Colección PASATEXTOS

Lecciones de Derecho Penal I

Carlos Ochoa, Jael Arias Shocrón,
Agustín Tenaglia y María Virginia Marini

UniRío editora

ISBN 978-987-688-475-4

e-book

Lecciones de Derecho Penal I : una herramienta de estudio / Carlos Arturo Ochoa … [et al.]. - 1a ed. - Río Cuarto : UniRío Editora, 2022.
Libro digital, PDF - (Pasatextos)

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-688-475-4

1. Derecho Penal. 2. Educación Superior. 3. Medios de Enseñanza. I. Ochoa, Carlos Arturo.
CDD 345.007

2022 © Carlos Ochoa, Jael Arias Shocron, Agustín Tenaglia y María Virginia Marini

2022 © *UniRío editora.* Universidad Nacional de Río Cuarto
Ruta Nacional 36 km 601 – (X5804) Río Cuarto
Argenti na
Tel.: 54 (358) 467 6309
editorial@rec.unrc.edu.ar
www.unirioeditora.com.ar

Primera edición: marzo de 2022

ISBN 978-987-688-475-4

Este obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución 2.5 Argentina.
http://creativecommons.org/licenses/by/2.5/ar/deed.es_AR

Uni. Tres primeras letras de "Universidad".
Uso popular muy nuestro; la Uni. Universidad del latín "universitas"
(personas dedicadas al ocio del saber), se contextualiza para nosotros
en nuestro anclaje territorial y en la concepción de conocimientos
y saberes construidos
y compartidos socialmente.

El río. Celeste y Naranja. El agua y la arena de nuestro Río Cuarto en constante
confluencia y devenir.

La gota. El acento y el impacto visual: agua en un movimiento
de vuelo libre de un "nosotros". Conocimiento que circula y calma la sed.

Consejo Editorial

Facultad de Agronomía y Veterinaria
Prof. Mercedes Ibañez
y Prof. Alicia Carranza

Facultad de Ciencias Económicas
Prof. Ana Vianco

Facultad de Ciencias Exactas,
Físico-Químicas y Naturales
Prof. Sandra Miskoski

Facultad de Ciencias Humanas
Prof. Gabriel Carini

Facultad de Ingeniería
Prof. Marcelo Alcoba

Biblioteca Central Juan Filloy
Bibl. Claudia Rodríguez
y Bibl. Mónica Torreta

Secretaría Académica
Prof. Sergio González
y Prof. José Di Marco

Equipo Editorial

Secretario Académico
Sergio González

Director
José Di Marco

Equipo
José Luis Ammann
Maximiliano Brito
Ana Carolina Savino
Lara Oviedo
Roberto Guardia
Marcela Rapetti
Daniel Ferniot

Índice

Presentación 8

Capítulo 1
El desarrollo del pensamiento penal

Reseña histórica 9
1. Introducción 9
2. Tiempos primitivos 10
3. Antiguo Régimen 12
4. Iluminismo y escuela clásica 14
5. Positivismo criminológico 19
6. La dogmática jurídico penal 21

Etapas del Dogmatismo 42
1. Introducción 42
2. Positivismo jurídico o Causalismo 42
3. Normativismo 44
4. Finalismo 46
5. Funcionalismo 48

Capítulo 2
Teoría de la ley penal

Fuentes del Derecho Penal 52
1. Significado 52
2. Fuentes de producción 53
3. Fuentes de conocimiento 53
4. Consideración de la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la analogía 54
5. Los principios fundamentales del derecho penal explícitamente reconocidos en la Constitución Nacional 57
6. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional 62

La Ley Penal 67
1. Concepto 67
2. Elementos de la ley penal 68
3. Caracteres de la ley penal 69
4. El Federalismo y la Ley Penal 70
5. La Ley Penal en Blanco 73
6. Los denominados “tipos abiertos” 76

7. La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo 77
8. Decretos de necesidad y urgencia 79
La ley y la norma penal 80
1.Sinopsis 80
2. Teorías 81
3. Estructura lógica 83
4. Contenidos 84
5. Destinatarios 84
6. Norma primaria y secundaria 85
7. De valoración y determinación 87
Interpretación de la Ley Penal 88
1.Consideraciones 88
2. La Constitución como parámetro interpretativo 91
3. Interpretación de la ley penal y sus presupuestos: concepto, necesidad, objeto, métodos y límites 92
Ámbito temporal de validez de la ley penal 98
1. Principio general: aplicación de la ley vigente en el momento de comisión del delito 98
2. El momento de comisión del delito. Consideración del delito continuado y el permanente 99
3. Principio de excepción: retroactividad y ultractividad 100
Sucesión de leyes penales en el tiempo 102
1. Hipótesis 102
2. La ley penal más benigna, su determinación 103
3. Ámbito de aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna, la cosa juzgada 105
4. Las leyes intermedias, temporales y excepcionales 107
5. Las medidas de seguridad y el principio de la ley penal más benigna 108
Validez personal de la ley penal 110
1. El principio de igualdad ante la ley 110
2. Limitaciones funcionales provenientes del derecho interno y del derecho internacional 111
Validez espacial de la ley penal 117
1. Concepto 117
2. Principios reguladores en el derecho penal argentino 118
3. Lugar de la comisión del delito: teorías 129

4. Aplicación en el derecho penal argentino 131
5. La cuestión en los delitos a distancia y de tránsito .132
6. La Extradición 133

Capítulo 3
El hecho (la acción en sentido amplio) 139
La acción 139
1. Caracterización constitucional.....139
2. Funciones de la acción.....140
3. Concepto 140
4. Elementos de la acción.....141
5. La acción según la dogmática 141
6. La voluntad para un esquema causal o personal de lo injusto 148
7. Las estructuras lógico objetiva.....150
8. Faz negativa de la acción 151
Relación de causalidad e imputación objetiva 154
1. Introducción 154
2. Evolución histórica 156
3.Relación de causalidad.....159
4. Teoría del incremento del riesgo (Roxin) 164
5. La teoría de los roles 172
6. Conclusiones 177
Responsabilidad penal de las personas jurídicas 178
1. Sinopsis 178
2. Reseña histórica y derecho comparado 179
3. La asignación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en Argentina.....180
4. La responsabilidad penal de los entes ideales en el Proyecto de Reforma del Nuevo Código Penal 190
La omisión 191
1. Introducción 191
2. Las clases de omisión.....192
3. Elementos de la Omisión.....194
4. Fuentes de la posición de garante 195
5. Ausencia de la acción debida. Relación de causalidad 200

Capítulo 4
El tipo delictivo
Generalidades 203

1. Concepto 203
2. Funciones del tipo penal 203
El tipo doloso de comisión 205
1. Construcción compleja del tipo 205
2. Atipicidad 211
3. Tipicidad conglobante 212
Clasificación de tipos delictivos 212
Relación entre los tipos delictivos. Concurso aparente de leyes 213
Error 215
1. Concepto 215
2. Tratamiento jurídico 217
Modalidades de errores de tipo accidentales 219
El tipo culposo. La preterintencionalidad 220
1. Concepto 220
2. Sistema del Código Penal 222
3. Estructura del tipo culposo. Sus elementos constitutivos 223
4. Clases de culpa 229
5. Atipicidad. Concepto 233
6. La preterintencionalidad. Los delitos calificados por el resultado 234

Capítulo 5
La antijuridicidad

Generalidades 236
1. Consideraciones de las normas jurídico-penales. Naturaleza valorativa o determinativa 236
2. Antijuridicidad 237
Estado de necesidad 250
1. Concepto 250
2. Fundamento y clases 250
3. Requisitos 251
4. Clases: estado de necesidad justificante y disculpante 253
5. A modo de síntesis 253
6. Proyecto de reforma del Código Penal. Tratamiento 254
La Teoría General del Delito 255

Referencias bibliográficas 256

Presentación

El presente texto tiene la finalidad de constituir material complementario a la bibliografía general de la materia.

Los integrantes de la cátedra analizaron una diversidad de temas que son de interés en la formación del alumnado, matizada de acuerdo a la visión de cada docente.

Contiene materias esenciales tanto en el estudio del derecho penal como el análisis del código penal.

Permitirá hacer más accesible el abordaje de las materias elegidas sin perjuicio del uso de los autores y obras indicados en el programa de la asignatura.

Queda en el futuro adentrarnos en el tratamiento de otros institutos del derecho penal, que seguramente serán de utilidad de quienes se inician en el estudio de la materia.

Capítulo 1

El desarrollo del pensamiento penal

Reseña histórica

1. Introducción

El derecho penal no ha existido en la sociedad de la misma manera en la que hoy lo conocemos, de hecho, su evolución no se caracteriza por haber seguido una linealidad: muchas veces las ideas imperantes en un momento de la historia rechazaron con determinación conclusiones previas que tiempo después volvieron a ser férreamente defendidas. Incluso hoy en día, incipientes y modernas teorías podrían implicar retrocesos en el reconocimiento de principios basales del derecho penal si son aplicadas sin límites alguno[1].

Agotar el estudio y análisis de la evolución de las historias penales excede las pretensiones del presente. Sin embargo, detallar las diferentes etapas por las que éstas han atravesado estableciendo las principales características del derecho penal del momento junto a sus condicionantes político-sociales, dotará a quien comienza el estudio de esta rama del derecho de herramientas que le permitirá comprender el cómo, el por qué y sobretodo realizar una lectura crítica de la actualidad, pudiendo determinar y contribuir a partir de los roles que en el futuro ocupe, el devenir del derecho penal, trazando en el horizonte un derecho penal que brinde respuestas más eficientes y justas.

1 Ciertos autores que defienden en extremo las neurociencias, afirman que las herramientas que ésta hoy nos brinda, podría llegarnos a permitir conocer lo que una persona piensa y decide con la sola producción de ciertos estudios médicos, negando que en el ser humano el libre albedrío. La consecuencia inmediata sería la inutilidad del principio de culpabilidad y la instrumentalización del sujeto, de modo similar al sostenido por la escuela positivo italiana. En relación a ello, Cfr. Arocena, G.A; Balcarce, F.I y Cesano, J.D (2015) *Derecho penal y neurociencias*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi

Comencemos el recorrido, no sin antes aclarar que la forma de entender el derecho penal fue, en cada momento, un fiel reflejo de la sociedad de la época, de su cultura y de las particularidades del poder político y económico. Quizás sea esta hiper-dependencia del derecho penal con la dinámica social, la que explique los vaivenes que la evolución de esta rama del derecho ha tenido en la historia. Y sin perjuicio de reconocer que resulta imposible exigir una comprensión acabada de toda esta realidad circundante, compleja y cambiante, es importante tener siempre presente que cada forma de entender el saber penal dependerá siempre de la concepción del mundo que tenga quien haya elaborado el discurso, la que –a su vez– estará condicionada por una concepción antropológica y por una teoría del conocimiento que la sustente. (Zaffaroni, 2020)

2. Tiempos primitivos

Con tiempos primitivos nos referimos a épocas pre-históricas o históricas muy antiguas. Estas sociedades no fueron investigadas exhaustivamente por el derecho penal, pues como sostiene Zaffaroni nunca se consideró que estuvieran conformadas con elementos normativos de importancia, su estudio podía servir a la antropología cultural pero no al derecho. (Zaffaroni, 2011)

Sin perjuicio de ello, los aportes de la paleontología, arqueología y resquicios de fuentes documentales que sobrevivieron a la historia (Leyes de Manú o Código de Hammurabi) nos permitieron afirmar que la forma de organización de las sociedades primitivas es distinta a la actual. Las culturas modernas, con sus matices, fueron constituidas en el respeto de principios racionales e experimentales. En cambio, aquellas sociedades se estructuraban en base a principios mágicos y supersticiosos.

Tradicionalmente se consideró que las violaciones del tabú[2] y las represiones del tipo talional[3] caracterizaron a las sociedades primitivas. El fenómeno represivo se fundaba en la tradición y la costumbre, el miedo era una eficaz herramienta de control social: la violación del tabú derivaba indefectible e inmediatamente en una desgracia que podía manifestarse de cualquier manera (muertes, sequías, plagas, etc.) y también, al revés, cualquier desgracia ocurrida no podía ser explicada de otra forma que no sea por el tabú. Sin perjuicio de ello, prolifera en la actualidad numerosa bibliografía que cuestiona que las sociedades primitivas se hayan caracterizado por un estado de anarquía basado en un sistema de justicia por mano propia o venganza individual como así también que, en el llamado pensamiento primitivo, la causalidad haya aparecido sustituida por una estructura pre-lógica arraigada en concepciones religiosas. (De la Rúa, 2014)

Más allá de esa discusión, la historia nos prueba que el castigo se ha manifestado en las sociedades primitivas a través de la venganza grupal, el individuo no existía como tal sino como integrante de una tribu y en consecuencia la ofensa a un miembro del clan era también a todo el grupo, la reacción es, entonces, de todo el grupo contra el autor; la expulsión de la comunidad que implicaba la pérdida de protección del grupo; la composición también era otro mecanismo de castigo válido, entendido como un intercambio entre iguales que solucionaba el conflicto. Los sacrificios y la pena de muerte también existían, pero como respuestas excepcionales: los primeros frente a conflictos accidentales producidos por circunstancias ajenas a los seres humanos, la segunda como reacción a delitos crueles como el parricidio.

A diferencia de lo que ocurre actualmente, el fundamento de la pena era estrictamente objetivo, la culpabilidad aún no juega

2 El tabú designa un comportamiento que es prohibido por una sociedad, comunidad o grupo de personas. En los pueblos primitivos, como no había un derecho escrito, lo que regulaba la conducta de los hombres eran los denominados tabúes, generalmente vinculados a principios religiosos como, por ejemplo: restricciones alimentarias, restricciones sobre relaciones sexuales, etc.

3 La ley del Talión es reconocida por la frase «ojo por ojo, diente por diente». Es un principio de justicia muy antiguo que surge del Código de Hammurabi, elaborado por el rey de Babilonia, y busca garantizar la proporcionalidad entre el daño causado y la sanción aplicada.

papel alguno. Tampoco la responsabilidad era individual, ni siquiera exclusivamente humana. Pero, en materia de individualización y medida de la pena, la famosa ley del talión vino a introducir desde tiempos pretéritos una exigencia que rige aún hoy: proporcionalidad entre el daño causado y el castigo impuesto al culpable.

3. Antiguo Régimen

El Antiguo Régimen es el período de la historia caracterizado por un sector minoritario (nobleza y clero) que detenta el poder político, social y económico sobre el resto de la población. En la línea del tiempo, puede situarse históricamente en Europa durante la Edad Moderna, es decir, en los siglos XVI, XVII y XVIII.

Durante esta época, sobreviven todavía, sobre todo en lo social y económico, muchos rasgos propios de la Edad Media. Las monarquías absolutistas que caracterizaban la época concentraban la suma del poder público, el monarca era el titular del poder ejecutivo, legislativo y judicial. La corona justificaba su poderío en la divina procedencia y en consecuencia solo rendía cuentas a Dios. Por su parte, los súbitos no gozaban de derecho que pudieran ejercitar ante el Estado, sino ciertos privilegios y libertades concedidas por el rey de acuerdo a la condición familiar, corporativa o territorial de cada uno.

El monarca, representante de Dios en la tierra, era quien determinaba qué conductas eran delictivas. Para este modelo de sociedad el delito existía, en consecuencia, cuando se violaba la voluntad de Dios. Se revelaba así una concepción formal del delito basada en la lesión que importa la desobediencia a la norma, a la autoridad. Pero además de dictar las leyes, el rey era quien administraba justicia, aunque lo hacía por medio de funcionarios que actuaban en su nombre.

