (*Necesidad exculpante en el delito culposo*) La necesidad exculpante tiene una especial importancia en la tipicidad culposa. Los ejemplos más clásicos están referidos a ella y, por cierto, desempeña un papel importante en especial cuando se trata de la necesidad impuesta por el sostenimiento del empleo en situaciones de desempleo o análogas **(344)**.

349. (*La disolución de la obediencia debida*) Una exigente cuya naturaleza se discute muchísimo es la obediencia debida en las jerarquías estatales (34, 5 CP). En rigor, no se trata de una exigente doctrinariamente autónoma, pues en definitiva se diluye en otras: (a) Si la orden del superior es legítima (en su forma y contenido), se trata del cumplimiento de un deber jurídico **(137, 138, 139)**. (b) Si la orden es ilegítima, puede ser que el subordinado no la reconozca debido a un error invencible y, por ende, se tratará de una exculpación por error de prohibición **(334-339)**. (c) Si la orden es ilegítima y el fun-

cionario lo reconoce, puede ésta hallarse en una situación de estado de necesidad justificante, si el mal que provoca es inferior al que evita (297). (d) En el supuesto anterior, si el mal que evita es análogo al que causa, puede hallarse en estado de necesidad exculpante (343). Fuera de estos supuestos la obediencia debida no puede exculpar.

El 34 5° CP considera eximente la obediencia debida, con lo cual le otorga autonomía legislativa, pero dogmáticamente no es posible reconocerle autonomía conceptual, porque en las diferentes hipótesis ésta se diluye. (a) Un oficial de justicia cumple la orden judicial de secuestrar la cosa en una ejecución prendaria. (b) La policía cumple una orden de captura contra una persona emitida por un juez loco que decide privar de libertad a su vecino, al que odia. (c) El ministro ordena a su ordenanza que estampe una firma con el nombre del ministro en un documento, bajo amenaza de despedirlo. (d) El ministro ordena a su chofer que tome una calle a contramano so pena de despedirlo.

350. (*La variable de la inimputabilidad por incapacidad de adecuación*) La incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la criminalidad es la variante de la inimputabilidad que no se basa en la inexigibilidad de la comprensión, porque ésta existe, sino en la de su actuación conforme a ella. Tales son supuestos de errores de conducta debidos a diversos grados de intensidad de miedo patológico o no patológico, fobias, compulsiones,

siones, estados de abstención provocados por ciertos tóxicos, etc. No debe confundirse con la incapacidad de actuar absoluta, porque en tal caso faltará la conducta (77).

351. (*La exculpación debe coincidir con el momento de la conducta*) La causa de exculpación debe coincidir con el momento de la acción. Quien en estado de inculpabilidad por cualquier motivo emprende una acción, pero la culmina siendo reprochable, sólo puede ser penado por lo que hizo desde el momento en que puede reprochársele la conducta. Quien después del comienzo de ejecución deviene inculpable, no puede ser penado por lo que haga en ese estado, sino por lo realizado con culpabilidad. En este último supuesto no corresponde penarlo por tentativa, porque la tipicidad fue completada (el injusto se consumó).

Un empleado esconde un anillo de la joyería en que trabaja debajo del lavamanos del baño, con la intención de llevárselo un mes más tarde, cuando el escándalo desatado por la desaparición haya menguado. Unos días después sufre un brote esquizofrénico grave, no obstante lo cual vuelve a la joyería, toma el anillo y se lo lleva, despidiéndose como Napoleón. El hecho ha sido consumado, existe un injusto completo, sería una ficción afirmar que hubo una tentativa. La tipicidad del acto de apoderamiento interfiere la de los actos de tentativa y ésta no desaparece en razón de la inculpabilidad (inimputabilidad) del agente.

3  
4  
5  
6

7  
8  
9  
10  
11  
12  
13  
14  
15  
16  
17  
18  
19  
20  
21  
22  
23  
24  
25  
26  
27  
28  
29  
30  
31  
32  
33  
34  
35  
36  
37  
38  
39  
40  
41  
42  
43  
44  
45  
46  
47  
48  
49  
50  
51  
52  
53  
54  
55  
56  
57  
58  
59  
60  
61  
62  
63  
64  
65  
66  
67  
68  
69  
70  
71  
72  
73  
74  
75  
76  
77  
78  
79  
80  
81  
82  
83  
84  
85  
86  
87  
88  
89  
90  
91  
92  
93  
94  
95  
96  
97  
98  
99  
100

### **III. TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PUNITIVA**



## A. Punibilidad y penabilidad

352. (*La responsabilidad como respuesta del estado al delito: lo punible y lo penable*) A una conducta típica, antijurídica y culpable (injusto culpable o delito), el poder punitivo *debe* (o *debería*) *reaccionar* procurando *responderle* con una pena y, por ende, todo delito es *punible* en el sentido de que *merece -o es digno de- una respuesta punitiva*. No obstante, en el derecho penal como en la vida cotidiana, no siempre es posible proporcionar la respuesta merecida, o sea que no siempre el delito es *penable* en el sentido de que *se le puede responder* con una pena. En síntesis: no todo lo que es *punible* porque merece una pena (es digno de pena) (*strafwürdig*) es *penable* en el sentido de que pueda respondersele con la pena (*strafbar*).

Punibilidad  
es la característi-  
ca de  
*algo* (un de-  
lito) que...

merece (es digno de) pena

y que también

puede pensarse (penable:  
penabilidad)

El merecimiento de pena es propio de la condición de conducta típica, antijurídica y culpable (de-

lito). *Todo delito merece (es digno de) pena por el hecho de ser delito.*

Pero no todo delito puede penarse: *no todo delito es penable.*

### **B. Causas de exclusión y de cancelación de la penabilidad**

353. (*Naturaleza penal y procesal*) Las causas que hacen inviable la respuesta punitiva pueden ser penales o procesales, y también anteriores o concomitantes al hecho (*causas de exclusión de la penalidad*) o posteriores a éste (*causas de cancelación de la penalidad*). El elenco completo es considerable, teniendo en cuenta que emergen también de las leyes penales especiales (derecho penal tributario, por ej.). Nos limitamos a las del CP.

La penabilidad se elimina por causas de...

exclusión de la penalidad, que son anteriores o concomitantes al hecho

y de

cancelación de la penalidad cuando advienen con posterioridad al hecho

354. (*Muerte del agente*) (a) Es obvio que la pena y la acción penal se cancelan con la muerte del agente. El principio de intrascendencia de la pena **(41)** impide que

ésta pase a los herederos, por lo cual la pena de multa impaga se extingue con la muerte del penado.

355. (*Prescripción de la pena*) (b) La pena se cancela por prescripción, o sea, que el paso del tiempo motiva la extinción de la pena impuesta por sentencia firme. La poca racionalidad del poder punitivo se disipa con el correr del tiempo en proporción a la gravedad del hecho y de la consiguiente pena impuesta. Hacen excepción las penas por crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles en razón de la magnitud del injusto y de la masividad de bienes jurídicos lesionados. Las penas de privación de libertad perpetuas se prescriben a los veinte años, las temporales en un tiempo igual al de la pena y la de multa a los dos años (art. 65 CP). El plazo de prescripción se cuenta desde la medianoche del día en que la sentencia se notifica al condenado o a su abogado (si no hubiese sido posible la notificación, desde la fecha de la sentencia) o desde la medianoche del día en que su cumplimiento se hubiese quebrantado en caso que hubiese empezado a cumplirse. En este último caso el plazo es igual al del tiempo de pena que le quedase por cumplir. Para las medidas de seguridad (art. 34 inc.1º CP) no está prevista en la ley pero debe entenderse que el término es igual al mínimo de la escala penal del injusto cometido.

356. (*Interrupción de la prescripción de la pena*) La prescripción se interrumpe (no cuenta el tiempo transcurrido) con un cumplimiento parcial. Se suspende (no corre el término) en caso de condenación condicional (art. 27 CP) **(381)**. Como la prescripción es una causa personal

de cancelación de la penalidad, corre separadamente para cada uno de los intervinientes en el delito.

357. (*Indulto*) (c) La pena se cancela por indulto (art. 68 CP), que es un acto político exclusivo del poder ejecutivo al igual que la conmutación (disminución de la pena) (art. 99 inc. 5° CN). No son indultables ni conmutables las penas por crímenes contra la humanidad (ER), por el delito del art. 29 CN y por los del art. 36 CN. Dado que la prisión preventiva funciona en la práctica como una pena y la CN no distingue entre penas impuestas o conminadas, bastando con que haya un proceso, es admisible el indulto a procesados. En tal caso el indulto cancela cualquier habilitación de poder punitivo, pero el procesado conserva su derecho a la verdad y podrá exigir que el proceso continúe a ese único efecto.

358. (*Perdón del ofendido*) (d) La pena impuesta se cancela en los delitos de acción privada (**359**) con el perdón del ofendido (arts. 69 y 73 CP). El perdón se extiende a todos los partícipes.

359. (*Obstáculos a la perseguibilidad del delito*) (e) Los obstáculos a la perseguibilidad del delito son derivados de los casos en que las acciones dependen de la instancia del sujeto pasivo, que debe formular denuncia con la expresa o clara intención de que se ejerza la acción penal por el Ministerio Público (arts. 72, 119, 120 y 130 CP), así como también de los casos de delitos que sólo son perseguibles por querrela del sujeto pasivo, o sea, de acción privada (art. 73 CP).

360. (*Pago de la multa*) (f) El pago del mínimo de la multa del delito conminado con esa pena antes de iniciado el juicio (debe entenderse la etapa plenaria) o el máximo una vez iniciado éste, cancelan la penabilidad del delito (art. 64 CP).

361. (*Prescripción de la acción penal*) (g) La penabilidad se cancela también por efecto de la prescripción de la acción penal. Los plazos de prescripción de la acción guardan relación con la pena conminada, pero no superan los doce años (art. 62 CP). Las disposiciones sobre prescripción de la acción penal son claramente procesales, pero se hallan en el código penal como criterio marco, dejando a los códigos procesales la fijación del plazo razonable del proceso, que también extingue la acción penal (art. 7.5 CADH; art. 207 CPPN). Los códigos procesales no pueden fijar términos que excedan los máximos señalados para la prescripción en el CP.