El proceso penal se caracterizaba por ser inquisitivo en contraposición con el actual sistema acusatorio[4]. La tortura era una

4 En materia procesal penal existen dos grandes sistemas o paradigmas. El inquisitivo por un lado en el que el proceso aparece como un castigo en sí mismo, la privación cautelar es la regla y parte de presuponer la culpabilidad del imputado. Las funciones judiciales están a

herramienta habitual para lograr la confesión del acusado, para investigar no se interrogaba científica y objetivamente sino para obtener un resultado que permitiera ejercer el poder punitivo sobre el objeto investigado, solo se preguntaba aquello que interesara a tal fin.

El sistema de la Inquisición se presentaba como una herramienta del poder destinada a eliminar físicamente a los herejes, a quienes rechazaban el poder centralizado. Zaffaroni, en *La palabra de los muertos* explica que esta época estuvo signada por la llamada criminología demonológica, desarrollada en base al paradigma de San Agustín quien esbozaba la construcción de la sociedad en orden a una dualidad amigo-enemigo, no había grises, ni lugar para la tolerancia: o se estaba del lado del poder o en contra del mismo y, en ese caso, se castigaba. (Zaffaroni, 2011)

Tal vez, máxima expresión del derecho penal de la época es el llamado *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas*, escrito por Sprenger y Kramer, donde básicamente se establecían las reglas de aplicación del castigo, que permitieron -entre otras cuestiones- la quema pública de personas.[5]

La pena y la cárcel en este período tienen un sentido distinto al concebido hoy. La cárcel cumplía en el Antiguo Régimen, una función de guarda, antesala de la verdadera pena, que era supliciante y siempre tenía como objeto el cuerpo del delincuente

---

cargo de un solo órgano y el imputado es considerado como un objeto de persecución al que se le desconoce su dignidad y se le impone la obligación de colaborar con la investigación. El paradigma acusatorio, por su parte, considera al proceso como una garantía individual frente a la pretensión penal de imponer una pena, la prisión preventiva es excepcional, el principio de inocencia es inviolable y las funciones judiciales le corresponden a sujetos diferenciados e independientes entre sí. El imputado en este modelo es considerado como un sujeto y no objeto del proceso, a quien se lo respeta en su dignidad y se le garantiza el derecho de defensa.

5 Con el Malleus Maleficarum es la primera vez en la historia que aparecen integrados en un mismo escrito el origen del mal, sus manifestaciones y la criminalística como método para descubrirlo en la práctica. Probablemente, la única razón por la que el libro se imprime en días modernos es para dar cuenta de la persecución realizada contra las mujeres acusadas por brujería y los razonamientos que la justificaron. Cfr. Kramer, H. y Sprenger, J. (2016) *Malleus Meleficarum ó El martillo de los brujos: el libro infame de la Inquisición*. Barcelona, España: Universitas.

(muerte o tormentos). Como se advierte para esta concepción el delincuente era quien violentaba el sistema político con su desobediencia y la pena venía restituir ese valor político vulnerado a través del ritual público de su imposición.[6]

A través del suplicio y horroroso espectáculo punitivo, la pena cumplía una finalidad preventivo general. El sociólogo Michel Faucault, dedicado al estudio del castigo, develó cómo los sufrimientos corporales aplicados como pena en el Antiguo Régimen debían tener tal entidad para que sean advertidos por los súbditos como un triunfo de la ley y la justicia, no importaba si el castigo era o no justo, sino ejemplificador. (Foucault, 2003)

A comienzos del Siglo XIX desaparece este gran espectáculo de la pena física y pública, el cuerpo y el dolor dejan ser objetos del poder punitivo. Con el advenimiento de las revoluciones, como veremos en los títulos subsiguientes, irá formándose poco a poco, el derecho penal que hoy conocemos.

4. Iluminismo y escuela clásica

La Revolución Industrial glorificó a la naciente burguesía industrial, quién en busca de la hegemonía estructural capitalista y la toma del poder político, logra limitar el poder que aún detentaban el clero y la nobleza. La Revolución Norteamericana, por su parte, representa la génesis del constitucionalismo que impone reglas, a partir de ese momento inexorables, como lo es la imparcialidad de la justicia. Estos hechos, sumados a las ideas de «libertad, igualdad y fraternidad» inspiran la toma de la Bastilla en 1789, disparador de la Revolución Francesa y la Declaración

6 El suplicio de Ravaillac, asesino del rey Enrique IV, es quizás uno de los casos más truculentos y ejemplificativos de las prácticas punitivas del Antiguo Régimen. Cuenta la historia que luego de haberle dado muerte al rey, Ravaillac fue apresado e interrogado durante varios días en los que fue torturado sin piedad. Finalmente, fue condenado a muerte y conducido a la plaza pública donde diversas partes de su cuerpo fueron quemadas con hierros al rojo vivo, la mano ejecutora del crimen fue quemada con azufre ardiendo y en las heridas se vertió una mezcla de plomo derretido, aceite y resina hirviendo. No siendo ello suficiente, se le ató de manos y piernas a cuatro caballos y fue desmembrado, sus miembros fueron quemados y todo su cuerpo quedó reducido a cenizas.

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. El advenimiento de estas tres revoluciones produjo en el escenario mundial un cambio en la visión del hombre y del poder.

Los idearios de este movimiento ponderaban el entendimiento de la realidad mediante la razón y bajo las leyes de la causalidad, secularizando el saber de los dogmas religiosos. El derecho se distingue de la moral, el delito del pecado y así se sientan las bases para la elaboración de un derecho penal laico, fundado en la razón. Esta corriente de pensamiento pasaría a la historia con el nombre de Iluminismo y determinaría el nacimiento del derecho penal liberal.

El nuevo paradigma parte de la concepción del hombre como ser racional, al que se puede determinar mediante la imposición de una amenaza jurídica definida solamente por una ley previa, que sea clara y conocida por todos. La sociedad es considerada como un contrato entre seres libres, en el cual acuerdan ceder parte de sus libertades en pos de la seguridad que el poder público les brinda.[7] Entonces, encontrándose todos los pactantes en condiciones de saber lo que es licito y lo que no lo es, quien decida violarlo perderá la protección que el acuerdo le otorga, haciéndose efectiva la amenaza. El poder punitivo de los gobernantes, en el iluminismo, estará limitado ya que ni el delito ni su castigo podrán ser aplicados arbitrariamente.

Cesare Bonesana, marqués de Becaria, recopiló las ideas de Montesquieu y se convirtió en el mayor exponente del Iluminismo. En su libro *Tratado de los delitos y las penas* atacó con avidez las prácticas del espectáculo punitivo y exigió una reforma, postu-

7 Sin perjuicio de reconocer que no todos los que enarbolaron la bandera del Iluminismo puedan ser considerados, desde la teoría política, contractualistas, pues hay quienes se alejaron del idealismo y optaron por un camino empírico (pragmatismo de Bentham), lo cierto es que estas ideas signaron la época y dotaron de fundamentación teórica al derecho penal del momento. Los autores contractualistas (Rousseau, Locke, Hobbes, etc.), con sus variantes, niegan que la legitimación del poder del gobernante devenga de su linaje o le haya sido concedida por una deidad y en consecuencia recurren a la metáfora del contrato social para explicar el origen de la sociedad. De este modo, el poder era entregado a la autoridad por medio de la celebración del contrato, conservando el pueblo el derecho de resistencia a la opresión en caso de incumplimiento de los objetivos del contrato.

lando ciertas máximas sin las cuales hoy no es posible concebir el derecho penal, tales como el principio de legalidad; la prohibición de interpretación judicial o analogía; la necesaria proporcionalidad entre delito y pena; procesalmente exigió un sistema público y acusatorio de justicia penal que erradicara las torturas del sistema medioeval y en relación al fin de la represión, defendió una teoría preventivo especial y general, rechazando fervientemente -en consecuencia- la pena de muerte. (Bonesana, 1993)

Así, la cárcel aparece cumpliendo casi una función humanitaria. El arte de producir dolor cede ante el arte de domesticar. La figura del verdugo es reemplazada por un cuerpo técnico que se encargan del estudio del delincuente como un objeto: médicos, psicólogos, etc. que buscaban reformarlo. En definitiva, estas ideas liberales de decisiva influencia en materia de Derechos Humanos, pretendieron dotar al castigo y a la punibilidad de una base política de garantías, ahora la pena recaería sobre el alma y no sobre el cuerpo. Pero, igualmente, el suplicio no desaparece por completo, las penas siguen teniendo como componente la imposición de una humillación que actúe como elemento disuasivo, que haga sentir mal a la persona por su accionar (podría decirse que la pena cumple una función de expiación)

La importancia de las ideas planteadas por la corriente del Iluminismo radicó, justamente, en haber sentado las bases para la configuración del derecho penal tal como hoy lo conocemos, sin embargo, esas construcciones teóricas a las que recurrían los autores ya no son necesarias. Las complicadas remisiones a las reglas del derecho natural carecen hoy de sentido en virtud de la codificación convencional y constitucional en materia de Derechos Humanos.

Siguiendo las huellas marcadas por la corriente Iluminista, se conformará la génesis de lo que será denominado peyorativamente por sus críticos positivistas, «Escuela Clásica o Toscana»[8].

8 Enrico Ferri es a quien se le atribuye la elocuente denominación de «escuela clásica» en la que quedarían englobados todos los autores previos al positivismo criminológico, por más que no se tratara de una doctrina unitaria. La referencia es despectiva pues Ferri consideraba que a diferencia de lo que el trío positivista realizaba: ciencia, los autores de la llamada «escuela clásica» no hacían más que especular, todo lo anterior a él era puro espiritismo penal.

Intentará reunir dentro de un sistema, las construcciones teóricas esbozadas por los reaccionarios del Antiguo Régimen. De esta manera, se pretende crear un concepto de delito que pueda ser aplicado en todos tiempos y en todos los lugares, denotando así, una inspiración iusfilosófica claramente naturalista.

El derecho penal tiene un fin de tutela, debe buscar el restablecimiento del orden jurídico alterado, por ello la pena debe consistir en un mal equivalente al mal que ha causado la persona con su accionar ilegítimo. La responsabilidad se sustenta en el libre albedrío y en la imputabilidad moral: el hombre tiene la libertad para elegir entre el bien y el mal, si decide por lo último debe ser castigado.

En este orden de ideas, el delito es concebido desde una visión puramente abstracta, teórica y formalista, se lo entiende como un ente jurídico: oposición del hecho con la norma. Al decir de Francesco Carrara, su principal exponente, el delito es una «infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso» (Carrara, 2000, pág. 34)

El mayor aporte de Carrara consiste en haber sistematizado el saber penal por primera vez en la historia, con un elevado nivel técnico. Al desmembrar la definición nos encontramos con conceptos que a la postre serán los que la dogmática jurídico penal estableció como elementos de la teoría estratificada del delito.

El delito constituye una infracción a la ley del Estado en cuanto violenta las normas de convivencia que éste dicta en cumplimiento del poder que le fue delegado originalmente por los ciudadanos en el contrato social a cambio de la garantía de seguridad. De esta manera, el delito no se define como una acción, sino como una infracción que conlleva ínsita la idea de antijuridicidad, es decir, la contrariedad del autor con la norma forma parte de la esencia del delito.

La conducta para ser punible debe ser el resultado de un acto externo, único medio por el cual el hombre puede afectar un bien jurídico y en consecuencia, castigado. No hay delito sin acción, la sanción sólo puede ser impuesta por hacer algo prohibi-

do (acción) o por no cumplir con lo mandado (omisión), pero no por algo que piense o quiera. Hoy a esto lo denominamos principio de exterioridad y se encuentra receptado constitucionalmente en el art. 19.

Para que el resultado le pueda ser atribuido a su autor, además, este último debe ser moralmente imputable, lo que implica la posibilidad de haber podido escoger con libertad e inteligencia entre la comisión de un delito o no. Al igual que sus predecesores iluministas, Carrara concibe al hombre como un ser racional que conoce de antemano la norma, por lo que su violación es deliberada y en consecuencia es justo que se le retribuya con otro mal (pena).

Finalmente, el autor italiano reconoce, al decir que el delito es políticamente dañoso, que no sólo la víctima se ve afectada sino también toda la sociedad por la desconfianza que se despierta en la población respecto del ordenamiento jurídico. La ofensa a esta última se repara con la pena que viene a reestablecer la confianza necesaria. Para ello, la pena debe ser aflictiva, ya sea moral o física; ejemplar; cierta; pronta; pública y proporcional.

Conceptualizar al delito de este modo, implica por un lado legitimar el ejercicio de la represión pública en manos del Estado, quien lo ejerce monopólicamente por derivación del contrato social y por el otro, limitar el poder punitivo estatal garantizando que, no serán castigados aquellos hechos que no reúnan las características que permitan considerarlo como tal (principio de legalidad).

La tarea del magistrado, entonces, se resumiría en comprobar la existencia de ciertas fuerzas determinantes del delito las que se estructuran en forma similar al modelo anglosajón (actus rea y mens rea)[9]: por un lado fuerzas de carácter subjetivo que se

9 El sistema anglosajón no dispone de un sistema teórico de derecho penal del tipo continental europeo como el nuestro, sin embargo, en los últimos años ha evidenciado un notable acercamiento a las categorías dogmáticas europeo-continentales basándose en un sistema objetivo-subjetivo, es decir, estructurado por un lado sobre el *actus rea* (injusto) y por otro sobre el *mens rea* (culpabilidad). El Model Penal Code, al que la mayoría de los estados han adherido marca un hito en el proceso de codificación norteamericano pero también un alejamiento del Common Law. Cfr. al respecto Bernal del Castillo,

manifiestan en el acto externo (física) y en la intención (moral) y por otro, potencias objetivas que se representan en la violación a la norma penal (física) y en intimidación o mal ejemplo que el hecho produjo en el resto de la comunidad (moral).

5. Positivismo criminológico

A mediados del Siglo XIX el paradigma científico imperante era el propuesto por las Ciencias Naturales, la verdad era tal en la medida que lo que se afirmara pudiese ser corroborado con la realidad, en base a parámetros puramente objetivos y empíricos. La criminología y el derecho penal no resultaron ajenos a las enseñanzas de este paradigma y como derivación, surge el positivismo criminológico. ¿Por qué así denominado?: el término positivismo es sinónimo de realidad, un investigador positivista sólo estudiará cuestiones que sean asequibles al pensamiento humano y comprensible a los sentidos; también positivismo es sinónimo de cierto, hace ciencia y no especulaciones críticas. El positivismo criminológico es la aplicación de aquel pensamiento al campo de lo criminal como veremos.

Durante esta etapa de la historia, el derecho penal deja de ser el centro de atención de los estudios y el delincuente con su personalidad desviada pasa a ocupar un papel protagónico. Los derechos, garantías y demás principios propios del derecho penal liberal, entran en decadencia.

Esta escuela agrupa diferentes autores que confluyen en un discurso médico-antropológico que crea teorías respecto a la persona del delincuente basándose en sus características físicas: se estableció una relación directa entre la fealdad como valor estético y la maldad como valor ético, el feo era malo. Luego, también se relacionaron estos aspectos físicos con los caracteres psíquicos y la influencia que podía tener el ambiente sobre estos sujetos.