362. (*Imprescriptibilidad*) No se prescriben las acciones por crímenes contra la humanidad (ER; CCT; CICGLH). El fundamento de la prescripción de la acción penal es el mismo de la pena **(355)** y, por ende, el de su excepción es análogo.

363. (*Curso de la prescripción de la acción penal*) La prescripción corre desde la medianoche del día en que se cometió el delito, pero si fuese continuo desde la del día en que se realizó el último acto. En caso de concurso ideal (art. 54 CP) **(265)** la prescripción de la acción se rige por el injusto con pena mayor; en el concurso real

(art. 55 CP) **(264)** las acciones se prescriben paralelamente para cada uno de los delitos.

364. (*Suspensión*) La prescripción se suspende (no corre el término) (art. 67 1ª parte CP) por cuestiones previas o prejudiciales; en delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los que participaron en el hecho continúe en la función pública (esta disposición es de dudosa constitucionalidad; debe entenderse, al menos que la función que se desempeñe posibilite el encubrimiento o la impunidad del delito); en los delitos contra el orden constitucional (arts. 226 y 227 CP) hasta que se restablezca el orden constitucional.

365. (*Interrupción*) La interrupción de la prescripción (el plazo se empieza a contar nuevamente por entero) se produce por la comisión de un nuevo delito (establecido por sentencia condenatoria firme, no bastando un procesamiento ni una condena no firme). La interrupción de la prescripción por actos procesales es una característica autoritaria, introducida en el CP a partir de 1949. En la ley vigente hay cuatro actos procesales que interrumpen la prescripción de la acción penal (art. 67, 2ª parte CP). Es de dudosa constitucionalidad que el llamado a prestar declaración indagatoria (que es un acto de defensa) pueda operar como interrupción. Separando por plazos de hasta doce años cada acto procesal interruptivo se podría llegar a un proceso penal de cincuenta y nueve años, o sea, imprescriptible. Lo evita la previsión constitucional del plazo razonable (CADH, arts. 7.5, 8.1).

366. (*Excusas absolutorias*) (h) Existen causas de exclusión de la penalidad previstas en la parte especial del CP, tales como en el caso de delitos contra la propiedad cometidos por parientes o algunos convivientes (art. 185 CP). En la parte general del CP también cancela la penalidad el incumplimiento de la promesa anterior al delito (art. 46 CP) **(208)**. Estas causas suelen llamarse *excusas absolutorias*.

### ***C. Niños: caso particular de formal exclusión de la penalidad***

367. (*Exclusión meramente formal o perversa*) Formalmente los niños hasta los dieciséis años están beneficiados por una causa personal de exclusión de la penalidad. No obstante, en la realidad se los excluye de la ley penal manifiesta **(4)** para entregarlos a un poder punitivo arbitrario habilitado en una ley penal (la llamada ley 22.278) que permite su institucionalización hasta la mayoría de edad con la mera imputación de una conducta típica. Se trata de un derecho penal de autor para cualquier niño meramente imputado con *problemas de conducta*. En la práctica permite una arbitraria criminalización de la pobreza infantil.

### ***D. Las penas en las leyes penales manifiestas***

368. (*Penas en el CP*) Las penas de nuestro CP (art. 5) son prisión, inhabilitación y multa. Las disposiciones

sobre reclusión han perdido vigencia puesto que la ley de ejecución (24.660) no la trata y al tipificarse los crímenes contra la humanidad (ley 26.200, art. 7) se estableció la prisión como pena única. La distinción histórica consistía en que era una pena infamante prohibida por la CN (art. XXVI DADH) y que habilitaba trabajos públicos.

369. (*Pena de muerte*) La *pena de muerte* ha desaparecido para siempre de la legislación nacional con la derogación del CJM (ley 26.394 de 2008). Conforme a la regla de la abolición progresiva de la CADH, una vez abolida no puede restablecerse (art. 4.3 CADH).

370. (*Pena perpetua en sentido estricto*) Cabe señalar que *la pena propiamente perpetua*, es decir, sin posibilidad alguna de extinción durante toda la vida del penado, equivale a la pena de muerte, *al igual que cualquier pena que se aproxime al agotamiento de la expectativa de vida de la persona*. Además, presupone una negación de la personalidad dado que (a) presume que se trata de una persona *inferior* porque no podrá cambiar jamás en su vida; (b) le impone una confiscación prohibida de bienes (art. 17 CN), pues le confisca el derecho a trabajar (art. 14 CN) durante toda su vida; (c) la deteriora de modo irreversible, o sea que la convierte en una pena corporal.

371. (*Prohibición de penas crueles*) Fuera de las penas expresamente prohibidas en la CN histórica (arts. 17 y 18 CN), el marco general de la definición de penas prohibidas lo proporciona la proscripción de las *penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes* (art. 5 DU; art. 7 PIDCP; art. 5.2 CADH). El antónimo de estas penas prohibidas

no son las *penas dulces*, sino las penas desproporcionadas (o demasiado irracionales) que no guardan cierta relación con la magnitud del contenido injusto del hecho y con su correspondiente culpabilidad (**386, 399**). El principio de proporcionalidad de la pena (adecuación al contenido injusto y a la culpabilidad) se deriva de la prohibición de las penas crueles.

372. (*Las medidas*) Las *medidas* del inc. 1º del art. 34 CP plantean un problema constitucional, pues en verdad se trata de penas indeterminadas que se imponen a personas que pueden haber causado un resultado sin realizar siquiera conducta, como en el caso de la inconsciencia e involuntabilidad (**77**), porque el art. 34, 1º CP abarca toda la incapacidad psíquica de delito y no sólo la de culpabilidad (**327**). Lo correcto sería derivarlas a la legislación civil o psiquiátrica y eliminar toda intervención del poder punitivo. Se aplican muy selectivamente y la ley no les pone límite máximo. Cabe entender que son penas sin delito, pero como de hecho se usan, al menos es menester señalarles un límite máximo que impida que supere el mínimo de la escala para una persona capaz que hubiese cometido el delito que corresponda al hecho del incapaz. Pasado ese tiempo y requiriéndolo el estado de la persona, debería intervenir la justicia civil adoptando las medidas adecuadas para cualquier incapaz auto o héteroagresivo.

373. (*La pena de prisión*) La pena de prisión es la más grave que se puede imponer a una persona debido al inevitable efecto deteriorante de toda institucionalización total o de secuestro. Las condiciones carcelarias en

América Latina aumentan en diez o quince veces los riesgos para la vida y la salud, con lo cual se convierte en una pena corporal. Además, en el 70% de los casos (promedio de la región) no se cumple como pena sino como *prisión preventiva*, que se imputa luego a la pena que se le impone en caso de condena (art. 24 CP).

374. (*La relegación*) Existe en el CP una pena que fue establecida en 1903 mediante traducción textual de la ley de relegación francesa en la Guayana, para enviar a los condenados a reclusión al penal de confinamiento de Ushuaia hasta su muerte o hasta que el Poder Ejecutivo lo indulte o conmute su pena (a perpetuidad). Ese penal fue desactivado en 1947, pero la pena de relegación quedó en el CP (art. 52, modificado en 1945 y 1984, reservada en su última redacción a reincidentes múltiples). Fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema recién en 2006 (caso Gramajo).

375. (*Imposibilidad de una interpretación racional de las disposiciones vigentes sobre límites de la pena de prisión*) El CP en su versión original y con las reformas de 1984 tenía un sistema de pena privativa de libertad bastante coherente. Este sistema se ha destruido como resultado de reformas coyunturales. No es posible ninguna interpretación racional del CP vigente en cuanto a los límites de esta pena, por lo cual es *absolutamente inconstitucional en su actual redacción*, producto de campañas de ley y orden y de *víctimas héroes*. Los restos del CP hoy vigente establecen que el condenado a esa pena a perpetuidad puede pedir la libertad condicional después de 35 años de encierro (art. 13 CP) (antes 20 años), pero no se

alteraron las escalas para la tentativa y la complicidad secundaria (10 a 15 años, arts. 43 y 46); tampoco le corresponde la libertad condicional si es reincidente (art. 14 CP), de modo que en definitiva no recuperaría nunca la libertad (igual antes, pero como el art. 52 estaba destinado a multirreincidentes, procedía en las condiciones del art. 53, pues de otro modo habría que entender que el reincidente por primera vez debería cometer una serie de delitos en el penal para que un día se le habilite la libertad condicional). A ello se suma que ni siquiera es claro cuál es el tiempo máximo de la pena privativa de la libertad temporal (antes 25 años, ahora 50 años por el máximo del concurso real, art. 55 CP; no falta quien aprovechando la violación de cuidado legislativa en la reforma al art. 227 ter CP considera que es de 37 años y seis meses).

376. (*Normas internacionales*) Este caos se acrecienta con las leyes 25.390 del 2000 y 26.200 de 2006; la primera ratificó el tratado que establece el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y con ello incorporó al derecho nacional la norma que establece que *para los crímenes contra la humanidad la pena máxima es de treinta años de privación de la libertad* (art. 77 ER). Conforme al ER sólo puede establecerse pena perpetua cuando lo justifique la *extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (obsérvese que se refiere a *extrema gravedad de crímenes muy graves por la ordinaria pluralidad de víctimas* y además requiere *circunstancias personales*, que obviamente se están refiriendo a la posibilidad de que el criminal conserve poder).

377. (*Inadmisibilidad de penas diferentes para los mismos delitos*) Para introducir aún más confusión, la ley 26.200 (arts. 8, 9 y 10) establece que en los casos en que esos delitos deban juzgarse por tribunales federales nacionales en razón del principio universal **(49)** (art. 118 CN; ER) la pena será de hasta 25 años de prisión y si hubiera una muerte será perpetua, o sea que eleva la pena ordinaria de los delitos contra la humanidad volviendo perpetua lo que en el ER tiene un máximo de 30 años. Esta agravación establece una desigualdad de trato inexplicable (viola los arts. 1º y 16 CN). Si se reconoce una competencia internacional para crímenes que usualmente son masacres en la que sólo por excepción puede imponerse pena perpetua y normalmente pena de treinta años, no puede admitirse que cuando esos delitos deban ser juzgados por los tribunales nacionales en virtud del mismo tratado las penas sean más graves y, menos aún, que para delitos del orden común se puedan usar las mismas penas que para los más excepcionales crímenes masivos contra la humanidad.