El delito ya no es considerado un ente jurídico, sino uno natural determinado por causas biológicas, psicológicas y sociales.

J. (2011). *Derecho Penal Comparado. La definición de delito en los sistemas anglosajón y continental.* Barcelona: Atelier.

Inevitablemente, esto lleva a una modificación en la conceptualización de la responsabilidad, aquí ya no hablamos de seres humanos libres y racionales, sino de seres determinados por la propia naturaleza. El libre albedrío, como fundamento de la responsabilidad, es sustituido por la responsabilidad que surge del solo hecho de vivir en sociedad, la cual debe defenderse de posibles ataques. Así, el fundamento de la pena va a estar determinado por la peligrosidad del sujeto que debe ser neutralizado.

El primero de los autores de esta escuela fue el italiano Cesare Lombroso, quien sintetizó las ideas racistas imperantes de la época. En su libro *El hombre delincuente* expuso una teoría a partir de la cual afirmaba poder identificar en las personas determinadas características físicas que lo convertían en lo que él denominó un delincuente nato. Ciertas desviaciones en la forma del cráneo, la frente ancha, las orejas en asa, etc. eran sintomatología que el sujeto no había logrado completar su desarrollo embriofetal y en consecuencia estaba destinado a nacer delincuente, como tal acabaría delinquiendo en algún momento cuando la sociedad pusiera las condiciones necesarias para ello. (Lombroso, 1876)

Estas conclusiones a las que arribó fueron el resultado de un estudio experimental y de observación que realizó el autor sobre la población de las cárceles de Italia y para probar lo que afirmaba acompañó un porfolio de fotografías de internos con similares características. Ahora bien, hoy en día nos encontramos en condiciones de afirmar, siguiendo a Zaffaroni, que bien podría predicarse respecto a esas características físicas en común de los presos, ser causa de criminalización secundaria (selectividad del poder punitivo), pero no así afirmarse que son causa del delito. (Zaffaroni, 2011)

Enrique Ferri, discípulo de Lombroso adiciona a la teoría biologicista de este último, elementos sociológicos. Consideraba que la defensa de la sociedad habilitaba la imposición de penas que permitieran eliminar a aquellos que por algún defecto pudieran atacar su composición normal. La peligrosidad revelada por el delincuente determinaba la necesidad y cuantía de la sanción, el delito era para Ferri sólo un síntoma del mecanismo descompuesto que era el autor y que podía llegar a tener arreglo

luego de haber sido sacado de circulación por un tiempo (sanción resocializadora) o no, en cuyo caso el mecanismo era descartado y reemplazado (sanción eliminatoria).

Pero esto no termina, la cuestión se pone más interesante. Si hasta acá somos capaces de identificar a partir de determinadas características físicas la peligrosidad de una persona, por qué esperamos a que ésta viole la norma. Raffaele Garófalo, otro autor positivista, resuelve el interrogante. Este autor afirma la existencia de un delito natural, determinado por características físicas que son iguales en todo momento y lugar y que se reduce siempre a violar un sentimiento de piedad o de justicia de la sociedad. Develados en una persona alguno de estos rasgos, era posible -a su criterio- neutralizar de ante mano su peligrosidad congénita y así evitar que llegue a delinquir imponiéndole medidas de seguridad (o, en realidad, penas) aunque no hubiera cometido ningún hecho tipificado como delito por la ley. Esto es lo que dio en llamar: estado peligroso sin delito.

Como se afirmó ninguna de las hipótesis defendidas por los autores del positivismo criminológico fueron científicamente probadas, no hay tecnología alguna que pueda demostrar que un individuo está predestinado a delinquir ni en razón de sus características físicas, económicas, culturales, geográficas, etc. Por suerte, la asombrosa difusión que tuvieron en un momento las ideas propugnadas por esta escuela, al poco tiempo cayeron en desinterés y no pudieron imponerse legislativamente gracias al férreo rechazo de los defensores de un derecho penal liberal.

6. La dogmática jurídico penal

Se le atribuye a la escuela dogmática haber comenzado con el estudio del saber penal en tanto ciencia y para ello elaborará un método de estudio, el sistemático, que le permitirá alcanzar su objetivo: orientar las decisiones de los tribunales.

El objeto de estudio de la dogmática es el derecho positivo, por lo cual partir de un análisis exegético de la ley será indefectible pero no suficiente, además será necesario que el dogmático luego construya una explicación, es decir, una interpretación de

la ley. Esto se logra ordenando lógicamente los conocimientos adquiridos hasta alcanzar conformar un sistema, que en derecho penal se denomina dogmática jurídica. Esta construcción debe caracterizarse por ser coherente, sin contradicciones internas ni tampoco externas, en referencia a que debe guardar compatibilidad con las leyes de mayor jerarquía. Pero por sobre todo, el principal reto de toda construcción sistemática será la de no presentar sus componentes como una mera sucesión de proposiciones doctrinarias, sino que todos los elementos que la componen deben formar parte de un todo ordenado y hacer visible las conexiones entre cada una de las categorías sin que éstas pierdan su independencia.

La dogmática jurídica penal cumple una función esencial, a través de ella se establecen límites y se construyen conceptos que, luego, permiten la aplicación del derecho penal en el caso concreto y en la forma más segura posible. Se pueden distinguir las funciones de la dogmática en:

a. Función Instrumental de garantía: La sucesión lógica de elementos cuidadosamente organizados simplifica el análisis del caso bajo estudio permitiendo una aplicación racional, calculable y uniforme de las normas como garantes de la dignidad y libertad del hombre frente al poder punitivo.[10] Si se utilizara un sistema basado en la simple opinión o puntos de vista de cada juez o fiscal, los casos de arbitrariedad y desigualdad serían mucho mayores ya que estas opiniones podrán variar según sea un amigo o enemigo, según haya presión mediática o no, etc.

b. Función crítica: Es utilizado como una herramienta para poner al descubierto las desviaciones en las que se incu-

10 Como indica Hassemer, la función de la dogmática jurídico penal es dotar de contenido a las leyes, rellenar con un sentido determinado los preceptos jurídicos que por sí parecieran vacíos y con ello, crear reglas de decisión que se generalizaran para los casos similares. En definitiva, facilita, brinda transparencia y genera seguridad jurídica en la tarea de subsunción del hecho en la norma penal. *"La teoría general del delito despliega su eficacia en un nivel de abstracción medio entre la ley y el caso, proyectando la ley sobre la realidad, poniéndola en contacto con el caso y regulando esta comunicación."* (Hassemer, W. (1984) *Fundamentos de Derecho Penal*. Barcelona: Bosch. p.250)

> rre en la práctica judicial en relación a los principios del Estado de derecho. En la actividad judicial diaria muchas veces, las construcciones dogmáticas son reemplazadas por una praxis basada, solamente, en construcciones tópicas en donde primero se decide y luego se buscan los fundamentos. Además, el desmenuzamiento de la norma jurídica le permite al estudioso conocer su contexto y fundamento teleológico, circunstancia que en combinación con criterios de política criminal resultará útil en el proceso de producción, desarrollo y perfeccionamiento del ordenamiento jurídico.[11]

Atendiendo a estas características y recurriendo -por su completitud- a la definición de Silva Sánchez, puede decirse que la dogmática jurídico penal es aquel sistema utilizado como «medio para la aplicación segura, racional e igualitaria del derecho penal que pretende resolver problemas en el marco de determinaciones político-criminales de fines y con ausencia de contradicciones» (Silva Sánchez, 2012, pág. 69). Es, siguiendo al mismo autor, ese «añadido» a la ley penal que nos acerca al alcance de los conceptos.

Queda claro entonces que -pareciera- la necesidad de un sistema es imprescindible sin embargo se reconoce también que la dogmática, como se la conoce hoy en día, merece fuertes objeciones, sobre todo cuando se advierte como algunas culturas jurídicas han complejizado la teoría del delito -por ejemplo en la verdadera exageración dogmática alemana en el estudio de los presupuestos que autorizan el castigo- que llegan a hacer-

11 Roxin en su tratado cita como ejemplo el desarrollo doctrinario que existió en materia de causas de justificación -precisamente en lo que se refiere al estado de necesidad supralegal justificante- al que la jurisprudencia alemana echó mano a finales de la década de los años veinte para justificar la interrupción del embarazo por indicación médica cuando estuviera en riesgo la vida de la madre, mucho tiempo antes de que fuera incorporado al texto positivo del § 34 del StGB vigente desde 1975. (Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito* (Vol. I). Madrid: Civitas. p.209/2010). En nuestro país, sirve como ejemplo la intención plasmada en los Anteproyectos de Código Penal de los años 2006 y 2014 por incorporar al texto positivo de la ley, los supuestos de error de tipo y de prohibición como supuestos de exención de punibilidad, acogidos por la jurisprudencia desde ya hace tiempo.

la comprensible solo para verdaderos técnicos formados para la imposición del castigo[12], olvidando que se trata de un método de comprensión de la ley y que, como toda interpretación, requiere que se conozcan los prejuicios, limitaciones, subjetivismos, etc. que se encuentra detrás del texto y lo condicionan.

También se objeta que la dogmática no ha podido dar cumplimiento a sus fines ya que, en ciertos casos, sirvió como instrumento para facilitar la aplicación de un poder punitivo irracional y arbitrario y, en otros supuestos, las respuestas que la interpretación del sistema da resultan insatisfactorias al no comprender el problema político criminal de un determinado universo de hipótesis.

Finalmente también se le critica por la relación que establece con las normas penales llevando a interpretaciones a límites con el principio de legalidad. Un aporte crítico del valor de la dogmática en este aspecto puede encontrarse en *La Relevancia del Dogmática Penal* de Pablo Navarro, José Peralta y Laura Manrique donde se plantea claramente que la evolución de la dogmática marca con claridad su función, la que no se agota en la interpretación de normas de un sistema determinado sino que ha avanzado en una indispensable función normativa identificando normas y soluciones que se pueden invocar -con independencia de que ellas hayan sido recogidas por el legislador penal- para justificar decisiones (Navarro, Peralta, & Manrique, 2010).

La dogmática jurídico-penal surge como consecuencia del enfrentamiento entre los partidarios del Derecho natural y los codificadores. Por un lado, los racionalistas aspiraban a construir sistemas jurídicos ideales, universales y deducidos de ciertas pre-

12 Cuando no parte del problema pero haciéndose eco de las criticas esbozadas, Roxin, C. (2014). *Derecho Penal Parte General.* Madrid: Civitas, pp. 210 y ss, refiere a la problemática del error de prohibición para ejemplificar que las enmarañadas teorías del dolo y la culpabilidad pueden llevar a resultados que en el caso concreto parezcan injustos, siendo conveniente encontrar una solución que se apegue más a la realidad por fuera del sistema dogmático. También reconoce que en la búsqueda de criterios generales rectores, los dogmáticos elaboran conceptos harto abstractos que terminan distorsionando la realidad y la estructura de la materia jurídica. Así por ejemplo: el concepto unitario de acción, la delimitación entre actos preparatorios y tentativa, etc.

misas básicas. Por otro lado, los codificadores defendían el apego al texto escrito. Tras triunfo del movimiento codificador en el Siglo XIX, el racionalismo debió adaptarse a la aparición de los nuevos códigos y afirmaron que, junto al derecho positivo como objeto de estudio, existen estructuras racionales, universales y permanentes que no deben pasarse por alto. En este contexto la tarea del dogmático sería la de analizar, clasificar y combinar estas estructuras con las disposiciones particulares de los legisladores, hasta lograr su integración en un sistema único.

En los comienzos del desarrollo dogmático, los sistemas fueron elaborados desde una perspectiva clasificatoria o formalista, esto es, un sistema que se limite a ordenar, clasificar y jerarquizar los elementos, sin referencia alguna a los fines del sistema. Esto obedece a la coyuntura política-social del momento: los ordenamientos jurídicos europeos eran considerados como cuerpos coherentes, completos, autosuficientes y racionales sobre los cuales no se ejercía control de constitucionalidad alguno, se basaban en una confianza inusitada del legislador. Entonces, la dogmática solo tenía que cumplir con una finalidad pragmática, facilitar la actividad judicial en el caso concreto, permitiendo la aplicación del poder punitivo. Como el Estado era racional, la aplicación de la ley también lo era y así se justificaba la teoría de la pena, en base a una función positiva, con algunos límites de tipo retributivo.

Pero es claro que la construcción de un sistema con dichas características, en la actualidad, no es posible. La gran expansión legislativa[13] ha derivado en un proceso de descodificación

13 Un exhaustivo análisis ha realizado Silva Sánchez en la obra *La expansión del Derecho Penal,* refiriéndose al fenómeno: "[la] creación de nuevos bienes jurídicos-penales, [la] ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, [la] flexibilización de las reglas de imputación y [la] relativización de los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término expansión" (Op. Cit. p.5). Sobre esta temática también, Cfr. Zaffaroni, R. E (1998) *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia* en Teorías Actuales en el Derecho Penal. Ad Hoc: Buenos Aires, para quien la creciente legislación penal genera un proceso de descodificación por medio del cual los cuerpos jurídicos pierden su ideal de organicidad y siembran la semilla para un `Derecho Penal de Emergencia´ en el que se reemplazan las reglas del derecho penal liberal por una legislación punitiva que si bien no

que torna inadmisible recurrir a la ficción de derecho racional. Entonces, es imprescindible la necesidad de construir un sistema de tipo teleológico que incorpore en su seno el control de constitucionalidad que debe hacerse respecto de toda ley y que, además, tenga presente la funcionalidad o decisión política a la que responde el sistema, para que ésta sea manifiesta y no oculta como pretenden otros sistemas. Solo un modelo concebido en dichos términos será aplicable en un Estado constitucional de derecho, donde su objetivo sea brindar seguridad jurídica, entendida como la seguridad de todos los bienes jurídicos de los habitantes que le posibilitan al ser humano su realización como persona.

Schüneman, advirtiendo sobre la complejidad y dinamismo de las sociedades contemporáneas, agrega la necesidad de construir un sistema «abierto»[14], no cristalizado, que pueda ir amoldándose al desarrollo social y jurídico del porvenir pero sin renunciar al orden de los conocimientos ya alcanzados luego del debate académico científico, de manera tal que se gane elasticidad sin perder la seguridad jurídica que brinda todo sistema dogmático.[15] (Schünemann, 1991)

---

soluciona el problema, proporciona a la opinión pública la sensación de hacerlo. Agrega que la función de quienes participan en la Ciencia del Derecho Penal será la de reconstruir los sistemas interpretativos adecuándolos a las normas internacionales y constitucionales para con ello -y en defensa del Estado de Derecho- dejar al poder actual sin discurso, deslegitimando su práctica punitiva expansiva.

14 Comparte Schünemann el criterio de Roxin, quien elabora una teoría del delito donde los criterios de política criminal adquieren un rol preponderante pues, con un razonamiento lógico, explica que los presupuestos de la punibilidad -teoría del delito- deben estar orientados por las finalidades político-criminales del Derecho Penal, pues de lo contrario el sistema carecería de racionalidad. Cfr. Roxin, C. (2014) Op. Cit. p. 216 y ss.