378. (*Posible reconstrucción de un sistema racional*) Una forma de reconstruir racionalmente el sistema de la pena privativa de libertad (prisión) en la actualidad es remitiendo al Estatuto de Roma (que es ley suprema en función del art. 31 CN) y concluyendo que la pena máxima hoy vigente es de treinta años de prisión, que es el máximo usual reconocido por la ley nacional a la competencia internacional para el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. (La jurisdicción nacional sólo queda habilitada para imponer una

prisión perpetua en el supuesto excepcional en que la habilita el ER). Deberá entenderse que la pena perpetua del CP tiene ese máximo y que la libertad condicional es procedente con los dos tercios de la regla temporal (20 años), siendo inconstitucional el término de 35 años que lo excede y que no guarda relación con el previsto para la tentativa y la complicidad, así como también el de 50 años para el concurso real (art. 55 CP) **(394, 395)**, que debe entenderse también fijado en 30 años. Si se mantiene el criterio aún jurisprudencialmente dominante de constitucionalidad de la reincidencia y del art. 14 CP **(408)**, se deberá admitir que la pena perpetua no admite libertad condicional en ese caso, pero se extingue a los 30 años. Igual solución correspondería darle a las disposiciones que impiden la libertad condicional a los condenados por ciertos delitos, en caso de considerar que esa reforma es constitucional (art. 14 CP según la ley 25.892 de 2004).

379. (*Ley de ejecución penal*) La ley 24.660 regula el régimen de salidas transitorias y otros beneficios, cuyo análisis corresponde al derecho de ejecución penal **(30)**.

380. (*Libertad condicional*) El CP regula tradicionalmente la libertad condicional, cuando el penado haya cumplido dos tercios de la condena o períodos menores en caso de penas más cortas (art. 13 CP). Es dudoso cuándo la pueden pedir los condenados a perpetuidad en función de la derogación tácita del término insólito de 35 años, pero cabe entender que teniendo ésta un máximo de 30 años se la habilitaría a los 20 años (dos tercios). La exclusión de los reincidentes de la libertad condicional

es inconstitucional en razón de la inconstitucionalidad de la propia reincidencia **(408)**, pero incluso admitiendo la constitucionalidad de esta doble punición, no podrá negarse el valor residual de la libertad condicional para multirreincidentes del art. 53 CP **(377)**.

381. (*Condenación condicional y probation*) La ley vigente contempla dos instituciones de origen diferente para evitar las penas cortas de prisión, reemplazándolas por un régimen de prueba que incluye como condición esencial la no comisión de un nuevo delito: la condena condicional (francesa) (arts. 26 a 28 CP) y la suspensión del juicio a prueba (arts. 76 bis, ter y quater CP) (la *probation* anglosajona). En la primera se pronuncia una condena, que sometida a prueba desaparece. En la segunda se suspende el pronunciamiento de la condena y cumplida la prueba se extingue la acción. En ambas las penas que se imponen o que se suspenden no pueden ser mayores de tres años. Se trata de instituciones limitadas a la pena de prisión y no rigen para las de multa e inhabilitación, cuyo cumplimiento no obstaculiza tampoco su operatividad.

382. (*Pena de multa*) La multa impone al penado el pago al estado de la cantidad de dinero que establece la sentencia. Además del criterio general en la cuantificación penal (art. 41 CP) el tribunal debe tomar en cuenta la condición económica de la persona. Puede imponerse como pena única, conjunta con la prisión o la inhabilitación, alternativa con la prisión y también en todo delito cometido con ánimo de lucro (art. 22 bis CP), caso en que es facultativa del tribunal. Si el penado no paga la multa pese

a las facilidades que pueden ofrecérsele, se la ejecuta en sus bienes, y si esto no es posible, se la convierte en prisión no mayor de un año y medio (art. 21 CP). Si la imposibilidad de pago es absoluta, la prisión no es viable: no es exigible lo imposible (art. 7,7 CADH).

383. (*Pena de inhabilitación*) La *inhabilitación* hace perder o suspender uno o más derechos del penado, en forma diferente a los que afectan las penas de prisión y de multa. Puede ser *absoluta* o *especial*.

(a) La *inhabilitación absoluta* priva de los derechos enumerados en el art. 19 CP. Es inconstitucional por confiscatoria (art. 17 CN) la privación de cualquier beneficio previsional (art. 19, 4º, CP) y constituye una muerte civil. Se aplica como pena accesoria en toda condena a prisión mayor de tres años (art. 12 CP) y se extingue con la condena, aunque el tribunal puede disponer que se extienda hasta tres años más. La *inhabilitación absoluta* también puede imponerse como pena principal.

(b) La *inhabilitación especial* siempre se impone como pena principal (no accesoria) aunque se la prevea en forma conjunta. Requiere una determinación judicial precisa en la sentencia acerca de la actividad de que se trate (art. 20 CP). El art. 20 bis CP prevé la imposición conjunta para casos no previstos en la parte especial.

384. (*Rehabilitación*) La *inhabilitación* puede ser temporal o perpetua. En ambos casos puede rehabilitarse después de cumplida la mitad de la pena o diez años si fuese perpetua (art. 20 ter CP).

385. (*Decomiso*) El decomiso (art. 23 CP) opera como pena accesoria. Siempre debe recaer sobre cosas en particular, para que no resulte confiscatorio. En los delitos culposos no hay *instrumentos*. Los *efectos provenientes del delito* son cualquier cosa o mercancía obtenida mediante el injusto, siempre que no pertenezcan a terceros. Las leyes especiales contemplan otras penas accesorias. La reparación civil, aunque puede establecerla el juez penal en la sentencia, no tiene carácter de pena; en todos los casos mantiene su naturaleza civil.

## ***E. El derecho de cuantificación penal***

### *E.1. Principios generales y límites constitucionales*

386. (*Principios y reglas generales*) El *derecho de cuantificación penal* (el *sentencing* anglosajón) es la doctrina que se ocupa de la individualización de la pena (prisión efectiva, condicional o en suspenso, multa, inhabilitación) y de la medida de éstas en los casos concretos. Descartado en la legislación comparada el sistema de *penas fijas*, en la legislación nacional las normas que la rigen se jerarquizan conforme al art. 31 CN (primero la CN y los tratados del inc. 22 del art. 75 y en segundo término las leyes infraconstitucionales, CP y leyes especiales). En general, el CP establece escalas con mínimos y máximos de pena para cada delito. El mínimo es un resabio de las penas fijas. También establece reglas que contemplan supuestos que modifican las escalas por mayor o menor contenido injusto o culpabilidad. Los lí-

mites que resultan de las escalas o de las reglas son obligatorios para los tribunales en tanto no deban alterarse *in bonam partem* por imperio de las normas de la CN y los tratados a ella incorporados.

387. (*Penas naturales, ejecución de penas ilícitas y penas en pueblos originarios*) (a) Son hipótesis en que por imperio de estas normas de máxima jerarquía los tribunales deben adecuar la pena a los límites racionales, casos tales como las llamadas penas naturales (40; 42) (por mandato de la prohibición de penas crueles), el de previa ejecución de penas ilícitas (por igual prohibición), el de ejecución o inevitabilidad de penas comunitarias (por mandato de respeto a los pueblos originarios –arts. 75, 17 CN– y al de prohibición de doble punición).

388. (*El problema de la menor culpabilidad*) (b) Igual problema plantean algunos supuestos de menor culpabilidad, como la emoción violenta, que legalmente aparece limitada al homicidio y a las lesiones, pero que plantea contradicciones que los jueces no pueden ignorar, pues desequilibra todo el juego de desvalores penales: si no se admiten supuestos de menor culpabilidad en otros delitos, resulta más valiosa la propiedad o la libertad que la propia vida. Si bien existe un cierto grado de arbitrio político en la regulación de la responsabilidad penal frente a los injustos que los jueces deben respetar, no puede tolerarse el extremo de desequilibrio que menosprecia bienes y derechos cuyo valor supremo imponen la CN y la conciencia jurídica universal.

389. (*Imperio constitucional sobre la legislación infraconstitucional*) Nunca los jueces deben excepcionar

los mínimos de las escalas penales sin fundamento constitucional, por lo que no incurrirán en *derecho libre* ni estarán legislando ni haciendo arbitraria integración analógica *in bonam partem* ni negando la soberanía popular (ejerciendo poder *contrademocrático*), porque para cumplir acabadamente su función no les está permitido usurpar la función del legislador, pero *les está mandado controlar que el legislador –por acción o por omisión– no usurpe la función del constituyente violando el mandato de racionalidad del ejercicio del poder inherente al principio republicano de gobierno*. Este es el principio general de un estado constitucional de derecho, que de lo contrario se reduciría a un estado legal de derecho y la CN quedaría degradada a una manifestación de buena voluntad librada al arbitrio de las mayorías parlamentarias coyunturales. Nuestro modelo de estado constitucional de derecho reconoce la inspiración norteamericana de la CN 1853-1860, y se le opone el modelo de estado legal de derecho de corte bonapartista.

### *E.2. Escalas reducidas (menor injusto o culpabilidad)*

390. (Art. 35 CP y escalas para la tentativa y la complicidad) Las escalas reducidas en razón de un injusto menor en función de reglas generales son principalmente: (a) El exceso extensivo del art. 35 CP (**308, 309**) que prevé la pena de la figura culposa o negligente y que opera como causa de exclusión de la penalidad cuando no existiera la figura correspondiente. (b) La escala reducida de la tentativa (**213**) (art. 43), según la cual se establece

para la prisión temporal la pena que le hubiese correspondido al agente si hubiese consumado el delito y luego se la disminuye entre un tercio y la mitad. No obstante, el resultado de esa operación no debería exceder en cualquier pena temporal de la mitad del máximo, para evitar que en algún caso supere la prevista para la pena perpetua. Nunca la pena del homicidio simple en grado de tentativa puede superar los 12 años y 6 meses (la mitad de 25 años), para evitar que alcance los 15 años de la pena de la tentativa de homicidio. (c) La escala reducida de la complicidad (art. 46 CP) **(207)**, que opera igual que la tentativa, sólo que la pena de la que se deduce de un tercio a la mitad es la que le hubiese correspondido como autor del hecho.

391. (*Combinación de escalas reducidas*) En caso de complicidad secundaria en la tentativa las reducciones se combinan (art. 47): entre dos tercios y un cuarto de la pena que le hubiese correspondido al autor para el delito consumado. En caso de prisión perpetua debe entenderse que se reduce de un tercio a la mitad la prisión de diez a quince años.

### *E.3. Principio de unidad de la punición*

392. (*Una única persona*) En cualquier caso, el penado es *una* persona, y si bien puede haber incurrido en una pluralidad de delitos (concurso real), haber incurrido en una conducta con pluralidad de tipicidades (concurso ideal) o haberle recaído una pluralidad de penas, lo

cierto es que siempre rige el principio de *unidad de respuesta punitiva*: en cualquier caso debe llegarse a una única respuesta penal.

393. (*Pena del concurso ideal*) En el caso del concurso ideal (art. 54 CP) rige la regla de la *absorción*: se impone sólo la *pena mayor*, que es la que compromete más bienes jurídicos del penado (la prisión es la mayor siempre). En caso de diferentes penas de prisión, se toma en cuenta la de promedio más alto. En caso de penas alternativas, todas deben reducirse a la de naturaleza más grave.

Principios para las penas de los concursos:

1) para el ideal (conurrencia de tipos en un único delito): la pena más grave entre los tipos concurrentes absorbe a las restantes (regla de *absorción*);

2) para el real (conurrencia de delitos en una única sentencia): se establece una escala con el mínimo mayor y el máximo con la suma de todos los máximos (regla de la *aspersión*).

394. (*La lesión a la legalidad de la pena*) Para la pena del concurso real (art. 55) rige el principio de la *aspersión*: el mínimo es el mínimo mayor y el máximo la suma de todos los máximos, sin exceder de 30 años, puesto que los 50 años de la ley vigente no pueden tomarse en cuenta por su clara inconstitucionalidad (378). En cualquier caso esta previsión siempre fue inconstitucional porque lesiona el principio de legalidad de las penas: una discre-

ción que va de un mes a 25 o 30 años no es una escala penal sino un ámbito de arbitrariedad ilimitado.

La pena del hurto es de un mes a dos años. En el caso de las "mecheras" de tienda, es común el concurso real, pues cometen hurtos en serie de prendas de vestir en comercios en especial populares. La escala penal resultante tendría un mínimo de un mes y un máximo resultante de multiplicar dos años por el número de hechos, con lo que 25 hurtos de prendas de ropa interior de mujer tendrían una escala de un mes como mínimo y cincuenta años como máximo, según la ley vigente. Según el texto anterior trece hurtos tenían una escala de un mes de mínimo y veinticinco años de máximo. En cualquier caso no se trata de escalas, sino de ámbitos de arbitrariedad penal, o sea, de habilitaciones legales para que el juez imponga la pena que quiera, sin límite máximo claro.

395. (*La inconstitucionalidad que no puede declararse*) No obstante es una inconstitucionalidad que no puede declararse, porque de hacérselo se ejecutarían sucesivamente todas las penas lo que sería más irracional aún, porque excedería la vida de la persona. Semejante curiosidad obliga a una integración analógica *in bonam partem* para compatibilizar el art. 55 con la CN. La historia del precepto indica que tuvo por fuente los códigos italiano de 1888 y holandés de 1881. En la elaboración se dejó de lado un límite que establecía el código holandés: el máximo no podía exceder el de la especie de pena pero *tampoco de un tercio más del máximo mayor*. Esto otorga

racionalidad a la escala: si concurre al menos un delito grave, puede llegarse al máximo, pero si sólo son delitos leves, este máximo no puede alcanzarse nunca. Otra variable sería declarar la inconstitucionalidad y considerar que mientras se cumple la más grave se van prescribiendo las restantes **(355)**, lo que parece mucho más forzado. La jurisprudencia no se ha pronunciado hasta el momento.

El problema que plantea la inconstitucionalidad del vigente 55 CP es que en caso de declararse desaparecería el sistema de la aspersion y todo sería suma de penas, que es precisamente lo que la regla de aspersion trata de evitar (se impondrían 25 penas por hurto y se sumarían todas sin límite alguno) (bastaría que en varios casos la "mechera" hubiese rasgado la caja de cartón en que se hallaba la prenda para afirmar que hubo robo con fuerza, cuyo máximo de pena es de 6 años (164 CP) para exceder incluso los 50 años).

Las dos soluciones posibles son:

(1) No declarar la inconstitucionalidad e integrar *in bonam partem* la ley vigente con el límite máximo holandés, perdido en el proceso de elaboración (no puede superar en un tercio el máximo de la escala aplicable al delito más grave entre los que concurren).

(2) o bien, declarar la inconstitucionalidad, en el entendimiento de que las otras penas se prescriben mientras se ejecuta la mayor.

396. (*Unificación de condenas*) Puede ser que todos los delitos que concurren realmente se juzguen en un mismo proceso y se condenen en una única sentencia. Pero puede ser que esto no sea posible por razones de competencia o de tiempo y los delitos deban juzgarse en diferentes procesos. En tal caso, el tribunal que condena en último término tendrá como no pronunciadas las penas de los otros procesos (cede la cosa juzgada en cuanto a la pena) e impone una pena conforme a la regla del concurso real. Si ninguno de los tribunales lo hizo, a pedido de parte lo hace el que impuso la pena más grave. Se trata de supuestos de *unificación de condenas*, pues se procede a una única condenación, tal como debió haberse hecho de no mediar obstáculos procesales (art. 58 CP).

Todos los delitos que concurren realmente deberían juzgarse en una sentencia única (única condena). A robó una tienda en 2005 (174 CP), amenazó de muerte a su novia en 2006 (149 bis CP) y hurtó una billetera en 2007 (162 CP): en ese mismo año es condenado por los tres delitos por un tribunal que, conforme a una única condena, impone una única pena de cuatro años de prisión.

Pero si A robó una tienda en Rosario, amenazó a su novia en la provincia de Buenos Aires y hurtó una billetera en la ciudad de Buenos Aires, no puede haber un único tribunal que condene por los tres delitos, porque las competencias territoriales son diferentes. A es condenado primero por robo a tres años de prisión por el juez de Rosario, luego a un año de prisión por el de la provincia de Buenos Aires y finalmente es condenado por hurto por el juez de la ciudad de Buenos Aires. Como el juez de la

ciudad de Buenos Aires es el último que condena, debe unificar todas las condenas, tomando por ciertos todos los hechos por los que fuera condenado antes, aunque eliminando las penas impuestas, porque debe reemplazarlas a todas por una pena única: se trata de una unificación de condenas de la que resulta una única pena. En consecuencia, el juez de Buenos Aires condena por los tres hechos a una pena única de cuatro años de prisión.

Si el juez de Buenos Aires lo hubiese condenado a seis meses de prisión por el hurto sin unificar las condenas (porque se olvidó, porque no tenía las certificaciones, porque alguna no estaba firme, etc.), corresponde que lo haga el juez de Rosario, porque fue quien aplicó la pena más grave.

397. (*Unificación de penas*) Pero bien puede suceder que alguien cometa otro delito después de haber sido condenado y mientras se halle cumpliendo pena. En tal caso se procede de la misma manera (art. 58 CP), pero los efectos son diferentes, pues *no se unifica la condena, sino que se procede a una mera unificación de penas*. El juez que condena por el nuevo delito unifica lo que queda de la pena anterior con la pena que impone por el nuevo delito. Aquí la pena anterior no desaparece como en el concurso real, sino que la pena única no puede ser inferior a lo que le reste cumplir por el primer delito, pues la comisión de un nuevo delito no puede operar como instancia de revisión.

A cometió un homicidio simple (79 CP) en 1999 y fue condenado a 20 años de prisión en 2000, pena

que vencerá en el 2019. En 2005 lesiona gravemente a su compañero de celda (90 CP). El tribunal lo juzga por lesiones graves y le impone una pena por este delito de tres años de prisión, pero también debe unificar las penas (no las condenas, dado que son dos condenas diferentes) y para ello debe proceder a unificar la pena de tres años que impone con lo que le quede aún por cumplir de la de 20 años por homicidio (se supone que le quedan 14 años, de modo que debe unificar los 14 años con la de tres años, lo que debe hacer conforme a la misma regla: puede imponer una pena única de 15 años por ejemplo).

Si bien el CP impone la misma regla para la unificación de condenas y de penas, no puede tomarse al pie de la letra la disposición de que el juez lo único que no puede alterar son las declaraciones de hecho, porque en este caso tampoco la pena única podría ser inferior a 14 años: A podría ver reducida su pena de 20 años por una conmutación o por una ley posterior más benigna o por una revisión de su condena pero en ningún caso la comisión de un delito de lesiones puede tener el efecto de disminuirle la pena del anterior delito de homicidio. Así, el juez de las lesiones lo puede condenar a una pena única de entre 14 y 17 años, pero en ningún caso inferior a los 14 años que le restan de la primera pena.