15 En un interesante artículo titulado *El conocimiento científico del Derecho Penal*, Serrano-Piedecasas expone la necesidad de construir un sistema orientado a la resolución de problemas jurídicos concretos y en cita a Jescheck escribe: *"Lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, en tanto que, [para] Jescheck, las exigencias sistemáticas suponen el entramado lógico cuya perfección posibilita la consecución de tales fines. Así pues, a la construcción lógica de la ciencia penal debe vincularse por necesidad la teleológica, salvo que se quiera convertirla en un simple ejercicio escolástico"* (Serrano-Piedecasas, J. R. (2001). *El conocimiento científico en Derecho Penal.* En L.A Arroyo Zapatero, & I. Berdugo, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "In memoriam"* (Vol. I, págs.659-698). Espa-

6.1 Modelos dogmáticos

La teoría del delito es entonces el resultado del conocimiento científico del derecho penal, es el sistema elaborado para definir, establecer y organizar los presupuestos que habilitan la pena. Las construcciones teóricas del delito anteriores a la dogmática no permitían cumplir con el fin de facilitar la aplicación de la ley a los casos reales, toda vez que partían de lo subjetivo, para recién luego analizar lo objetivo: analizaban primero la capacidad del agente y después revisaban si dicho accionar era relevante para el derecho penal o no, lo que los convertía en modelos metodológicamente erróneos.

La evolución del pensamiento dogmático ha alcanzado, desde ya hace tiempo, un nivel de consenso respecto a cuáles son los elementos que configuran una conducta punible; de hecho cualquier doctrinario se atrevería a definir al delito como una acción, típica, antijurídica y culpable, reconociendo solo alguno de ellos un quinto elemento, la punibilidad[16].

ña: Universidad Castilla de La Mancha – Universidad de Salamanca. p.662)

16 Entre la doctrina española, Jiménez de Asúa, para quien la punibilidad es carácter específico del delito, siendo justamente éste elemento lo que va a convertir cualquier injusto culpable en delito. Al respecto explica que la acción solo nos dice que existe una conducta humana, la antijuridicidad que aquella conducta es contraria a derecho -como también lo puede ser un contrato- y la culpabilidad solo que el agente obró dolosamente. Incluso la tipicidad, que para algunos autores (Mezger, Schmidt) es el elemento más importante y distintivo del delito, para este catedrático de la Universidad de Madrid, el tipo solo significa que la acción ha sido definida en la ley para sacar de ella, alguna consecuencia jurídica, de igual modo que cualquier hecho ilícito puede enervar una indemnización civil. Además enseña que si para la ley, la inexistencia de excusas absolutorias implica tener por confirmado el injusto culpable y habilita el castigo, la concurrencia de alguna de aquellas eximentes debe necesariamente tener por efecto, la prohibición de aplicar la sanción penal y en consecuencia la existencia de aquél hecho delictivo se elimina. En conclusión, para Jiménez de Asúa, la punibilidad no solo que es carácter -y no mera consecuencia- del delito, sino que es su característica más específica y distintiva: *"solo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena"* (Jiménez de Asúa, L. (1945) *La Ley y el delito.* Buenos Aires: Andrés Bello. p.533)

Con una modalidad -en palabras de Silva Sánchez- «dialéctica», aunque vale decir no siempre avanzando en pos de ganar terreno en materia de garantías, la ciencia del derecho penal fue incorporando de a poco cada uno de sus elementos hasta llegar a la actual conformación. El concepto de acción, acuñado por Berner[17] en 1857 pasa a configurar el basamento de toda construcción dogmática sobre la que deben asentarse el resto de los elementos de la teoría del delito. La exigencia de una conducta humana que garantice un mínimo de voluntariedad constituye un requisito ineludible sin el cual la sanción carecería de racionalidad.

Beling[18], en 1906 desarrolla el concepto de tipicidad según el cual para que aquella conducta pueda ser castigada, resulta necesario que la misma se encuentre prevista de antemano por el ordenamiento jurídico. Asegura de este modo el castigo de aquellas acciones que el legislador haya seleccionado para conformar el catálogo de conductas prohibidas, pero al mismo tiempo cumple un importantísimo fin garantístico: limitar el ámbito de actuación del poder punitivo[19].

Por su parte, el último elemento de la teoría del delito necesario para conformar el injusto penal fue traspolado del derecho civil al campo penal por primera vez en 1867 gracias al desarrollo de von Ihering[20]. Aun encontrándose en un tipo penal, la

17 Cfr. Berner, A.F (1857) *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* p. 138 y ss., sobre "La teoría sistemática del derecho penal" citado por Roxin: *"El delito es acción. Todo lo que por lo demás se afirma del delito son sólo predicados que se añaden a la acción en cuanto sujeto"* (Roxin, C. (2014) *Derecho Penal: parte general. Fundamentos de la estructura del delito* (Vol. I) Madrid: Civitas., p.236)

18 Cfr. Beling, E. (1906) *Die Lehre vom verbrechen*, citado por Roxin para quien Beling se convirtió en el fundador de la moderna teoría del tipo al elaborar un concepto de tipo valorativamente neutro, independiente del contenido de la antijuridicidad y de la culpabilidad. (Roxin, C. (1979) *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma, p.56/57).

19 Naucke, W. citado por Silva Sánchez (Op. Cit., p.3. Nota Nº 1) para quien en un comienzo el principio de legalidad no aparece como obstáculo, sino más bien como reforzamiento de una política criminal de signo preventivo, asegurando el castigo. Recién cuando la legalidad aparece como dato preexistente comienza a desempeñar su papel limitador del poder punitivo.

20 Así también lo afirma Roxin, quien reconoce en el trabajo titulado por von Ihering *El momento de la culpabilidad en el Derecho Privado*

conducta será prohibida solo si también resulta antijurídica, pues pueden existir causas de justificación que habiliten al sujeto accionar típicamente.

El concepto de culpabilidad fue aportado por Frank[21] en 1907. Gracias a su desarrollo el derecho penal puede responsabilizar a una persona por su accionar típico y antijurídico, efectuando sobre él un juicio de reproche por no haber actuado conforme a lo que le era exigible.

Como puede advertirse, las nociones fundamentales de cada uno de los elementos de la teoría del delito son fácilmente comprensibles y pareciera que, respecto a su definición, no habría mucha cabida a la discusión. Sin embargo, el contenido concreto de cada nivel y la especial relación por la que cada uno de los elementos se van vinculando, ha variado a lo largo del tiempo -y de hecho aún lo hace- según los diferentes criterios metodológico-científicos de los que se parta y siempre -como se verá- condicionado por el contexto histórico del momento. Sobre esa base, von Liszt desarrolla el primer esquema dogmático: el positivismo jurídico, al que le siguió el normativismo y luego el finalismo; para hoy en día encontrar nuevas corrientes como el funcionalismo de Roxin y Jakobs.

6.2 Positivismo jurídico

Romano, el desarrollo de un concepto de antijuridicidad objetiva. (Op. Cit. *Derecho Penal,* p.236). Ihering encontró la posibilidad de definir la antijuridicidad dentro del Derecho Civil, recurriendo para ello al instituto de la posesión. Al efecto postuló que el interés jurídicamente protegido en la posesión es la normal relación de la persona con la cosa, debiendo el derecho rechazar toda intervención destinada a quebrantar dicha relación. Afirmó que la posesión reclamaba protección contra cualquier especie de sustracción, siendo la clandestinidad, el error, la violencia, la falta de un tercero o el dolo, irrelevantes. Con ello sentó la base para el reconocimiento de un estado antijurídico -es decir, contrario a la ley- netamente objetivo, independiente de la culpabilidad. (Gómez Pavajeau, C.A (enero-junio de 2010). La impronta genética de Ihering en la dogmática penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología.* XXXI (90), p.p 71/87)

21 Cfr. Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Buenos Aires: B de F, p.25/68. Limita el concepto de culpabilidad a la faz interna, como aquella relación psíquica de vincula al autor con algo ubicado fuera de su personalidad.

Esta corriente tuvo auge desde mediados del Siglo XIX hasta la finalización de la Primera Guerra Mundial en 1918, impulsado por dos fenómenos propios del contexto histórico del momento: el positivismo como criterio metodológico-científico por un lado y la crisis socio-política que inquietaba a los Estados europeos, por el otro.

En el ámbito científico, las Ciencias de la naturaleza se habían impuesto sobre las llamadas Ciencias del espíritu, únicamente era ciencia, era verdad, aquello que podía probarse en términos empíricos, lo demás eran meras especulaciones. El objetivo, entonces, era transpolar las reglas del paradigma científico Positivista al derecho lo cual explica por qué el delito y sus elementos, como máxima expresión de abstracción, están presididos -en este modelo- por la causalidad.

A diferencia de lo que sucedió en Italia, donde las reglas del positivismo se volcaron al estudio del delincuente y del delito con un criterio preventivo-peligrosista (Lombroso, Ferri y Garófalo), en Alemania los doctrinarios del derecho complejizaron los criterios positivistas y los aplicaron al estudio de la norma jurídica, conformando el primer sistema dogmático. Este modelo formalista en el que se enrolan autores como Binding y von Liszt (aunque con diferencias) tiene por objeto de estudio y sistematización al derecho positivo vigente.

Von Liszt presenta un modelo simple, por un lado, ubica los elementos objetivos del delito: acción, tipicidad y antijuridicidad que conforman el llamado injusto causal y, por otro lado, el elemento subjetivo: culpabilidad. El injusto se limita a al estudio de solo una parte de la conducta humana, analiza solo el aspecto exterior del comportamiento, aquello que es perceptible por medio de los sentidos y aquí también aparecen, cumpliendo una importante función, las teorías del nexo de causalidad que determinan cuando el resultado producido en el mundo exterior le es atribuido al sujeto; lo único que le importa es buscar la causa física del fenómeno, entonces, el injusto es definido como la causación física del daño social. Mientras que la culpabilidad se limita al análisis de todos los aspectos personales del autor, definiéndola como la causación psíquica.

Este autor define al delito como un «acto culpable, contrario a derecho y sancionado con una pena» (Liszt F. , pág. 264), es decir, reconoce el elemento: acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; el elemento tipicidad aún no había sido incorporado a la sistemática dogmática, pero su función era suplida con el siguiente razonamiento: si hay una conducta que es sancionada con una pena es porque en verdad esa conducta está descripta en el ordenamiento jurídico. En 1906, Beling completa la formulación de Liszt con la incorporación del tipo penal[22], indicando que era metodológicamente incorrecto analizar la conducta, verificar su antijuridicidad, corroborar la culpabilidad del agente, para recién luego comprobar si el código sancionaba dicho accionar, entonces crea una nueva definición: «acción típicamente antijurídica y culpable» (Beling, 1944, pág. 38); es por ello que a este modelo se lo conoce como Liszt-Beling.

Sin lugar a dudas en el desarrollo de la evolución dogmática el positivismo jurídico ha perdido la batalla frente a la escuela de Welzel, aunque actualmente sea puesta en jaque por los teóricos funcionalistas, quienes en cierto modo intentan volver al normativismo. Sin embargo, el sistema clásico, que en nuestro país fue adoptado por Ricardo Núñez y Sebastián Soler, tiene aún defensores en la dogmática alemana actual como Wofgang Naucke quien, si bien postula que todos los sistemas parecen suficientes para arribar a soluciones racionales, por su resultar "fácilmente comprensible y fecundo" se debe preferir el sistema clásico (Naucke W. , 2006, pág. 323).

---

22 La consideración de que toda acción antijurídica y culpable ya de por sí era una acción punible llegó a importar para el Estado un ejercicio del ius punendi por demás excesivo. Los reclamos de los movimientos liberales que ponían de manifiesto la inseguridad jurídica del sistema en el que el juez -a falta de toda limitación- podía someter a pena todo ilícito culpable sin consideración alguna en la graduación del castigo, hizo necesario un recorte. Solo ciertos modos de conductas antijurídicas y culpables habilitarían la intervención estatal, aquellas que estuvieran determinadas en tipos delictivos. Así, junto a la antijuridicidad y la culpabilidad aparece un nuevo elemento conceptual del delito: la tipicidad (adecuación al catálogo); el legislador asumió el monopolio de elevar a la categoría de delitos determinadas conductas antijurídicas asignándoles una pena como consecuencia jurídica, en relación a una firme escala de valores. (Beling, E. (1944) *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo.* Buenos Aires: Depalma)

6.3 Normativismo

El marco histórico gestado por la República de Weimar, período comprendido en Alemania desde la culminación de la Primera Gran Guerra (1918) hasta el ascenso de Hitler al poder (1933), sentó las bases para el desarrollo teórico del modelo de teoría del delito imperante durante el nacionalsocialismo. Durante este tiempo -como veremos- la ciencia alemana del Derecho Penal alcanzó su desarrollo intelectual más alto y exquisito.

Siguiendo postulados kantianos, la escuela filosófica de Baden[23] o también llamada Sudoccidental alemana, inspiró al normativismo penal[24] que criticó al causalismo por cuanto consideraba incorrecta la aplicación de las reglas de las ciencias de la naturaleza al estudio del derecho. En efecto, afirmaba que éste no era fenómeno causal que permitiera derivar el deber ser del ser, sin embargo ello no justificaba negarle la categoría de ciencia. Al respecto sostenían que tanto las ciencias de la naturaleza como las del espíritu eran verdaderas ciencias por cuanto tienen un objeto y un método de estudio propio. La diferencia entre

23 Encabezada por Windelband y Heinrich Rickert, retoman las enseñanzas de Kant en la `Crítica de la razón práctica´ distinguiéndose de su escuela hermana de Marburgo que se inclinó por absorber los postulados kantianos de la `Critica de la razón pura´. Se caracterizó por destacar el vínculo existente entre las categorías del conocimiento y la referencia a determinados valores que se producen en las Ciencias del espíritu, particularidad que las diferenciaba de las Ciencias de la naturaleza. Rickert, en este sentido, postulaba que si bien ambas toman como objeto de estudio a la realidad, la selección que de ella hace cada tipo de Ciencia es absolutamente distinto. En efecto, las Ciencias del espíritu tomaron la cultura como un fenómeno particular dotado de un significado que lo individualiza y distingue de otro proceso cultural; en cambio las Ciencias naturales centraron su atención en los aspectos de aquella misma realidad que permiten elaborar leyes generales. Así afirma Rickert, lo que aparece como esencial para las Ciencias naturales, resulta inesencial para las Ciencias del espíritu. Una panorámica instructiva sobre el pensamiento de Rickert en Cardenal Motraveta, S. (2002) *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*. Barcelona: Universitat de Barcelona, p.297 y ss.

24 En el ámbito penal, se enrolan en el neokantismo autores como Ernst Mayer (1875-1923), quien aportó al descubrimiento de los elementos normativos del tipo; Gustav Radbruch (1878-1949); Edmund Mezger (1883-1962); Reinhard Frank (1860-1934), quien revolucionó el concepto de culpabilidad incorporando la idea de reprochabilidad; entre otros.

una y otra radica, solamente, en que las primeras estudian su objeto desde un punto de vista causal y las segundas, buscan la comprensión del objeto en referencia al valor.

Ello aparejó una consecuencia metodológica importante al permitir el abordaje del estudio del delito a través de dos perspectivas distintas pero conservando cada una el rango científico; la criminología y la dogmática encontraron un plano de actuación propio y emprendieron caminos separados. Por un lado, la criminología adoptando una metodología causal-explicativa se abocaría al estudio etiológico del delito a través de planos sociológicos, psicológicos, biológicos, etc. A la dogmática, en cambio con una metodología comprensivo-axiológica, se le abrió paso para que pudiera dedicarse de pleno a sus elucubraciones refinadas en torno a la esencia y fines del derecho penal a través de los modelos de la teoría del delito.