#### *E.4. La culpabilidad como única medida de la pena*

398. (*La culpabilidad como base constructiva de la respuesta punitiva*) Cuando razones de estado entran en consideración a la hora de cuantificar la pena, el poder punitivo se desboca, el estado de derecho queda impo-

tente ante el de policía, el derecho frente al poder político y éste preso de la publicidad vindicativa. Para contener esta pulsión debe reafirmarse que la cuantificación penal no puede responder a otros criterios que los que emergen de la teoría del delito, esto es, de la magnitud del injusto precisada dentro del máximo indicado por la reprochabilidad por el acto sintetizado con la magnitud del esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. En resumen: *la pena no puede exceder la medida del reproche personalizado del acto.*

399. (*El injusto y la culpabilidad*) Afirmar que en la medida de la pena juega el ámbito de autodeterminación concreta del agente en el momento del hecho, del que debe descontarse el estado de vulnerabilidad que no le es imputable, no significa que se desconozca la magnitud del contenido ilícito del injusto concreto. Por el contrario: la culpabilidad personalizada siempre corresponde a un injusto concreto y conforme a su gravedad se hace más o menos exigible el comportamiento conforme a derecho. No existe una *exigencia de fidelidad al derecho* absoluta e inmutable, sino que el grado de exigencia siempre corresponde a la magnitud del contenido ilícito: en razón de eso, precisamente, se establecen escalas penales diferentes que, de no mediar razones constitucionales, deben respetarse por los tribunales. Es obvio que lo que exculpa un estacionamiento en lugar prohibido no alcanza para exculpar un homicidio.

400. (*El art. 41 CP como base legal de la cuantificación*) El art. 41 CP es producto de una combinación de fórmulas históricas nacionales. Opta por una *fórmula sintética*

que se separa de la tradicional tabulación de atenuantes y agravantes del código español de la época (propio del sistema de penas fijas) y aunque en apariencia menciona criterios confusos, un atento análisis permite separar nítidamente *los dos criterios básicos de cuantificación: el injusto y la culpabilidad correspondiente*. El art. 41 CP contiene una disposición procesal que es el mínimo de inmediación con el procesado, imponiendo el conocimiento directo y *de visu* por el tribunal sentenciador.

401. (*Bastardización del art. 41*) Lamentablemente en los últimos años el art. 41 ha sido adicionado al ritmo marcado por la publicidad de los medios masivos con parches tabulados de agravantes y atenuantes descuidadamente redactados (arts. 41 bis y 41 quater, armas de fuego y participación de menores en que aumenta las escalas en un tercio del mínimo y del máximo; 41 ter que permite disminuirlas en un tercio por negociación con el delincuente; la ley 23.592 agrava en un tercio el mínimo y en la mitad el máximo de cualquier delito cometido por odio racial o religioso; la ley 24.192 de espectáculos deportivos agrava en un tercio la pena de algunos delitos). Cabe advertir que tomada a la letra la ley vigente –es decir, desatendiendo su inconstitucionalidad– el máximo en todos estos casos podría alcanzar 50 años (art. 55 CP).

El CP de la Revolución Francesa (1791) tenía un sistema de penas fijas. El CP del Imperio del Brasil (1831) estableció un sistema de agravantes y atenuantes tabuladas, con porcentajes que subían con las agravantes y disminuían con las atenuantes, por

lo cual sus comentarios iban acompañados de tablas matemáticas. El CP español de 1848/1850/1870 atenuó este sistema pero lo adoptó en buena medida. Nuestra tradición se separó de este modelo en el CP de 1921, adoptó la fórmula sintética de cuantificación de la pena del art. 41, que señala criterios, algunos de los cuales parecen indicar agravaciones, otros atenuaciones y otros son neutros (pueden indicar unas u otras). En general todos ellos pueden agruparse y en síntesis indican que debe tomarse en cuenta la magnitud de la lesión (contenido injusto del hecho) y de la culpabilidad. Es el criterio más moderno, que predomina en la legislación comparada contemporánea.

Lo que el Congreso Nacional hizo en los últimos años fue desbaratar el sistema sintético, imponiendo tabulaciones, con lo que hoy existe un sistema híbrido pero irracional, porque ni siquiera intenta la simetría de los viejos códigos con tabulaciones. Es realmente lamentable que se haya destruido de esta manera una de las columnas maestras del CP. Estas reformas son una novedad absoluta en nuestra legislación, pues ni siquiera las leyes dictatoriales (la llamada ley 21.338) se habían animado a alterar un cimiento tan elemental del CP.

402. (*Desarticulación de los mínimos*) La bastardización del sistema de penas flexibles y la constante elevación legislativa de los mínimos destruyó la arquitectura originaria del CP, que tiene muy pocos tipos privilegiados o atenuados (**116**), porque optó por establecer mínimos bajos, lo que los hacía innecesarios. La elevación de los mínimos sin establecer tipos privilegiados amplía enor-

mamente la posibilidad de penas arbitrarias (inconstitucionales) por exceder la elemental proporción con la magnitud del injusto y la correspondiente culpabilidad.

403. (*La culpabilidad como criterio del art. 41 CP*) Todo lo referido a motivaciones es, en definitiva, el fundamento de la culpabilidad. La miseria y la dificultad para ganarse el sustento es una referencia a la culpabilidad por la vulnerabilidad **(317)**. Las referencias a la personalidad del agente (edad, educación) implican la necesidad de tomarla en cuenta para estimar su ámbito de autodeterminación en el hecho. Los antecedentes y condiciones personales son clara referencia al *status* social, o sea, al estado de vulnerabilidad **(318)**.

404. (*La peligrosidad positivista es inconstitucional porque cosifica a la persona*) La referencia a la *peligrosidad* (art. 41 CP) importa una cuña de extraña madera de origen positivista (racista) que hoy debe ser reinterpretada para compatibilizarla con la CN y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la ha considerado un concepto violatorio de la CADH.

El pronóstico de conducta de la persona es una negación de su condición mediante una cosificación: *peligrosa* es una cosa, no una persona que dispone de conciencia moral. Además, nadie puede saber qué hará otro –y ni siquiera él mismo– en el futuro. Sólo puede emitir un juicio de probabilidad, pero éste se funda en grandes números (estadísticas), pero que en el caso concreto puede resultar completamente falso. En la práctica ni siquiera esto se hace, porque no hay investigaciones que permi-

tan aplicar pronósticos conforme a grandes números y la peligrosidad siempre fue manejada intuitiva y arbitrariamente como mayor punición para portadores de este-reotipos (11).

405. (*Posible interpretación constitucional*) La necesidad de rechazar el criterio positivista (racista) de la palabra impone tenerla por no escrita o asignarle otro sentido compatible con la CN. Dado que la inconstitucionalidad de la ley es un último recurso, es justo señalar que el infractor presenta cierto grado de peligro para la función reductora del derecho penal, pues dependiendo del esfuerzo que haya realizado por alcanzar la situación de vulnerabilidad en injustos muy graves, llega casi a neutralizar la contención jurídica, como en el caso de los genocidas y autores de masacres (54) o de delitos graves con alto grado de crueldad. Esta circunstancia configura una *peligrosidad respecto del poder jurídico de contención*, que el derecho penal no puede ignorar porque configura una limitación a su ejercicio en el caso concreto y también en general, porque refuerza las pulsiones del estado de policía.

### *E.5. La reincidencia y su inconstitucionalidad*

406. (*Reincidencia*) El CP (art. 41) señala también que se tomarán en cuenta *las reincidencias en que hubiera incurrido el agente* y éstas impiden también la libertad condicional (art. 14 CP). La reincidencia se da cuando un condenado que ha cumplido pena vuelve a ser condenado por otro delito con pena privativa de libertad (no juega

para las otras penas). No se toman en cuenta los delitos políticos, amnistiados (desincriminados en general) ni los cometidos por menores de dieciocho años. La reincidencia (art. 50 CP) es *genérica*, o sea que no requiere que sea en delitos de igual naturaleza, a diferencia de la *específica* que establecen otros códigos (no vale la pena —por su palmaria inconstitucionalidad rayana en el dislate— mencionar lo dispuesto en el último párrafo del inc. 2º del art. 189 bis CP).

A fue condenado por robo (174 CP) a la pena de cuatro años de prisión en 2000, que agotó por cumplimiento en 2004. En 2006 es condenado a dos meses de prisión por el hurto (162 CP) de una camiseta en un supermercado y se lo declara reincidente. En razón de la reincidencia se le aplicó una pena de dos meses, dado que el tribunal consideró que por reincidente no cabía imponerle el mínimo de un mes. El mes que se le puso de más por el delito de hurto de la camiseta no es nada propio de este hecho, sino en razón del primero, o sea que se le impone un mes más de pena por un hecho que ya fue juzgado y por el que cumplió la totalidad de la pena.

Además, por el segundo delito se le negará la libertad condicional (14 CP), lo que evidentemente es una agravación de la pena (si bien está referida a la ejecución, nadie puede decir seriamente que cumplir una pena preso no sea más grave que cumplirla en libertad).

407. (*Debe haberse cumplido la pena del delito anterior*) La reincidencia (art. 50 CP) es *real* (no basta con que el agente haya sido condenado con anterioridad al he-

cho, sino que debe haber cumplido pena). La pena debe haberse ejecutado legalmente (con lo cual se excluye la prisión preventiva computada a la pena, art. 24 CP), o sea con el régimen de ejecución legal (ley 24.660) y dentro de éste haber superado el período de tratamiento (art. 14 ley 24.660).

408. (*Inconstitucionalidad de la reincidencia*) La reincidencia como agravante decae en el derecho comparado, debido a su inconstitucionalidad. Desde el penalismo liberal del siglo XIX se ha observado que la agravación de pena por un delito anterior es una nueva pena por el mismo delito, que viola la prohibición de doble punición. A quien se priva de libertad condicional (art. 14 CP) porque cumplió una pena anterior, se le está agravando una pena por un delito ya juzgado y por una pena ya sufrida. Cuando se invoca la reincidencia para imponer una pena superior al mínimo, el *plus* punitivo superior al mínimo no tiene nada que ver con el segundo delito, sino que es una pena por el primero. Nadie pudo jamás levantar esta objeción.

409. (*¿Hay mayor culpabilidad?*) El delito del reincidente no es más culpable que el del primario. Por el contrario, por lo general puede ser una fuente de menor culpabilidad, porque las anteriores intervenciones del poder punitivo pueden haber provocado en el agente un deterioro y una estigmatización que hayan elevado su estado de vulnerabilidad o hayan reducido su ámbito de autodeterminación. Por ello, cabe entender que la reincidencia mencionada en el art. 41 CP bien puede indicar una menor culpabilidad del hecho. En cuanto a la

prohibición de libertad condicional (art. 14 CP) es inconstitucional por importar una pena más grave (408).