Comprendiendo de este modo a la ciencia del derecho penal, la tarea del dogmático sería la de comprender -y no solo observar- los fenómenos y categorías jurídicas, más allá de su definición formal. Construyeron una teoría del delito en la que cada uno de sus elementos se refería a valores específicos derivados de los fines del derecho penal.

Esta separación entre las esferas ontológicas y axiológicas, propiciada por el neokantismo, implicó una sustitución del método de estudio formalista del anterior modelo, por un subjetivismo epistemológico y relativismo axiológico. Ello significa que para los partidarios de esta teoría, la realidad sensible (plano del ser) por sí sola carece de sentido, lo relevante es comprender el valor de dicha realidad. Pero sucede que lo que significa la realidad no reconoce una existencia previa que pueda ser aprehendida por el sujeto cognoscente a través de los sentidos, sino que surge del propio proceso de conocimiento (relativismo axiológico). Y separándose aquí de Immanuel Kant que apelaba como imperativo categórico a una «subjetividad trascendental absoluta»[25], el normativismo afirma que cada proceso de cono-

25 Precisamente esto es lo que la distingue de la escuela de Marburgo. La escuela de Baden abandona la razón teórica, la deducción trascendental de la Crítica de la razón pura (todo sin excepción se deduce de las leyes lógicas de la razón) y centra su estudio en la cultura

cimiento se encuentra, a su vez, condicionado por circunstancias histórico-particulares, de este modo será cada sujeto cognoscente quien crea la realidad del derecho positivo mediante la asignación de un sentido (subjetivismo epistemológico).

Este subjetivismo y relativismo axiológico que caracterizó al neokantismo permitió principalmente, en la versión de Edmund Mezger, poner al servicio del régimen nacionalsocialista todo un sistema teórico que, legitimado por un gran bastión de intelectuales alemanes de la época, brindaba -como diría Muñoz Conde- «cobertura pretendidamente científica a las leyes represivas de carácter racista y a todo un sistema basado en la superioridad de la raza aria y la pureza de la sangre» (Muñoz Conde, 2003, pág. 34). Aunque tras la culminación de la gran guerra, este mismo modelo haya sido férreamente combatido incluso por sus propios defensores, en una actitud algo esquizofrénica.

A pesar que todo lo antedicho pareciera significar un cambio trascendental en la teoría del delito, ello no es del todo así puesto que, si bien el neokantismo implicó un cambio en el método de estudio de la dogmática, el objeto sobre el que recaía seguía siendo el mismo que en tiempos del causalismo, esto es, el derecho positivo. Por ello, no logró desprenderse totalmente de los conceptos naturalistas de Liszt y Beling, convirtiéndose, como diría Welzel en una «teoría complementaria del positivismo jurídico» (Welzel, 1979, págs. 198-199).

Esta escuela va a mantener, sustancialmente, el concepto causal de acción, pero a los elementos tipicidad y antijuridicidad, concebidas hasta entonces de manera objetiva y formal, los va a dotar de un contenido material. El tipo deja de ser indicio y pasa a ser fundamento de la antijuridicidad, se incorporan ele-

---

y su desarrollo histórico. Bochenski, citado por Cardenal Motraveta lo resume con claridad: *"Lo que para ellos constituye el fundamento del ser objetivo no son las leyes lógicas, sino las axiológicas, basadas en valores. […] En relación con la "conciencia en general", no existe ninguna realidad trascendente.Y si los juicios basados en las realidades inmanentes alcanzan, sin embargo, pretensiones de verdad y objetividad, ello se debe a la presencia de valores trascendentales, que encierran un deber ser: un juicio es verdadero cuando corresponde a un tener que ser, es decir, cuando se halla conforme a un deber trascendental"* (Cardenal Motraveta, S. (2002) *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Nota N 522 p.300)

mentos subjetivos a nivel del injusto y el concepto de dañosidad social resulta determinante para declarar la juridicidad o no de una conducta. La culpabilidad es el elemento que más cambios reconoce respecto del modelo anterior, se abandona la concepción psicológica para adoptar una teoría normativa basada en un juicio de reprochabilidad y exigibilidad.

6.4 Finalismo

El desarrollo teórico de Hans Welzel tuvo lugar luego de la II Guerra Mundial, desde 1945 hasta la década del sesenta, aunque éste autor haya comenzado a escribir tiempo antes, ya a comienzos de los años veinte. Parte de una crítica absoluta a la construcción de una teoría del delito basada únicamente en torno a fines y valores como proponía el normativismo, toda vez que esto permitiría -tal como lo demostró la historia con Mezger y su participación útil al nacionalsocialismo-, la utilización del derecho por parte de gobiernos autoritarios en su beneficio.

El finalismo implicó un quiebre trascendental frente al positivismo formalista y al relativismo axiológico, buscando revincular el derecho con la moral y la ética. En efecto, para esta corriente el objeto de estudio de la dogmática no debía ser el derecho positivo de un momento o lugar dado, sino que debe centrarse en lo permanente, lo suprapositivo. Si bien pareciera entrañar una vuelta a conceptos propios del iusnaturalismo, ello no es del todo correcto pues, fue el propio Welzel quien advirtió una fuerte crítica a esta concepción. Consideraba incorrecta la remisión a las complicadas reglas del derecho natural ya que éstas no proporcionaban ningún dato objetivo que pudiera fundamentar el deber ser, permitiendo -por absurdo que parezca- una manipulación arbitraria de los conceptos. Ello había quedado demostrado tan solo unos años antes, cuando en nombre del «sano sentimiento del pueblo alemán», invocado como valor supremo, se habían cometido atrocidades nunca antes imaginadas por el hombre.

Entonces, si bien rechazaba la idea de que el derecho positivo podía tener cualquier contenido, la respuesta limitadora y legitimadora no se encontraba en el Derecho natural, debía buscársela

en otro lado y la encontró en el plano ontológico, el plano del ser. Welzel denominó «estructuras lógicos- reales» (Sachlogischen Strukturen) a aquellas categorías permanentes, que tienen incorporadas en su seno una dimensión de sentido, que pertenecen al nivel óntico y que como tal son previas al legislador. Ello implica una postura epistemológica antagónica a la defendida por el neokantismo ya que estas categorías no son creadas por el sujeto cognoscente en el proceso de conocimiento, sino que éste debe descubrirlas a través de un método fenomenológico-deductivo. El legislador, entonces, se ve obligado a respetar estas estructuras para que el contenido de la ley que dicta sea adecuado y no contradictorio, evitando el ejercicio de un poder penal extralimitado. Mientras el derecho construya sus conceptos en base a la realidad será racional y seguro.

Son tres las estructuras lógico-reales que Welzel enumera como fundamentales en la construcción de un modelo de derecho penal y que naturalmente, como luego veremos, repercutirán en la definición de cada uno de los elementos de la teoría del delito finalista. La primera es el concepto ontológico de acción, que exige reconocer el carácter final de la acción y el papel preponderante que juega en ella la voluntad. En segundo lugar, la participación que refiere a la inducción y complicidad a un hecho doloso y el principio de accesoriedad limitada. Por último, la estructura lógico objetiva de la culpabilidad que obliga aceptar el error de prohibición, por cuanto el autor debe haber podido obrar conforme a la norma, conociendo que era antijurídica.

Estas categorías actuarían como un límite interno del derecho, sobre su contenido. Pero a su vez, existiría un límite externo que legitimaría el ordenamiento jurídico y que se relaciona con la concepción de pena y función ético-social que el derecho penal está llamado a cumplir. Según Welzel todo ordenamiento jurídico debe reconocer la autonomía ética del hombre, lo que implica basar su modelo teórico en una concepción antropológica del tipo aristotélica. El derecho debe reconocer al hombre como una persona libre y responsable, solo así podrá obligar. «Así pues, allí donde el mandato estatal degrada a la persona a simple cosa se puede coaccionar, pero no obligar. Es solamente

fuerza o terror pero en ningún caso derecho obligatorio, válido» (Welzel, 1962, págs. 41-42)

En lo que hace a los elementos de la teoría del delito, el reconocimiento del carácter final de la acción va a traer aparejado un giro copernicano no solo a nivel acción. El dolo y la culpa (ubicados, hasta ese momento, sistemáticamente en la culpabilidad) pasan al tipo, conformando un tipo complejo o mixto, con un elemento objetivo y otro subjetivo. El tipo vuelve a ser indicio de la antijuridicidad y en el injusto se desvalorará de manera complementaria el resultado y la acción, dando lugar a una concepción de injusto personal. La culpabilidad se vacía de los componentes psicológicos, quedando reducida únicamente a la reprochabilidad.

6.5 Funcionalismo

Durante la década del setenta comienzan a erigirse las llamadas teorías funcionalistas sobre los cimientos dejados por el finalismo welzeliano. Estos postulados teóricos basan su estructura en corrientes sociológicas que, para esos años, habían adquirido una gran importancia científica-metodológica. Cabe mencionar que el mundo había pasado de una época de esplendor, tras la recuperación del ostracismo dejado por la gran guerra, a encontrarse inmerso en una constante sensación de tensión generada por la guerra fría. Aparecen entonces, paradigmas que ponen en duda todos los ideales imperantes hasta ese momento: se había puesto de manifiesto lo que el hombre era capaz de hacer con otro hombre y con su medio, por lo que era necesario dejar de lado la concepción de sociedad organicista y contractual, a la sazón las nuevas teorías sociológicas giran en torno a la idea de conflicto.[26]

26 A partir de la nueva criminología de los años setenta, la dimensión política se incorpora como un elemento central del fenómeno criminológico, relegando la cuestión etiológica a un lugar secundario para nutrirse preponderantemente de la sociología. Dentro de las teorías de la criminalidad de base sociológica que imperaron durante la primera mitad de Siglo XX en Norteamérica debemos mencionar a la corriente funcionalista, de fuerte basamento en la obra clásica de Emile Durkheim (*Las reglas del método sociológico*, 1895), con gran importancia de la figura de Talcott Parsons (*El sistema social*, 1951),

Tan solo unas décadas antes, tras la culminación de la Segunda Guerra Mundial, el mundo fue testigo del mayor esplendor de la sociedad de occidente: el pleno empleo había alcanzado un nivel jamás antes visto, se propiciaba una igualdad social para todos los ciudadanos, a través de las incipientes organizaciones internacionales se fomentaban valores de consenso mundial, existía un estado benefactor y el orden social era aceptado pacíficamente sobre la idea del contrato social en el cual los ciudadanos cedían parte de su libertad a cambio de la seguridad que el poder público les brindaba; solo una pequeña minoría de 'desviados' atentaban contra este status quo y sólo ellos eran expulsados, perdiendo la protección estatal.

Pero ya a partir de la década del sesenta comenzó el desarrollo de una verdadera revolución cultural que traía ideales como el individualismo, diversidad y deconstrucción de los valores tradicionales. Este enorme cambio social fue seguido de la crisis económica de los años setenta; la sociedad conformista de los años previos descubrió que se encontraba inmersa en un mundo precario, inestable y transitorio. Un mundo que aparentaba ser seguro dio paso a otro en el que imperaba la controversia, el conflicto y la ambigüedad.

Aparece con decisiva influencia, la teoría de la «sociedad de riesgo», postulada por Ulrich Beck, que servirá luego, de base para el desarrollo del derecho penal de riesgo. (Beck, 1998) La revolución tecnológica influyó en las comunicaciones intersubjetivas, provocando que las mismas se desarrollen sin que se pueda individualizar a los emisores y receptores del mensaje, los cuales pueden encontrarse a miles de kilómetros de distancia y

---

pero con el fundamental aporte de Robert Merton (*Estructura social y anomia, 1938*). La posición básica del funcionalismo ante las causas de las conductas desviadas presupone una deficiente introyección individual de los valores universalmente aceptados, por lo que la conformación de una sociedad armónica y estable depende directamente de la capacidad de la sociedad de producir reformas a nivel individual que permitan superar esa falla de socialización. Es en la corriente funcionalista donde se vuelve más evidente la conexión entre enfoque sociológico de las teorías de la criminalidad y el proyecto político de sociedades armónicas, homogéneas, que reflexionase lo menos posible en los disensos, las diversidades y el conflicto. Cfr., Anitua, G. (2004) *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.

mantener un dialogo a través de una pantalla; se habla entonces de una sociedad anónima o, al decir de Zygmunt Bauman, de una «modernidad líquida».[27]

Esta concepción de sociedad, donde no se pueda saber con quién contratamos o de dónde provienen las amenazas, provoca una sensación de riesgo generalizado e imposibilidad de escapar al mismo, llegando al punto de percibir como propios peligros ajenos y lejanos. En esta situación de paranoia colectiva, surge el derecho penal de riesgo que adelanta la aplicación del poder punitivo, creando tipos penales de peligro abstracto, con el único fin de satisfacer esa sensación de inseguridad. Este contexto permite la creación de nuevos enemigos, a quienes se los hace responsable de esos riesgos, que alteran la tranquilidad del orden social vigente.

Obviamente esta resignificación de las Ciencias Sociales tuvo consecuencias inmediatas sobre el derecho penal; los nuevos modelos tratan de integrar los conceptos de la sociología, principalmente crítica, con los de la ciencia jurídica, con el objetivo de reordenar la sociedad a través de la ley. Ya no se concibe a los ordenamientos jurídicos como sistemas positivos, completos y coherentes, sino que éstos deben acercarse a la realidad. El funcionalismo sociológico, representado por referentes como Talcott Parsons y Niklas Luhmann, inspiró la edificación de un innovador y moderno sistema de teoría del delito, principalmente de la mano de Günther Jakobs y Claus Roxin, asentado sobre criterios de política criminal que le asignan una significativa importancia al fin preventivo de la pena, con el logro de develar la necesidad de comunicación entre las normas jurídico-penales y la realidad social, a través de referencias teleológicas y de expectativas sociales derivadas del rol de cada persona dentro de la comunidad.

---

27 *"La nueva soledad del cuerpo y de la comunidad es el resultado de un importante conjunto de cambios radicales que se resumen bajo el rótulo de modernidad líquida. No obstante, uno de esos cambios reviste particular trascendencia: la renuncia –o eliminación- por parte del Estado a cumplir el rol de principal (y hasta monopólico) proveedor de certeza y seguridad, seguida de su negativa a respaldar las aspiraciones de certeza/seguridad de sus súbditos"* (Bauman, Z. (2003) *Modernidad Liquida.* Argentina: Fondo de Cultura Económica. p. 195)

En el ámbito estricto del derecho penal, la apertura del derecho a estos datos sociológicos sumado a las inconsistencias de los modelos dogmáticos anteriores al funcionalismo, principalmente en materia de atribución de causalidad, llevó a la aparición de modelos netamente casuísticos que vinculen cada una de las categorías del delito a los fines y funciones que tiene el derecho penal en la sociedad. Se generan así, sistemas eclécticos[28] en el que se valore y se analicen lógicamente las normas legales un determinado derecho positivo pero sin ignorar el aspecto ontológico. Ello entraña, por un lado, una vuelta al normativismo ya que los conceptos de acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad no obedecen a una realidad (como lo proponía el finalismo), sino que deben ser creados por el legislador para dar respuesta a esas funciones y fines del derecho, pero sin implicar una renuncia al ontologicismo finalista, pues las políticas criminales se mueven en el plano óntico.[29] Esta particular orientación político-criminal de los nuevos modelos, permiten dar mejor respuesta a las sociedades pluriculturales, en las que se hace harto difícil sostener un razonamiento basado en supuestas estructuras inmutables del ser.[30]

A fin de cuentas, se produce un giro trascendental en la teoría del delito, abriéndose un nuevo camino a tendencias que otorgan

28 En este sentido, Silva Sánchez que se refiere a las corrientes posfinalistas, caracterizando su método de estudio de signo ecléctico (Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, p.100 y ss.). La dogmática penal adopta un nuevo proceso metodológico: renuncia al modelo rígido de naturaleza lógico-constructivo y adopta un sistema de mayor flexibilidad.

29 El mismo Roxin afirma que en la actualidad las tendencias dominantes en la doctrina del derecho penal alemán no parten de realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino que están orientadas a los cometidos y finalidades propios del derecho penal. En este sentido expresa: *"Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas coinciden en su punto de partida normativo"* (Cfr. Roxin, C. (2012) *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania" Indret: Revista para el análisis del Derecho (4), p.4)*

30 Silva Sánchez citando a Naucke considera que el fin de la "fe socializadora" implicó una reestructuración dogmática del derecho penal orientándolo a fines inspirados en criterios de política criminal (Cfr. Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF, p.39)

prevalencia a las consideraciones teleológico-normativas. A nivel injusto (acción, tipicidad y antijuridicidad) ya no interesa el desvalor de la acción o del resultado, la función del injusto será la de determinar una relación de causalidad concreta entre el hecho y el autor, para ello buscan crear una teoría general que pueda ser aplicada a todos los casos: teoría de la imputación objetiva. Y, a nivel culpabilidad, ya no importa el juicio de reproche o la exigibilidad de una determinada conducta sino que, lo que va a ser determinante, es la idea de prevención como función a cumplir con la pena. Esto implica un cambio total en la forma de análisis de la teoría del delito –principalmente por la importancia que se otorga a la teoría de la imputación objetiva-, ya no se parte de los elementos del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para permitir la imposición de una consecuencia jurídica: pena; sino que, en el modelo funcionalista, se irá de atrás para adelante: la pena va en busca de un responsable, que será determinado en base a esas reglas generales de imputación.

Etapas del Dogmatismo

1. Introducción

Superando al determinismo del positivismo criminológico, la dogmática desarrolló un estudio científico denominado teoría del delito, el cual permitió establecer la existencia de un delito.

Esta teoría se compone de la concurrencia de elementos también denominados categorías; su funcionamiento consiste en que, si la categoría concurre, el razonamiento sigue con el análisis de la siguiente y así sucesivamente hasta finalizar. En caso que cualquiera de las categorías no proceda, el razonamiento queda interrumpido y no se pasa al siguiente, con lo cual no habrá delito. En consecuencia, para que haya un delito es necesario la concurrencia de todos estos elementos o categorías, si uno de ellos falta, deja trunco el razonamiento y por lo tanto no hay delito.

Así observaremos que dichos elementos son:

1. Acción: consiste en el comportamiento (comprende acción propiamente dicho y omisión).
2. Tipo, que contiene una acción ilustrada en un tiempo verbal que describe una figura
3. Antijuridicidad, concepto que alberga las causas de justificación o permisos para delinquir. Esto es si procede la causal, la conducta será jurídica y por lo tanto la antijuricidad no procede
4. Culpabilidad, término que contiene a su vez elementos sensibles: capacidad, libertad e intención.

Cada una de estas categorías son analizadas por distintas teorías o posiciones con sus matices, a saber: causalismo, normativismo y finalismo. Después son actualizadas con las concepciones contemporáneas del funcionalismo alemán.

2. Positivismo jurídico o Causalismo.

También denominado concepto clásico del delito, tiene como exponentes a Von Liszt y Beling; cabe señalar que el positivismo

jurídico no debe confundirse con el positivismo científico o criminológico, cuya esencia es el determinismo.

Con el afán de brindar seguridad a la aplicación del derecho esta posición considera al derecho como dotado de plenitud separándolo de cualquier otro contenido que no fuere el mundo exterior. Por lo tanto, no influyen aquí otras ciencias y disciplinas: medicina, psicología, sociología, etc.). Se sostiene por lo tanto una clara separación siempre con la idea de fortalecer al derecho.

Hace uso del concepto causal, propios de las transformaciones del mundo exterior. En ese sentido, en cuando a la acción se está ante la presencia de una acción mecanicista que no admite componentes de otra índole sean estos subjetivo o valorativo[31].

> Ej. El homicida que apuñala a la víctima causa la muerte mediante un movimiento corporal al atravesar con el puñal el corazón de aquél

De este modo la acción que es descripta a través de un verbo, encuentra cabida en el tipo que precisamente contiene una descripción objetiva de una actividad atribuida al autor.

Posteriormente, concurre la antijuridicidad, la cual está presente cuando la acción típica se contrapone con el derecho, este análisis es una valoración que el intérprete debe realizar y se da cuando frente a la acción típica no concurren causas de justificación o permisos para delinquir fijados en el derecho positivo (antijuridicidad formal). Ej. El sujeto que mata en legítima defensa, si lo hace para defender la vida propia ante la agresión de un ladrón[32].

Por último, el aspecto subjetivo tiene su lugar en la culpabilidad, entendida desde una perspectiva psicológica, esto significa

---

31 Jorge De laRua – Aída Tarditti – Derecho Penal Parte General pág. 203 Hamurabi – Depalma 2014

32 Ricardo C. Núñez "Manual de Derecho Penal Parte General" 4 ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González 1999 pág. 53/54; Carlos J. Lascano (h) Derecho Penal Parte General. Advocatus 2002 ps 80/81

que el sujeto es imputable: con **capacidad**; con **libertad** elige qué hacer; con **conocimiento**, sabiendo el significado de su obrar y aun así lo hace. Con la **presencia de dolo o culpa**. Ej. El homicidio doloso, un hombre con capacidad (mayoría de edad y salud mental), elige accionar un arma contra una persona humana, sabiendo que con su accionar suprime una vida; en el homicidio culposo un sujeto, violando reglas de cuidado, conduce a excesiva velocidad, colisiona y ocasiona lesiones a terceros.

3. Normativismo

El origen de esta posición reconoce a la influencia del neokantismo[33], aplicado al campo del derecho desarrolla un método para comprender sus fines o ideas. En lo que hace al derecho penal se refleja en la corriente denominada normativismo, teleologismo o neoclásica, reconociendo como principal exponente a Mezger.

Reconoce como punto de partida al positivismo jurídico en lo atinente a la presencia de la acción mecanicista que permite la descripción de un acontecimiento, sin embargo, para complementarlo le suma un componente de índole valorativo, que encuentra su ámbito en un derecho de contenido supralegal. En él tendrán cabida la idea o fin de justicia o de un fin justo a través de pautas culturales conformadas por la educación, la moral y la religión entre otros[34].

Por lo tanto, si un sujeto mata, la acción causal deberá verse acompañada por una apreciación valorativa que permita determinar el disvalor de ese resultado. Apreciación que muestre que es perjudicial tanto para la víctima como para la sociedad.

Esta valoración se plasma en la relación que se produce del tipo con la antijuridicidad, la cual dio lugar a la aparición de un tipo denominado "tipo de injusto".

---

33 Mir Puig, Santiago, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal" en "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales". Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba 200, pág. 61 y

34 Carlos J. Lascano (h) Derecho Penal Parte General. Advocatus 2002 ps 80/81; Ricardo C. Núñez "Tendencias de la Doctrina Penal Argentina" Opúsculos de Derecho Penal y Criminología nro. 1 Lerner 1984 pg. 19

Hay **"tipo de injusto"** cuando una conducta encuadra en el tipo, la que será antijurídica en la medida que no concurra una causa de justificación. Por el contrario, si procede una causal de justificación la acción que es típica será jurídica y en consecuencia no habrá delito. Cabe señalar que la naturaleza de las causas de justificación es esencialmente valorativa pues si bien prevé condiciones formales para su aplicación; también requiere un aspecto material que supera a aquél y encuentra cabida en el derecho supralegal, cuyo contenido está más allá del derecho y deberá buscarse en un componente cultural integrado por la educación, la moral y la religión, entre otros. La función del contenido supralegal es el logro de la realización de la idea del derecho o de la justicia.

Sucede así, porque la sustancia y aplicación de cada causal exige necesariamente realizar un ejercicio de vincular el tipo que contiene a la acción con las distintas condiciones que permitan aplicar o desechar la concurrencia de una causal. Ej. Para determinar si un sujeto mata a otro mediando legítima defensa, es necesario que el intérprete tomando el tipo que contiene la acción verifique si lo acontecido encuadra en las exigencias que prevé la ley, esto es legítima defensa. Si lo hizo en legítima defensa, el comportamiento será jurídico, por el contrario, si no procede la causa de justificación el comportamiento será antijurídico y se seguirá con el análisis de la categoría siguiente, esto es la culpabilidad.

Por lo tanto, a diferencia del positivismo quien es pura relación causal, se está ante la presencia de un **"tipo de injusto"**[35] que apareja un concepto compuesto integrado por el tipo que contiene a la acción y la no concurrencia de una causa de justificación que determinará la presencia de antijuridicidad.

Respecto a la culpabilidad, el normativismo sostiene la existencia de dos aspectos: uno el subjetivo y otro, el valorativo o de reproche.

Así, mantiene el componente subjetivo del positivismo jurídico integrado por la capacidad, el dolo y la culpa; sin embargo,

35 V. Jorge De La Rúa – Aída Tarditti "Derecho Penal Parte General 1. Hamurabi DePalma, 2014 ps. 204/06

le agrega un aspecto más al considerar que la culpabilidad también tiene un aspecto de disvalor.

Este disvalor – contrario a valor – significa que el sujeto daña intereses particulares o colectivos de una sociedad en circunstancias de cierta normalidad, en los que estaba presente la clara posibilidad que el sujeto pudiese elegir obrar sin dañarlos. Dichas circunstancias pueden reconocer un componente de naturaleza supralegal.

Este resultado dañoso merece un reproche valorativo, (juicio de reprochabilidad) toda vez que pudiendo obrar sin dañar un bien, el sujeto elige obrar contrariamente dañándolo[36].

Ej. Un sujeto mata otro: sí lo hace con capacidad y obrando con dolo o culpa. Ahora, si concurrían condiciones o circunstancias de normalidad, sin riesgos o peligros hacía su persona o sus intereses; en los que libremente podría haber optado por no matar, es indudable que además del reproche objetivo (positivismo jurídico), aquél se acompaña de un reproche valorativo porque dada las circunstancias debía haber actuado conforme a derecho sin ocasionar lesiones a bienes de terceros.

4. Finalismo

Esta posición teórica aparece como secuela del régimen nazi que condujo a Alemania y al mundo a la Segunda Guerra Mundial, y es en consecuencia una repuesta al positivismo y al normativismo.

Su fundador fue Welzel, explica la teoría del delito a través de condiciones ontológicas prejurídicas consistente en estructuras lógicas objetivas que el Derecho Penal debe considerar cuando las asocia con la pena. Estas estructuras no son otra que los ele-

36 Frank, Reinhard, Sobre la estructura del concepto de culpabilidad, trad de Gustavo E. Alonso y Tea Low B de F. Montevideo, 2000 ps. 42 y 44

mentos que constituyen la teoría del delito: acción final y culpabilidad.

Para el finalismo la **acción humana** no era sólo una concepción de un proceso mecanicista ciego, lineal o causal sin inclusión de contenido que lo acompañase, sino que considera que la acción debe incluir al comportamiento causal, un contenido volitivo, en otras palabras, dirigido a una finalidad. Por esa razón, se dice que la acción en el finalismo es una acción vidente[37], pues aplicando el significado de aquellas personas que predicen el futuro, la acción tiene un componente subjetivo – el fin – que permite determinar la meta, destino o fin de esa acción, situación que no sucedía con el positivismo o teoría causal.

Por lo tanto, si un sujeto mata a otro, no alcanza con describir la acción mecánica que permite al sujeto matar, esto es el acto corporal que permite manipular un arma con la cual acciona un mecanismo que dispara el proyectil que contiene un arma de fuego. Sino que a ello deberá agregarse el componente volitivo esto es accionar el arma con fin de privar de la vida a la víctima[38].

Esta conformación de la acción es un concepto de índole ontológico, término que se aplica cuando se busca determinar aquellos elementos sustanciales o esenciales de la naturaleza del ser, en el caso que nos ocupa de la "acción".

Así las cosas, sin dudas al sostener que la acción tiene un componente subjetivo aparejó efectos en otras categorías o elementos del delito.

Ya no será más un tipo causal, sino que se le suma un componente subjetivo consistente en el fin de la acción acometida (dolo o culpa), por esta razón los finalistas señalan que <u>el tipo penal se subdivide en dos aspectos</u>: el **tipo objetivo** que describe la conducta y el **tipo subjetivo** que da cuenta del fin.

---

37 v. Ricardo C. Núñez "Manual de Derecho Penal Parte General" 4 ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González 1999 pág. 55; Carlos J. Lascano en Derecho Penal Parte General Advocatus 2002 pg. 81/82; Jorge De La Rúa – Aída Tarditti "Derecho Penal Parte General 1. Hammurabi Depalma, 2014 ps. 204/06

38 Welzel, Derecho Penal alemán, Parte General 1970, 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1970 p. 95

Por su parte, la antijuridicidad muestra también dos aspectos, al que llama disvalor del resultado, que es la colisión con el orden jurídico; y el disvalor social del acto, que se evidencia con un fin Ej. Privar la vida a un sujeto.

De este modo el finalismo construye un concepto abarcativo de los aspectos señalados que denomina "**injusto personal**"[39]. Para esta posición tiene relevancia la actuación del sujeto y su contenido, no agotándose en la causación del resultado o disvalor del resultado (lesión del bien jurídico), sino que, en atención a la finalidad del derecho penal de influir en el comportamiento de los seres humanos, también presupone un desvalor de la acción. En consecuencia, los injustos del resultado y la acción dan lugar a la concepción del **injusto personal.**

Finalmente, la culpabilidad – estructura lógica objetiva – tiene otra composición, distinta al positivismo o causalismo, hay una reubicación del componente psicológico (dolo y culpa), que es desplazado a la acción dando lugar a un tipo penal que se evidencia en un injusto personal (tipo penal objetivo y subjetivo)

La pregunta entonces es: ¿Qué queda en la culpabilidad?

Se integrará sólo con un contenido valorativo consistente en un juicio de reprochabilidad dirigida a quien teniendo **capacidad** y **conociendo** lo que hace, no se motivó o determinó a obrar de un modo distinto. En otras palabras, mató o robó pudiéndolo no hacerlo.

5. Funcionalismo

Las teorías que nos preceden (positivismo, normativismo y finalismo) son consideradas como repuestas ontológicas, frente a ellos surge las concepciones contemporáneas de la teoría del delito cuyo objetivo principal es analizarla a las luces de las finalidades político- criminal de la pena o con la función del derecho penal. Dentro de la posición hay dos líneas principales: el fun-

39 Welzel, Derecho Penal alemán, Parte General 1970, 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1970 p. 96

cionalismo teleológico – política criminal – de Claus Roxin; y el funcionalismo sistémico de Günther Jacobs

En **Roxin**[40], tiene relevancia la política criminal, con lo cual si bien tiene en cuenta categorías integrantes de la teoría del delito (acción, tipo, y culpabilidad), estas necesariamente deben verse acompañada de las **valoraciones de política criminal.** Por lo tanto, a diferencia de las tres teorías precedentes, el funcionalismo profundiza valoraciones de política criminal, las que están dirigidas al logro del fin de prevención de la pena; este aporte tiene mayor cabida en las categorías del tipo y de la culpabilidad.