### ***F. El derecho de registro penal***

410. (*Prohibiciones de informar*) El art. 51 CP desarrolla detalladamente el derecho de registro penal, que es la garantía de eliminación de la estigmatización legal que reduce el ámbito de autodeterminación de la persona como consecuencia de la intervención del poder punitivo. Esta disposición permite que transcurridos diez años desde la extinción de una pena la persona tenga la garantía de que esa condenación no obstaculizará el desarrollo de su vida futura. A tal efecto se prohíbe a cualquier registro brindar información al respecto, salvo en los casos expresamente establecidos en la ley.



## ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	9
-------------------	---

### I. Teoría del derecho penal

#### A. Derecho penal y poder punitivo

1. ( <i>Preguntas básicas</i> ) .....	15
2. ( <i>Equivocidad</i> ) .....	15
3. ( <i>Poder punitivo</i> ) .....	16
4. ( <i>Leyes penales manifiestas y derecho penal</i> ) ....	17
5. ( <i>Sentido político de los conceptos penales</i> ) .....	19
6. ( <i>Falsa imagen dominante</i> ) .....	19
7. ( <i>Las teorías de cómo debieran ser las penas</i> ) ....	20
8. ( <i>El ser y el deber ser confundidos</i> ) .....	21
9. ( <i>Mirando desde el ser</i> ) .....	22
10. ( <i>Criminalización primaria, secundaria y estereotipos</i> ) .....	22
11. ( <i>Estereotipos dominantes</i> ) .....	23
12. ( <i>El comportamiento según estereotipo</i> ) .....	24
13. ( <i>El delito grosero</i> ) .....	25
14. ( <i>Selectividad social</i> ) .....	26
15. ( <i>La selectividad es dato estructural</i> ) .....	27
16. ( <i>Selectividad victimizante y policizante</i> ) .....	27

17. (Funcionalidad política de la conflictividad violenta) .....	27
18. (El poder punitivo es un hecho político) .....	28
19. (La CRI y la guerra) .....	28
20. (El poder punitivo no lo ejercen los jueces) .....	28
21. (Los jueces contienen el poder punitivo) .....	29
22. (El derecho penal es legítimo porque contiene) ...	30
23. (Estado de derecho y de policía en contradicción permanente) .....	30
24. (Los genocidios los comete el poder punitivo descontrolado) .....	31
25. (Límites del poder jurídico de contención) .....	32
26. (Grados de irracionalidad punitiva) .....	32
27. (Importancia actual de la contención jurídica) ...	32
28. (Publicidad única de medios) .....	33

## **B. Los saberes que acompañan al derecho penal**

29. (Derecho procesal penal) .....	34
30. (Derecho de ejecución penal) .....	36
31. (Criminología) .....	36
32. (El derecho penal sin criminología es psicótico) .	36

## **C. Principios constructivos del sistema del derecho penal**

### *C.1. Fuente de los principios constructivos*

33. (Derecho penal y derecho constitucional) .....	37
34. (Los mandatos fundamentales) .....	39

*C.2. Principios derivados del mandato de legalidad*

35. (Legalidad formal) .....	40
36. (Irretroactividad) .....	41
37. (Máxima taxatividad) .....	42
38. (Respeto histórico a lo prohibido) .....	42

*C.3. Principios derivados del mandato de elemental respeto a los derechos humanos*

39. (Lesividad u ofensividad) .....	43
40. (Humanidad) .....	44
41. (Intrascendencia o de mínima trascendencia) ....	45
42. (De prohibición de doble punición) .....	45
43. (De buena fe y pro homine) .....	46

*C.4. Principios derivados del mandato republicano*

44. (Acotamiento material) .....	47
45. (Superioridad ética del estado) .....	48
46. (De saneamiento genealógico) .....	49
47. (De culpabilidad) .....	50

***D. La dimensión espacial del derecho penal***

48. (Territorialidad y otros principios) .....	50
49. (Ubicuidad) .....	51
50. (El derecho internacional y el derecho penal) ....	51
51. (Deberes del estado) .....	52
52. (El derecho penal internacional) .....	52

53. ( <i>La función de la pena en el derecho penal internacional</i> ) .....	52
54. ( <i>La pena como recuperación de la persona del criminal</i> ) .....	52

## II. Teoría del delito

### A. Construcción y función del sistema

55. ( <i>El orden de preguntas frente al hecho</i> ) .....	57
56. ( <i>El sustantivo del delito</i> ) .....	57
57. ( <i>Los adjetivos del delito</i> ) .....	59
58. ( <i>Tipicidad</i> ) .....	59
59. ( <i>Antijuridicidad</i> ) .....	59
60. ( <i>Culpabilidad</i> ) .....	59
61. ( <i>Interrogación estratificada</i> ) .....	59
62. ( <i>Referencia con la ética social</i> ) .....	60

### B. La conducta jurídico-penal

#### B.1. El sustantivo del delito

63. ( <i>Funciones del concepto jurídico-penal de conducta</i> ) .....	61
64. ( <i>Estratificación del análisis, no del delito</i> ) .....	61
65. ( <i>Género y especie, sustantivo y adjetivos</i> ) .....	62
66. ( <i>El humano como presupuesto del delito</i> ) .....	62
67. ( <i>Onticidad y concepto jurídico</i> ) .....	63
68. ( <i>Selección de datos ónticos para la elaboración del concepto jurídico reductor</i> ) .....	63

69. ( <i>El concepto jurídico-penal de conducta es constitucional</i> ) .....	63
70. ( <i>Voluntad y exteriorización</i> ) .....	64
71. ( <i>Suficiencia política de la voluntad y la exteriorización</i> ) .....	64
72. ( <i>Datos ónticos no relevantes para el concepto</i> ) ...	65
73. ( <i>Datos reales pero no relevantes para el concepto</i> ) .....	66
74. ( <i>El magma mundano</i> ) .....	66

## *B.2. La ausencia de conducta*

75. ( <i>Lo no exteriorizado</i> ) .....	67
76. ( <i>Los puros hechos humanos</i> ) .....	68
77. ( <i>Involuntabilidad</i> ) .....	68
78. ( <i>Fuerza física irresistible</i> ) .....	70
79. ( <i>Las personas jurídicas y la conducta</i> ) .....	70
80. ( <i>Consecuencias de la ausencia de conducta</i> ) .....	71
81. ( <i>In dubio pro reo</i> ) .....	71

## **C. La tipicidad**

### *C.1. La adecuación del pragma conflictivo al supuesto de hecho legal*

82. ( <i>Supuesto de hecho fáctico y legal o tipo; el pragma conflictivo</i> ) .....	71
83. ( <i>Derecho penal de acto y poder punitivo de autor</i> ) .....	72
84. ( <i>Antítesis en la funcionalidad del tipo</i> ) .....	73

85. ( <i>Desaparición del poder de contención en el estado de policía</i> ) .....	74
86. ( <i>Función de los tipos con límites imprecisos</i> ) .....	75
87. ( <i>Síntesis: concepto de tipo</i> ) .....	76
88. ( <i>Limitaciones del análisis puramente exegético</i> ) .....	76
89. ( <i>La necesaria superación de la exégesis</i> ) .....	76
90. ( <i>El juicio de tipicidad</i> ) .....	77
91. ( <i>Los datos ónticos antes no relevados</i> ) .....	77
92. ( <i>Retroalimentación interpretativa de los tipos</i> ) ...	77

## C.2. Estructuras típicas fundamentales

93. ( <i>Las técnicas de prohibición típica</i> ) .....	78
94. ( <i>El tipo doloso activo como modelo para iniciar el análisis</i> ) .....	79
95. ( <i>Tipo objetivo y subjetivo</i> ) .....	80
96. ( <i>El análisis comienza por el tipo objetivo</i> ) .....	81

## C.3. El tipo doloso objetivo: tipo sistemático y conglobante

97. ( <i>El pragma y su conflictividad</i> ) .....	81
98. ( <i>Función sistemática : el tipo objetivo sistemático</i> ) .....	82
99. ( <i>El tipo objetivo conglobante</i> ) .....	82
100. ( <i>Antítesis entre el t.o. sistemático y el conglobante</i> ) .....	83

## C.4. El tipo objetivo sistemático

101. ( <i>Elementos del t.o. sistemático</i> ) .....	83
--	----

102. (Siempre exige una mutación del mundo: no hay t.o. sistemático sin “resultado”) .....	84
103. (La relevancia del resultado para el pragma) ...	85
104. (Los llamados delitos de resultado y de mera conducta) .....	85
105. (Causalidad y causación) .....	86
106. (Causalidad física y explicación pensante) .....	86
107. (La conditio sine qua non) .....	87
108. (Causación e imputación) .....	88
109. (Elementos interpretables del t.o. sistemático) .	88
110. (Elementos valorativos) .....	89
111. (Elementos normativos de recorte) .....	89
112. (El acuerdo como elemento normativo de recorte) .....	90
113. (Elementos normativos en tipos abiertos) .....	91
114. (Viejas redundancias) .....	91
115. (Elementos típicos y legalidad estricta) .....	92
116. (Clasificaciones de los tipos: la llamada parte general de la parte especial) .....	92
 C.5. La imputación objetiva del hecho como obra propia	
117. (Preguntar si se puede imputar equivale a preguntar si hay un autor o un partícipe) .....	93
118. (La dominabilidad como presupuesto del dominio) .....	94
119. (El aporte necesario conforme al plan concreto)	94
120. (Autores y quienes dominan sin serlo) .....	95
121. (Supuestos en que no hay dominabilidad) .....	95
122. (Eventual tipicidad culposa) .....	97
123. (Criterio de imputación para quienes no dominan el hecho) .....	97