Así, teniendo en cuenta la imposibilidad que un sistema penal pueda responder a todos aquellas acciones, construye un criterio valorativo que permite descartar aquellas conductas que, aun encuadrando en la ley penal, dada su entidad no pueden ser alcanzadas por la norma al carecer de la necesidad de imposición de una pena.

Entiende que la vida cotidiana trae consigo riesgos tolerables para la sociedad, ej. el tránsito vial, actividades vinculadas a la industria, al deporte etc.; estos riesgos son considerados como tolerables o permitidos y no son reprochables. Por encima de éste, la acción es entendida como **riesgo no permitido** y como tal merecer una pena.

Por lo tanto, surgen puntos de partidas orientativos que pueden sintetizarse en:

a. Un resultado causado por el agente sólo se imputa al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico – no cubierto por un **riesgo permitido**. -
b. Ese **peligro** se ha **realizado** en el resultado concreto.

De este modo, un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado **un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se realiza o consuma en**

40 Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.342

el resultado[41]. Ej. Disparar un arma de fuego a corta distancia de la víctima realiza una acción considerada como riesgo no permitido o tolerable, acción que realiza un resultado: muerte.

En la culpabilidad, tiene en cuenta la responsabilidad, que es un elemento relevante. Se busca determinar si el sujeto individual merece una pena por el injusto realizado. El presupuesto necesario de la responsabilidad es la culpabilidad del autor. Esta concurre cuando el sujeto se halla en condiciones espirituales y anímicas para ser motivado por la norma.

Jakobs, por su parte se enmarca en el funcionalismo sistémico, teniendo influencia en su exposición la sociología sistémica.

Entiende que la función del derecho es la estabilización de las expectativas sociales, para ello identifica a la teoría del delito con una teoría de la imputación.

Tiene en cuenta el proceso comunicativo como modelo de orientación para los contactos sociales, en especial Jakobs fija su propia teoría la cual reposa sobre el rol, función asignada a cada sujeto en el desenvolvimiento diario en la sociedad y del que se espera un correcto ejercicio.

Ello así, entiende que existe una idea del dominio causal a través del principio funcional sistémico de defraudación del rol asignado normativamente[42].

Esto sucede cuando estando obligado por un deber, no se evita un resultado. Se imputan por lo tanto las desviaciones respecto de las expectativas que se esperaba del portador del rol. Son ejemplos de roles en sociedad: padre y madre de familia, esposo y esposa, gobernante, juez, médico, sacerdote, guardavidas, profesor, estudiante y cualquier otra actividad, profesión u oficio. Por lo tanto, los criterios de imputación buscarán garantizar la seguridad de expectativas conforme al buen desempeño de los roles.

---

41 v. Cancio Meliá, Manuel, "Los orígenes de la teoría de la adecuación social" Universidad de Externado, Colombia, 1998, pág.58 y sigts.

42 v. Jakobs, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal, Grijley, Lima, pg.1/37

Ya respecto a la culpabilidad, también es reorientada desde la perspectiva del fin de prevención general de la pena (se impone la pena para que no se delinca), despoja a esta categoría de un contenido psicológico, considerando culpable a quien con su accionar o comportamiento fue infiel al rol que la sociedad le asigno y, en consecuencia, al derecho. Su comportamiento desleal, no motivado al respeto del derecho, determina necesariamente un castigo para mantener la confianza general en la norma[43].

43 Cfme. Jakobs, Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid 1997 ps. 579/81

Capítulo 2
Teoría de la ley penal

Fuentes del Derecho Penal

1. Significado

En sentido amplio, la expresión *fuentes del Derecho* puede conllevar cierta ambigüedad, toda vez que se emplea para designar fenómenos diferentes. En este orden de ideas, Hans Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho,* afirma que la expresión fuente del derecho es utilizada para hacer referencia a diversos aspectos: 1) Razón de validez de las normas. En ese sentido la norma superior es *fuente* de la inmediatamente inferior. 2) Forma de creación de la norma. Así el acto legislativo es *fuente de la ley;* el acto de sentenciar lo es de la sentencia; la costumbre, de la norma consuetudinaria, etc. 3) Forma de manifestación de las normas. La Constitución, la ley, los decretos serían en este sentido *fuentes del Derecho.* 4) Por último, se habla de *fuentes* como el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc., que determinan la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica.[1]

Más allá de este abordaje amplio efectuado por Kelsen, en lo que aquí interesa, desde el punto de vista de su terminología, a las fuentes del Derecho se le atribuye un doble significado. Por un lado, se entiende por *fuente* el sujeto que dicta o del cual emanan las normas jurídicas, y recibe el nombre de *fuente de producción*. Por otro lado, también se le asigna la denominación *fuente* al modo o medio por el que se manifiesta la voluntad jurídica, es decir, la forma como el derecho objetivo se cristaliza en la vida social, lo cual se conoce como *fuente de cognición o de conocimiento*.[2]

1 Ossorio, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales", 1ª Edición Electrónica, Ed. Datascan S.A., Guatemala, p. 550 y ss.

2 Fontan Balestra, Carlos, "Derecho Penal. Introducción y Parte Ge-

2. Fuentes de producción

En cuanto a las fuentes de producción, es el Estado quien tiene la facultad exclusiva para producir el derecho penal, pues tiene el monopolio de la potestad punitiva.

En el caso de la Argentina, es el Estado, de modo excluyente, quien se encuentra facultado para producir el Derecho Penal. Así, por disposición expresa del artículo 75, inciso 12, de la C.N., el Congreso es el órgano encargado de dictar el Código Penal para todo el país. No obstante ello, debe entenderse que ley penal no es sólo el Código Penal, sino también todas aquellas disposiciones de orden penal que se encuentren previstas en las diversas leyes de la Nación, o inclusive de las provincias.

En relación a esto último, si bien se entiende que los delitos sólo pueden ser establecidos por el Poder Legislativo Nacional, también las provincias mantienen su facultad para incriminar faltas, o contravenciones, como un desprendimiento directo de las potestades explícitamente reservadas por estas, conforme arts. 32 y 121 de la C.N.[3]

También no debe perderse de vista que los organismos municipales están dotados de ciertas facultades sancionatorias, esto es, dictar normas que imponen o prohíben conductas en orden a la regulación de las actividades atinentes al municipio (v. gr. código de faltas).[4]

3. Fuentes de conocimiento

En materia penal, la única fuente de Derecho es la Ley. Si bien la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina podrán tener influencia más o menos directa en la sanción y modificación de las leyes, ellas no puede ser consideras fuentes de Derecho Penal.

Ello tiene su basamento, en el principio constitucional de legalidad, consagrado en el art. 18 de la C.N., pues cumple una

---

neral", Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 82.

3 Id nota anterior, p. 82 y ss.

4 Creus, Carlos, "Derecho Penal. Parte General", 3º ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 50.

función de garantía, política de libertad, certeza y seguridad jurídica para todos, pues restringe el poder estatal de coerción penal al exigirle que únicamente pueden ser consideradas como delictivas las conductas descriptas en el texto de la ley y reprimidas con las penas que ésta conmina en abstracto.[5]

4. Consideración de la costumbre, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la analogía

Como ya se dijera, el principio de legalidad importa que las fuentes inmediatas de conocimiento del derecho penal queden reducidas a la ley. Para considerar punible una conducta dada, el juez no puede acudir ni a la doctrina, ni a los principios generales del derecho, ni a la costumbre, ni a la jurisprudencia, otorgándoles aquel carácter. No obstante ello, algunas de ellas pueden funcionar como fuentes mediatas o secundarias.

4.1. La Costumbre

Se constituye a partir del uso constante y general de una regla de conducta por parte de los miembros de la comunidad, en función de lo cual adquiere el carácter de fuente de conocimiento del derecho, sin la intervención de un órgano del Estado que realice un acto expreso de creación.[6]

En el derecho penal argentino, dada la vigencia de los principios de legalidad y reserva, que exigen la ley escrita previa, la costumbre no constituye una fuente inmediata de conocimiento, por lo que no puede dar base a la creación de tipos delictivo. Los arts. 18 y 19 de la C.N. excluyen que la costumbre integrativa pueda ser fuente mediata de conocimiento del derecho penal, pero no impide que ella pueda tener influencia en el juicio sobre licitud o ilicitud de una conducta.[7]

---

5 Lascano (h), Carlos Julio, "Derecho Penal. Parte General", Ed. Advocatus, Córdoba, 2005, p. 144.
6 Id. nota anterior, p. 144.
7 Id. nota anterior, p. 145.

4.2. Los Principios Generales del Derecho

El Código Civil y Comercial Argentino, en su art. 2 establece: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento."

De este modo, los principios, que deben ser extraídos por el juez en cada caso particular, comprenden las garantías constitucionales de legalidad y reserva, las que excluyen la utilización en materia penal de cualquier otro principio que resulte contradictorio. Por ello, los principios generales del derecho solo pueden tomarse en cuenta por el órgano jurisdiccional de aplicación de la ley penal, como un medio de interpretación teleológica pero nunca como fuente de conocimiento del derecho penal.[8]

4.3. La Jurisprudencia

En sentido amplio, se la entiende como las sentencias de los órganos jurisdiccionales que aplican el derecho a cada caso concreto. En sentido estricto, como las Resoluciones de los más altos tribunales de justicia. Tal jurisprudencia no puede constituir en nuestro sistema jurídico el carácter de fuente de conocimiento de derecho penal, solo es adecuado cuando hace referencia a un conjunto de sentencias numerosas o repetidas y en sentido concordante sobre cierta materia. Ciertos fallos de los jueces pueden actuar como modelos y ser utilizados para resolver casos semejantes en igual sentido.

La interpretación de la ley penal realizada por los magistrados en sus sentencias, tiene fuerza obligatoria solo en caso concreto sometido a juzgamiento y no puede tener efecto vinculante para otros supuestos similares que se decidan en el futuro. En nuestro sistema de gobierno el juez no puede atribuirse la función legislativa que es la exclusiva fuente de la predicción de la ley penal. El control difuso de la C.N. reconoces a los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, solo puede producir el efecto de invalidad tales disposiciones en relación al caso concreto,

8 Nuñez, Ricardo, "Manual de Derecho Penal-Parte General", 5º Edición, Ed. Lerner, Córdoba, 2009, p. 146.

pero de ninguna manera puede ser entendida como creación de normas penales.

Frente a fallos contradictorios sobre una misma cuestión jurídica, emanados de distintos tribunales, se ha propugnado la necesidad de lograr la uniformidad de la jurisprudencia a través de la fuerza obligatoria mediante los denominados acuerdos plenarios Un sector de la doctrina argentina considera que la obligatoriedad de los fallos plenarios es lesiva del principio de legalidad, implica la creación de una norma general que establece la interpretación vinculante de un tipo delictivo, en relación a conductas no comprendidas en caso concreto sometido a juzgamiento, para los tribunales que en el futuro deban resolver situaciones fácticas semejantes.[9]

Nuñez, hablando del acuerdo plenario, entiende que no se trata de una ley, sino de un acto del régimen interno de las cámaras, porque se le reconoce los efectos de la ley misma al afirmarse que obliga a todos los jueces y extiende su autoridad sobre todas las personas y hechos jurídicos. La observancia obligatoria por los tribunales inferiores de la doctrina de los fallos plenarios es inconstitucional; entorpece el desarrollo de la interpretaron de la ley, impidiendo su enriquecimiento. La doctrina solo se impone por su valor científico y su fuerza moral.[10]

4.4. La Analogía

En el derecho penal liberal el juez debe descubrir la voluntad de la ley, por lo que se le permite tanto la interpretación extensiva como la interpretación analógica ordenada por la misma ley penal.

Pero, como ya fuera dicho con anterioridad, tales supuestos de interpretación de la ley penal no deben ser confundidos con el recurso a la analogía como fuente del derecho penal, a fin de llenar los vacíos legales de punición o zonas de impunidad que se generan cuando la conducta que el magistrado analiza en un caso

9 Lascano, ob. cit. p. 146 y ss.
10 Nuñez, ob. cit. p. 85

concreto no guarda estricta concordancia con la descripción abstracta contenida en el tipo penal que podría serle aplicable.[11]

La prohibición de la aplicación de la analogía como fuente del derecho penal, será abordada seguidamente, al tratar los presupuestos del principio de reserva.

5. Los principios fundamentales del derecho penal explícitamente reconocidos en la Constitución Nacional

La Constitución Nacional de 1853 ha establecido los basamentos de un derecho penal liberal, que prioriza la libertad y la racionalidad, como sus principios fundantes (ver art. 19 C.N.).

Derivado de tales principios basales, la Carta Magna ha determinado como principios fundamentales del derecho penal los de legalidad, reserva, y humanidad; y que resultan explícitos y derivados del sistema constitucional.[12]

En este orden de ideas, debe quedar claro que dichos principios constitucionales –como otros que no se encuentran aquí mencionados-, emergen como verdaderos límites a la potestad punitiva, esenciales a todo Estado de derecho, y que se traducen en condiciones necesarias tanto para la atribución de responsabilidad penal como para la imposición de la pena.

5.1. Principio de legalidad

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege,* procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach, quien a comienzos del Siglo XIX vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791).[13]

---

11 Lascano, ob. cit. p. 150.

12 De la Rúa, Jorge y Tarditti Aida, "Derecho Penal- Parte General" 1º Ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 83.

13 Mir Puig, Santiago, "Bases Constitucionales del Derecho Penal", Ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 71.

En este orden de ideas, Beccaria, uno de los principales responsables en trasladar el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, al respecto decía: *"… sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad".* Los jueces no pueden, consiguientemente, *"aumentar la pena establecida por las leyes, ni siquiera bajo pretexto de celo o de bien público".*[14]

En Argentina, este principio está consagrado como garantía en el art. 18 de la C.N., en cuanto reza: *"Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso",* estableciendo, de este modo, la garantía propia del derecho penal liberal fundado por Beccaria.

La citada garantía significa que la configuración de una infracción, por leve que sea, así como su represión, es materia que hace a la esencia del Poder Legislativo y escapa a la órbita de las facultades ejecutivas y judiciales. De él nace, en primer lugar, la necesidad de que exista una ley que, configurando la infracción, mande o prohíba algo, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido. Sin embargo, según el mismo precepto, para que se pueda aplicar una sanción penal al que infrinja esa norma, es preciso que, al lado de la infracción configurada, exista al mismo tiempo una sanción destinada para el infractor.[15]

Con esto se quiere significar que el principio de legalidad señala que sólo puede recibir pena el sujeto que haya realizado una conducta ilícita específicamente descripta como merecedora de dicha particular especie de sanción, por medio de una ley que esté vigente en el momento de su realización. En definitiva, sólo constituye delito la conducta que como tal ha sido prevista por la ley penal al asignarle una pena.[16]

Por otro lado, desde una óptica funcional, esta garantía constitucional al requerir la existencia de una ley anterior al hecho

14 Id. nota anterior, p. 72.
15 Nuñez, Ricardo, "Manual de Derecho Penal-Parte General", 5º Edición, Ed. Lerner, Córdoba, 2009, p. 76.
16 Creus, ob. cit. p. 52 y ss.

que se juzga, como determinante de una particular consecuencia penal (la pena) para una conducta ilícita, implica extirparle la potestad penal represiva al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial, y de este modo, dejarla exclusivamente en manos del Poder Legislativo.[17]

Finalmente, cabe mencionar que además de su recepción en la Carta Magna, el principio de legalidad tiene acogida en tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados en el art. *75,* inc. 22 C.N., a saber: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11.2); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. *15,* 1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 40. 2).