124. ( <i>El aporte no banal y los roles dinámicos</i> ) .....	98
--	----

### C.6. *El tipo objetivo conglobante: lesividad u ofensividad*

125. ( <i>Exigencia del orden jurídico personalista</i> ) .....	99
126. ( <i>Ofensividad como eje del t.o. conglobante</i> ) .....	99
127. ( <i>La doble función de la única norma deducida del tipo</i> ) .....	99
128. ( <i>La conglobación de la norma</i> ) .....	100
129. ( <i>Exclusión de la tipicidad resultante de la conglobación de la norma</i> ) .....	100
130. ( <i>¿Qué es un bien jurídico?</i> ) .....	101
131. ( <i>La ley penal no tutela</i> ) .....	102
132. ( <i>Ofensividad y prohibición de penar el pecado</i> ) .....	102
133. ( <i>Lesión, peligro y formas típicas de afectación</i> ) .....	102
134. ( <i>El peligro siempre es concreto: las invenciones de peligros</i> ) .....	103
135. ( <i>La invención de bienes jurídicos</i> ) .....	103
136. ( <i>Principio de insignificancia</i> ) .....	104
137. ( <i>El cumplimiento de un deber jurídico</i> ) .....	104
138. ( <i>El deber jurídico elimina la conflictividad</i> ) .....	105
139. ( <i>Necesidad y deber jurídico</i> ) .....	106
140. ( <i>Exceso: remisión</i> ) .....	106
141. ( <i>Conductas fomentadas por el derecho</i> ) .....	106
142. ( <i>Normas fomentadoras</i> ) .....	107
143. ( <i>El consentimiento</i> ) .....	107

### C.7. *El tipo doloso activo subjetivo: el dolo*

144. ( <i>Concepto de dolo</i> ) .....	108
145. ( <i>Dolo como representación y voluntad</i> ) .....	109

146. ( <i>El dolo requiere conocimientos efectivos y actuales</i> ) .....	109
147. ( <i>Conocimientos extraños al dolo</i> ) .....	110
148. ( <i>Dolo directo y eventual</i> ) .....	110
149. ( <i>Dolo eventual</i> ) .....	110
150. ( <i>¿Cuándo hay voluntad realizadora?</i> ) .....	111
151. ( <i>Voluntad realizadora y deseo</i> ) .....	112
152. ( <i>Culpa temeraria</i> ) .....	112
153. ( <i>Prueba del dolo: no se admiten presunciones juris</i> ) .....	112
154. ( <i>El error de tipo y sus efectos</i> ) .....	113
155. ( <i>Error de tipo psíquicamente condicionado</i> ) .....	113
156. ( <i>Errores de tipo sobre diferentes elementos</i> ) ....	113
157. ( <i>El conocimiento paralelo en la esfera del profano</i> ) .....	115
158. ( <i>Aberratio ictus o error en el golpe</i> ) .....	116
159. ( <i>Error en el objeto o en la persona</i> ) .....	117
160. ( <i>Dolus generalis</i> ) .....	118
161. ( <i>Error sobre agravantes y atenuantes</i> ) .....	119
162. ( <i>El error sobre la falta de acuerdo es error de tipo</i> ) .....	120

### *C.8. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo*

163. ( <i>Tipos asimétricos</i> ) .....	120
164. ( <i>Elementos subjetivos de tendencia interna trascendente</i> ) .....	121
165. ( <i>De tendencia interna peculiar o de ánimo</i> ) .....	122
166. ( <i>Elementos de ánimo no peligrosos</i> ) .....	122
167. ( <i>Habitualidad y profesionalidad</i> ) .....	123
168. ( <i>Diferencia con la culpabilidad</i> ) .....	123

## C.9. Tipos omisivos dolosos

169. (El <i>agere aliud</i> ) .....	124
170. (Norma enunciada preceptivamente) .....	125
171. (Las normas preceptivas penales no fomentan la solidaridad) .....	125
172. (El concepto de omisión es normativo) .....	125
173. (Acciones diferentes concomitantes o previas) ..	126
174. (Son tipos circunstanciados) .....	126
175. (Imposibilidades) .....	126
176. (En la omisión hay causalidad, pero no causación) .....	127
177. (Dominabilidad en la omisión) .....	127
178. (Omisiones propias e impropias) .....	128
179. (Impropios tipos omisivos) .....	128
180. (Posición de garante) .....	129
181. (El problema de la equivalencia de injustos) ....	129
182. (La analogía integradora en la omisión impropia) .....	130
183. (Deber jurídico en la omisión) .....	131
184. (El dolo omisivo también se monta sobre la previsión de la causalidad) .....	131
185. (Conocimientos del dolo en el tipo omisivo) .....	131
186. (Conocimiento de la posición de garante) .....	132

## C.10. Extensiones de la tipicidad dolosa

187. (Los dispositivos amplificadores) .....	133
188. (Operan únicamente en la tipicidad dolosa) ....	133

*C.11. La autoría: la tipicidad no ampliada personalmente*

189. (Concurrencia de personas) .....	134
190. (El autor es por regla quien domina el hecho) ..	134
191. (Es claro en el que ejecuta personalmente) .....	135
192. (Autoría mediata) .....	136
193. (Casos de coautoría) .....	137
194. (Los supuestos de autoría de determinación) ...	139
195. (Cómplices necesarios) .....	140
196. (Esquema de los supuestos de autoría) .....	141

*C.12. La participación: la tipicidad ampliada personalmente*

197. (La participación: su naturaleza accesoria) .....	142
198. (No hay tentativa de participación) .....	142
199. (Tipos de participación necesaria) .....	143
200. (Límites temporales de la participación) .....	143
201. (Error de tipo en la participación) .....	144
202. (Incomunicabilidad) .....	146
203. (Instigación) .....	146
204. (Casos particulares) .....	146
205. (Las formas indirectas de determinar son atípicas) .....	146
206. (El agente provocador) .....	147
207. (La complicidad) .....	147
208. (Complicidad intelectual) .....	148
209. (Complicidad en la preparación) .....	148
210. (Participación en cadena) .....	148

211. ( <i>Participación en un hecho más grave que el querido</i> ) .....	148
212. ( <i>Tipicidad objetiva y subjetiva de la participación</i> ) .....	149
<i>C.13. La tentativa: la tipicidad ampliada temporalmente</i>	
213. ( <i>La tentativa como particular delito de peligro</i> ) .	149
214. ( <i>La tentativa es cronológicamente incompleta en lo objetivo y en lo subjetivo</i> ) .....	150
215. ( <i>El iter criminis</i> ) .....	150
216. ( <i>Actos preparatorios y ejecutivos</i> ) .....	150
217. ( <i>Consumación y agotamiento</i> ) .....	151
218. ( <i>Importancia del agotamiento o consumación material</i> ) .....	152
219. ( <i>El comienzo de ejecución</i> ) .....	153
220. ( <i>Determinación conforme al plan concreto del hecho</i> ) .....	153
221. ( <i>El dolo en la tentativa no es el del delito consumado</i> ) .....	154
222. ( <i>Tentativa con dolo eventual</i> ) .....	155
223. ( <i>Tentativa en tipos calificados</i> ) .....	155
224. ( <i>La apariencia de tentativa o no tentativa</i> ) .....	156
225. ( <i>Delito imposible o tentativa inidónea</i> ) .....	157
226. ( <i>Atipicidad por desistimiento</i> ) .....	158
227. ( <i>Voluntariedad del desistimiento</i> ) .....	158
228. ( <i>Tentativa acabada, inacabada y desistimiento</i> ) .....	159
229. ( <i>Tentativa de desistimiento</i> ) .....	160
230. ( <i>Tentativa simple y calificada</i> ) .....	161

231. ( <i>Tentativa y participación</i> ) .....	161
232. ( <i>Tentativa en el tipo omisivo</i> ) .....	162

#### C.14. *El tipo culposo*

233. ( <i>¿Qué es la culpa?</i> ) .....	163
234. ( <i>Los tipos culposos como tipos abiertos</i> ) .....	164
235. ( <i>Imprudencia y negligencia</i> ) .....	165
236. ( <i>No todas las conductas culposas son errores vencibles de tipo</i> ) .....	165
237. ( <i>Diferencia estructural con el doloso</i> ) .....	165
238. ( <i>Tipo culposo sistemático y conglobante</i> ) .....	166
239. ( <i>Tipo culposo sistemático</i> ) .....	167
240. ( <i>Causación del resultado</i> ) .....	167
241. ( <i>Previsibilidad del resultado</i> ) .....	168
242. ( <i>Culpa no temeraria o común</i> ) .....	169
243. ( <i>La capacidad individual de previsión</i> ) .....	169
244. ( <i>Criterio para evaluar la previsibilidad</i> ) .....	169
245. ( <i>Casos de incapacidad de previsión</i> ) .....	170
246. ( <i>Nexo de determinación</i> ) .....	171
247. ( <i>Principio de la confianza</i> ) .....	172
248. ( <i>Tipo culposo conglobante</i> ) .....	172
249. ( <i>Conexión abstracta de antijuridicidad</i> ) .....	173
250. ( <i>Principio de insignificancia</i> ) .....	173
251. ( <i>El deber jurídico</i> ) .....	174
252. ( <i>Violaciones del deber de cuidado de la víctima</i> ) .....	174
253. ( <i>Acción salvadora voluntaria de un tercero</i> ) .....	175
254. ( <i>Determinación del agente a la creación del peligro</i> ) .....	175

255. ( <i>Asunción del control por un tercero</i> ) .....	175
256. ( <i>Componentes subjetivos del tipo culposo</i> ) .....	176
257. ( <i>Diferencia con el tipo doloso subjetivo</i> ) .....	176
258. ( <i>Distinción con el dolo eventual</i> ) .....	177
 C.15. <i>Tipos culposos omisivos</i>	
259. ( <i>Características</i> ) .....	177
260. ( <i>La estructura negligente no puede reducirse a la omisiva</i> ) .....	177
 C.16. <i>El versari in re illicita y los delitos calificados por el resultado</i>	
261. ( <i>Formas de responsabilidad objetiva</i> ) .....	178
262. ( <i>Rechazo para las figuras complejas: interpretación correcta</i> ) .....	179
 C.17. <i>Unidad y pluralidad de delitos</i>	
263. ( <i>Si sólo hay una conducta, sólo puede haber un delito</i> ) .....	180
264. ( <i>Una conducta, un delito; varias conductas, varios delitos</i> ) .....	180
265. ( <i>Concurso ideal</i> ) .....	181
266. ( <i>Una pluralidad de movimientos es una conducta si media una decisión y un factor jurídico desvalorante conjunto</i> ) .....	181
267. ( <i>Casos de factor jurídico de unidad desvalorante</i> ) .....	182
268. ( <i>Concurso aparente</i> ) .....	183

269. (El concurso real aparente o delito continuado)	184
270. (Decisión única) .....	185
271. (Identidad de bien jurídico y en algunos casos de sujeto pasivo) .....	185
272. (Concurso ideal aparente) .....	186
273. (Especialidad) .....	186
274. (Consunción) .....	186
275. (Subsidiariedad) .....	187

## **D. La antijuridicidad y la justificación**

### *D.1. La reafirmación de la libertad*

276. (La dialéctica de la prohibición y el permiso como reafirmación de la libertad general) .....	188
277. (La libertad como regla y los contratipos como reafirmación) .....	189
278. (Las razones de su tratamiento particularizado) .....	189

### *D.2. Verificación de la antijuridicidad*

279. (Particularidad de las conductas típicas justificadas) .....	190
280. (Es posible que estas conductas generen responsabilidades jurídicas diferentes de la penal)	190
281. (Antijuridicidad e injusto) .....	191
282. (La objetividad de la antijuridicidad) .....	192
283. (La fórmula general de las causas de justificación) .....	192

*D.3. La justificación: legítima defensa*

284. (El fundamento de la legítima defensa) .....	193
285. (Agresión ilegítima) .....	193
286. (Bienes jurídicos defendibles) .....	194
287. (Lesión a bienes jurídicos de terceros) .....	195
288. (Actualidad de la agresión) .....	195
289. (Necesidad de la acción defensiva) .....	196
290. (Racionalidad de la acción defensiva) .....	197
291. (Defensa contra niños e incapaces) .....	198
292. (Los <i>offendicula</i> ) .....	198
293. (Falta de provocación suficiente) .....	199
294. (Defensa por un tercero no provocador) .....	200
295. (Defensa de terceros) .....	200
296. (Presunción de legítima defensa) .....	201

*D. 4. El estado de necesidad justificante*

297. (Ponderación de afectaciones en concreto) .....	201
298. (Bienes equivalentes) .....	202
299. (Diferentes supuestos de coacción) .....	202
300. (Ventajas de estas soluciones) .....	202
301. (Limitación de bienes salvables o de posibles males causados) .....	203
302. (Inminencia del mal) .....	204
303. (Ajenidad al mal) .....	204
304. (Deber jurídico de afrontar el riesgo) .....	204
305. (Obligación de reparar) .....	205

### *D.5. Justificación frente a conductas de funcionarios y concurrencia de causas de justificación*

306. (Estado de necesidad y legítima defensa frente a conductas de funcionarios) .....	205
307. (Concurrencia de causas de justificación) .....	206

### *D.6. Exceso culpable*

308. (Exceso) .....	206
309. (Se trata del exceso extensivo) .....	207
310. (Exceso intensivo) .....	207

## **E. La culpabilidad**

### *E.1. Juicio formalmente ético y vulnerabilidad*

311. (Necesidad de un puente entre injusto y pena) .	208
312. (La construcción con elementos formales de la ética tradicional) .....	208
313. (La culpabilidad como reproche personalizado)	209
314. (Es un juicio sólo formalmente ético) .....	209
315. (El límite máximo de reprochabilidad) .....	210
316. (La dialéctica entre el estado de derecho y el de policía en este nivel de análisis) .....	210
317. (Culpabilidad por la vulnerabilidad y síntesis)	211
318. (Estado de vulnerabilidad) .....	212
319. (No todo estereotipado es atrapado por el poder punitivo) .....	212
320. (Del estado a la situación de vulnerabilidad) ...	212
321. (La medida de la culpabilidad) .....	213

### *E.2. Exculpación por inexigible comprensión de la criminalidad: inimputabilidad*

322. (Panorama de las causas de exculpación) .....	214
323. (La exigible comprensión de la criminalidad) ...	215
324. (La comprensión presupone el conocimiento) ...	215
325. (Casos de inexigibilidad de la comprensión) ...	216
326. (La incapacidad psíquica de culpabilidad) .....	216
327. (Incapacidad psíquica de culpabilidad y de delito) .....	217
328. (Requerimientos de la inimputabilidad) .....	217
329. (El juez valora la imputabilidad) .....	217
330. (Causas de la incapacidad: insuficiencia y alteración morbosa) .....	218
331. (La imputabilidad debe existir en el momento de la conducta) .....	218
332. (Imputabilidad disminuida) .....	219
333. (Extensión analógica de la emoción violenta a todos los delitos) .....	220

### *E.3. El error de prohibición*

334. (Efectos) .....	220
335. (Error vencible de prohibición) .....	222
336. (Efectos del error invencible) .....	222
337. (Cuadro general de los errores de prohibición) .	223
338. (Errores de conocimiento directos) .....	223
339. (Errores de conocimiento indirectos) .....	223
340. (Errores de comprensión) .....	224
341. (Errores exculpantes especiales) .....	224

*E.4.Exculpación por reducción de la autodeterminación*

342. (Supuestos) .....	225
343. (Estado de necesidad exculpante) .....	225
344. (Mal grave) .....	226
345. (Provocación de la necesidad) .....	227
346. (Falsa suposición de la necesidad o error de culpabilidad) .....	227
347. (Error de culpabilidad invertido) .....	228
348. (Necesidad exculpante en el delito culposo) .....	229
349. (La disolución de la obediencia debida) .....	229
350. (La variable de la inimputabilidad por incapacidad de adecuación) .....	230
351. (La exculpación debe coincidir con el momento de la conducta) .....	231

**III. Teoría de la responsabilidad punitiva****A. Punibilidad y penabilidad**

352. (La responsabilidad como respuesta del estado al delito: lo punible y lo penable) .....	235
--	-----

**B. Causas de exclusión y de cancelación de la penabilidad**

353. (Naturaleza penal y procesal) .....	236
354. (Muerte del agente) .....	236
355. (Prescripción de la pena) .....	237
356. (Interrupción de la prescripción de la pena) .....	237

357. ( <i>Indulto</i> ) .....	238
358. ( <i>Perdón del ofendido</i> ) .....	238
359. ( <i>Obstáculos a la perseguibilidad del delito</i> ) ....	238
360. ( <i>Pago de la multa</i> ) .....	239
361. ( <i>Prescripción de la acción penal</i> ) .....	239
362. ( <i>Imprescriptibilidad</i> ) .....	239
363. ( <i>Curso de la prescripción de la acción penal</i> ) ...	239
364. ( <i>Suspensión</i> ) .....	240
365. ( <i>Interrupción</i> ) .....	240
366. ( <i>Excusas absolutorias</i> ) .....	241

### **C. Niños: caso particular de formal exclusión de la penalidad**

367. ( <i>Exclusión meramente formal o perversa</i> ) .....	241
---	-----

### **D. Las penas en las leyes penales manifiestas**

368. ( <i>Penas en el CP</i> ) .....	241
369. ( <i>Pena de muerte</i> ) .....	242
370. ( <i>Pena perpetua en sentido estricto</i> ) .....	242
371. ( <i>Prohibición de penas crueles</i> ) .....	242
372. ( <i>Las medidas</i> ) .....	243
373. ( <i>La pena de prisión</i> ) .....	243
374. ( <i>La relegación</i> ) .....	244
375. ( <i>Imposibilidad de una interpretación racional de las disposiciones vigentes sobre límites de la pena de prisión</i> ) .....	244
376. ( <i>Normas internacionales</i> ) .....	245
377. ( <i>Inadmisibilidad de penas diferentes para los mismos delitos</i> ) .....	246

378. (Posible reconstrucción de un sistema racional)	246
379. (Ley de ejecución penal) .....	247
380. (Libertad condicional) .....	247
381. (Condenación condicional y probation) .....	248
382. (Pena de multa) .....	248
383. (Pena de inhabilitación) .....	249
384. (Rehabilitación) .....	249
385. (Decomiso) .....	250

## **E. El derecho de cuantificación penal**

### *E.1. Principios generales y límites constitucionales*

386. (Principios y reglas generales).....	250
387. (Penas naturales, ejecución de penas ilícitas y penas en pueblos originarios) .....	251
388. (El problema de la menor culpabilidad) .....	251
389. (Imperio constitucional sobre la legislación infra- constitucional) .....	251

### *E.2. Escalas reducidas (menor injusto o culpabilidad)*

390. (Art. 35 CP y escalas para la tentativa y la complicidad) .....	252
391. (Combinación de escalas reducidas) .....	253

### *E.3. Principio de unidad de la punición*

392. (Una única persona) .....	253
393. (Pena del concurso ideal) .....	254
394. (La lesión a la legalidad de la pena) .....	254

395. ( <i>La inconstitucionalidad que no puede declararse</i> ) .....	255
396. ( <i>Unificación de condenas</i> ) .....	257
397. ( <i>Unificación de penas</i> ) .....	258

#### *E.4. La culpabilidad como única medida de la pena*

398. ( <i>La culpabilidad como base constructiva de la respuesta punitiva</i> ) .....	259
399. ( <i>El injusto y la culpabilidad</i> ) .....	260
400. ( <i>El art. 41 CP como base legal de la cuantificación</i> ) .....	260
401. ( <i>Bastardización del art. 41</i> ) .....	261
402. ( <i>Desarticulación de los mínimos</i> ) .....	262
403. ( <i>La culpabilidad como criterio del art. 41 CP</i> ) ..	263
404. ( <i>La peligrosidad positivista es inconstitucional porque cosifica a la persona</i> ) .....	263
405. ( <i>Posible interpretación constitucional</i> ) .....	264

#### *E.5. La reincidencia y su inconstitucionalidad*

406. ( <i>Reincidencia</i> ) .....	264
407. ( <i>Debe haberse cumplido la pena del delito anterior</i> ) .....	265
408. ( <i>Inconstitucionalidad de la reincidencia</i> ) .....	266
409. ( <i>¿Hay mayor culpabilidad?</i> ) .....	266

### **F. El derecho de registro penal**

410. ( <i>Prohibiciones de informar</i> ) .....	267
---	-----