Roxin[18] dijo que tradicionalmente se distinguen cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de "prohibiciones", de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario o la costumbre para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. Estas cuatro prohibiciones o limitantes, si bien pergeñadas por un autor alemán, resultan de plena aplicación en el sistema penal argentino, por lo cual serán desarrolladas a lo largo de la exposición de este capítulo.

5.2. El Principio de reserva

Se entiende que este principio es inherente a la garantía de la legalidad establecida por el art. 18 de la C.N. Presupone que lo punible siempre debe estar exhaustivamente determinado por la ley penal, y todo lo que queda al margen o fuera de ese ámbito está reservado como esfera de impunidad, más allá de lo ilícito, inmoral o perjudicial que resulten los hechos cometidos. Esta garantía se consagra en el art. 19 de la C.N., segundo párrafo,

---

17 Creus, ob. cit., p. 53.

18 Roxin, Claus, "Derecho Penal – Parte General - Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", Tº 1, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 140.

en cuanto establece: *"Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."*

Se considera que este artículo constituye la cláusula que mejor resguarda la libertad civil frente a los actos represivos del Estado.[19]

Como presupuestos o condiciones de su existencia, el principio de reserva admite los siguientes: la determinación de los hechos punibles; la determinación legal de la pena; y la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía.

5.2.1. Determinación de los hechos punibles

La separación de lo que es punible de lo que no lo es, representa una condición básica del principio de reserva penal. Ella se logra mediante el acuñamiento de un *numerus clausus* de hechos punibles.

Los hechos punibles no se confunden con los tipos delictivos, también llamados tipos penales o legales o figuras delictivas, que tienen una función principalmente sistemática. El hecho punible no se limita a la definición formal de los hechos delictivos, sino que comprende todos los presupuestos legales de la pena como son el disvalor jurídico del hecho definido (su antijuridicidad), el reproche a su autor (su culpabilidad) y la posibilidad de su castigo en el caso concreto (su punibilidad)[20].

5.2.2. Determinación legal de la pena

A los efectos de excluir la arbitrariedad de la represión por parte del Estado, no basta con la determinación legal de los hechos punibles, sino que también es necesario que el principio "*nullum crimen sine lege"*se complemente con el de*"nulla poena sine lege",* previsto en el art. 18 de la C.N.

Ello implica, que la garantía de reserva no se satisface con la simple determinación legal de que el hecho debe ser castigado o que merece una pena, sino que demanda la determinación concreta de la pena conminada para cada delito. Esto requiere que la pena esté directamente referida al respectivo hecho delictivo y

19 Nuñez, ob. cit. p. 79.
20 Nuñez, ob. cit. p. 80.

que esté individualizada por su especie y medida. De igual modo, esta individualización no exige, tratándose de penas mensurables por razón del tiempo, que su finalización esté predeterminada, sino que basta que la ley señale si la pena es temporal o perpetua, y en el primer caso, si su duración es determinada o indeterminada, con arreglo al cumplimiento de ciertas condiciones.

Por su parte, las penas que se cuantifican en razón de su cantidad, deben estar siempre determinadas en su monto; lo cual no se contradice porque su monto dependa de cálculos a realizar sobre bases preestablecidas, como sucede si la cantidad de la multa se hace depender del monto del perjuicio pecuniario causado por el delito, o se adopta el criterio del día multa[21].

5.2.3. Prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía

La prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía en perjuicio del imputado, resulta una consecuencia ineludible de la regla *nullum crimen, nulla poena sine paevia lege*, es decir, del principio de legalidad. En razón de ello, el Poder Judicial se encuentra impedido de castigar un hecho por su semejanza o similitud con otro que la ley castiga, lo que recibe el nombre de analogía legal; o por analogía de la necesidad de protección en el caso concreto, denominada analogía jurídica.[22]

En la *analogía legal*, al caso que no se halla contemplado en la ley, se le aplica la norma que regula un caso similar; de esta manera, aquel no queda comprendido implícitamente en la ley, sino que es el juez es quien determina que el no previsto es merecedor de pena al igual que el previsto por la ley. En definitiva, la aplicación analógica legal proviene del convencimiento del magistrado de que si el legislador hubiese previsto tal conducta, le hubiese aplicado la misma pena que a la que expresamente previó en la ley, es decir, crea una norma "copiando otra".[23]

Por su parte, en la analogía jurídica, el hecho no contemplado por la ley, es regulado por el propio juez con una norma que él mismo crea, para lo cual toma como punto de partida los prin-

21 Id. nota anterior, p., 80 y ss.
22 Id. nota anterior, p. 81.
23 Creus, ob. cit. p. 59

cipios generales que inspiran la legislación vigente al momento de emitir su fallo. En otras palabras, el magistrado lo que hace es "crear" realmente una norma totalmente ausente en la legislación, ello como una expresión determinante especificadora de punición.[24]

En resumidas palabras, los presupuestos que permiten afirmar que en una hipótesis dada se aplica analógicamente el derecho, resultan los siguientes: primero, que el caso no esté contemplado en la ley; segundo, que el caso, por sus características, posibilite la aplicación de una regulación existente o la determinación de la punición por el juez; lo primero por su similitud con un caso especialmente regulado, lo segundo porque el caso no regulado puede considerarse merecedor de sanción dentro de las direcciones finalistas (teleología) que orientan los principios generales en que se apoya el derecho vigente.

Finalmente, cabe mencionar que existe consenso en doctrina en cuanto se admite que la prohibición por analogía de la ley penal rige indefectiblemente cuando perjudica al imputado (denominada analogía *in malam partem).* Distinto es el caso cuando se pretende aplicar la ley penal por analogía *in bonam partem,* lo cual resulta admisible como una derivación directa de las garantías constitucionales, las que funcionan en beneficio y no para perjudicar al imputado.[25]

6. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional

Desde la Constitución Nacional del año 1853 se consagra, en su Artículo 31, el carácter de "ley suprema" de los tratados internacionales, aún cuando su ubicación jerárquica normativa debía dilucidarse a la luz del sistema jurídico argentino, incluidos los artículos 27 y 67 de la misma Constitución. Con la reforma de la Carta Magna argentina, realizada en 1994, se ha establecido de modo explícito que los tratados internacionales son superiores a las leyes nacionales y que determinados tratados e instrumen-

24 Id. nota anterior, p. 60
25 Nuñez, ob. cit., p. 82.

tos internacionales en materia de derechos humanos poseen jerarquía constitucional o pueden, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, alcanzarla (Art. 75 de la CN).

De este modo, el art. 75 incorporado con la reforma del 94, en su inciso 22 dispone, entre otras cosas, que los siguientes tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, a saber: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Luego, se han ido incorporando otros instrumentos internacionales a los que también se le reconoce jerarquía constitucional[26], estos son: la Convención Sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, y la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

De esta manera, con la incorporación y la jerarquía constitucional otorgada a dichos instrumentos internacionales, queda conformado lo que se denomina el "bloque de constitucionalidad". Bidart Campos[27] ha sostenido que tal bloque sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la Constitución y en la integración de sus vacíos. Refiere que toda la Constitución (su Primera Parte más el resto del articulado), en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional (más los que la adquieran en el futu-

26 En este aspecto, el mismo artículo 75 inc. 22, dispone que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

27 Bidart Campos, Germán, "Manual de la Constitución reformada", T. I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 276.

ro), componen un "bloque" que, por un lado, tiene igual supremacía sobre las leyes infraconstitucionales –entre las que se encuentran las leyes penales-, y, por el otro, forma una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí.

Ahora bien, la conformidad o contrariedad de las leyes penales con la Constitución se lleva a cabo a través del llamado control de constitucionalidad, que corresponde al Poder Judicial, y se efectúa en cada caso concreto; mientras que la conformidad de las leyes con las convenciones internacionales, se realiza mediante el denominado control de convencionalidad (en el ámbito supranacional lo efectúa el órgano ante el cual ha sido demandado el Estado alegándose el incumplimiento de un instrumentos internacional, y en el ámbito nacional lo hace el Poder Judicial en los casos concretos sometidos a su decisión).[28]

Otra cuestión a tener en cuenta, es que las normas contenidas en los tratados de derechos humanos gozan de presunción de operatividad, salvo que de una interpretación gramatical de su texto, surja un carácter programático.

Asimismo de acuerdo lo establece el mismo art. 75 inc. 22 de la CN, los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional son "*complementarios de los derechos y garantías de la Constitución",* de modo que en caso de controversia, debe prevalecer el texto constitucional.[29]

De esta manera, el anexo de estos instrumentos internacionales al "bloque de constitucionalidad" lleva ínsito el reconocimiento de antiguos principios básicos del derecho penal ya consagrados en la Carta Magna (v. gr. legalidad, reserva y humanidad, entre otros), como el agregado de nuevos derechos en materia social y económica, y el desarrollo del concepto de los derechos de las personas como accesorio a su calidad humana (v. gr. derecho a la no discriminación, prohibición de torturas, del genocidio, etc.), con validez no solo en cada Estado, sino en todo el mundo.

28 De la Rúa, Jorge y Tarditti Aida, ob. cit. p. 99 y ss.
29 De la Rúa, Jorge y Tarditti Aida, ob. cit. p. 101.

6.1. Principio de legalidad y reserva

Como bien ya fuera expuesto al momento de abordar estos principios precedentemente, ambos se encuentran contemplados en diversos tratados, a saber: en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 11.2; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 15.1; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 9.

6.2. Principio de humanidad

La totalidad de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional refieren a reglas de humanidad, las que en su aspecto general aluden a: 1. la exclusión de penas y tratos crueles que impliquen una afrenta a la dignidad de las personas atento constituir sufrimientos físicos y psíquicos, tales como los tormentos, torturas, lapidación, mutilación, etc.; 2. la exclusión de penas y tratos degradantes que implican el desconocimiento de la dignidad del penado como persona, como pueden ser los experimentos médicos, la castración, etc.; 3. exclusión de penas y tratos infamantes, como la pérdida de derechos civiles, o la constante estigmatización por su calidad de condenado.[30]

La pena de muerte se encuentra prohibida tanto en el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante ello, los arts. 6.2 y 4.2 de los respectivos instrumentos, prevén su aplicación solo en caso de delitos graves, con sentencia definitiva y ley anterior, ello con ciertas condiciones que deben ser cumplidas. En el caso de Argentina, al haber sido abolida la pena de muerte (cfme. art.18 de la CN), se aplica el art. 4.3 de la CADH, en cuanto dispone que este tipo de pena no se restablecerá en los estados en que ha sido abolida.

Asimismo en cuanto a formas especiales de delincuencia que afectan el principio de humanidad, son varios los tratados que los prevén, a saber: 1. Tortura: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ratificada por Argentina en el año 1987 mediante la Ley 23.338.

30 De la Rúa, Jorge y Tarditti Aida, ob. cit. p. 105.

2. Genocidio: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Argentina la suscribió en el año 1955 por decreto-ley 6286/56, luego ratificada por Ley 14.467. 3. Segregación: Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial, ratificada por Argentina por Ley 17.722. 4. Crímenes inhumanos: Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, la que adquirió jerarquía constitucional en Argentina a partir de la sanción de la Ley 25.778, de fecha 02 de septiembre de 2003. 5. Desaparición forzada de personas: Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belem do Pará, Brasil, en el año 1994. En Argentina recibió estatus constitucional a través de la Ley 24.820.

Los gráficos que se exponen a continuación, ilustran la manera en que estaba dispuesto el orden jerárquico de las leyes previo a la reforma constitucional del año 1994, y luego de ella.

Antes de la reforma constitucional de 1994 – Art. 31 C.N.

Luego de la reforma constitucional de 1994 – Art. 31 y 75 inc. 22 C.N.

La Ley Penal

1. Concepto

Se entiende por ley penal aquella disposición escrita y general, que emana del órgano legislativo del Estado, que tiene por objeto establecer los principios que deben regir el derecho penal, definir como delitos determinados hechos ilícitos y exigir las respectivas penas o las medidas de seguridad para los partícipes de éstos.[31]

Similar acepción sigue el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, en cuanto entiende por ley penal a la que define los delitos, determina las responsabilidades o las exenciones y especifica las penas o medidas de seguridad que a las distintas figuras delictivas o de peligro social corresponden.[32]

Este concepto de ley penal refiere a una norma jurídica en sentido estricto o formal, toda vez que resulta ser la única que emerge como fuente de conocimiento del derecho penal.

Por el contrario, existen otro tipo de reglas jurídicas que si bien configuran la ley en sentido amplio o material (v. gr. Constitución Nacional, decretos, resoluciones, etc.), y son fuente de deberes y derechos subjetivos, no han sido creadas o sancionadas

31 Lascano, ob. cit. p. 151.
32 Ossorio, ob. cit., p. 550 y ss.

por el Poder Legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo, conforme los mecanismos establecidos por la CN.[33]

2. Elementos de la ley penal

Si bien las leyes penales participan de los mismos elementos que el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico, no debe obviarse que aquellas presentan notas distintivas en su estructura.

En este sentido, la ley penal contiene dos elementos: el precepto y la sanción. La sanción es la pena, o eventualmente la medida de seguridad. Mientras que el precepto describe una hipótesis de hecho. El legislador en ocasiones emplea frases extensas, y otras veces utiliza una descripción simple. Ejemplo.: *"Art. 79 del C.P.: Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se estableciere otra pena."*

En definitiva, toda disposición penal, para ser tal, debe reunir los elementos que se detallan a continuación.

2.1. El precepto o presupuesto o antecedente

Designa la conducta (hecho) jurídicamente ilícita (antijurídica) que es merecedora de pena, constituyéndola así en delito. Siempre hace referencia a una conducta ilícita, la que, como tal, en principio está prohibida, sin perjuicio de que en el caso particular se den permisiones que le quiten dicho carácter. A diferencia de otras leyes, la penal no contiene en el precepto normas imperativas, en el sentido de que describa taxativamente la conducta "lícita" -obligada o debida por el sujeto-; cuando en los elencos penales encontramos una disposición de ese carácter, veremos que entonces la ley penal no funciona como tal, sino como ordenamiento jurídico general.[34]

2.2. La sanción o consecuente

Está constituida por la pena o medida de seguridad como una consecuencia necesaria de la realización de la conducta prohi-

33 Lascano, ob. cit. p. 151 y ss.
34 Creus, ob. cit. p. 64.

bida. Es algo característico y que debe estar presente en toda norma penal, pues si ella no contuviera sanción, no sería tal.

3. Caracteres de la ley penal

En relación a los caracteres que se le asigna a la ley penal, sin perjuicio de otros que puedan ser consagrados por ciertos sectores de la doctrina, se pueden señalar los siguientes como esenciales:

- Escrita, como una derivación directa del principio de legalidad, en cuanto todos sus destinatarios puedan conocer con exactitud los delitos y sus penas.
- Estricta, puesto que debe tener precisión tanto para la descripción del delito, como respecto de la determinación de la pena. Ello implica la exclusión de la analogía en perjuicio del imputado.
- Exclusiva, en tanto resulta ser la única que actúa como fuente de creación de los delitos y sus consecuencias jurídicas (sanciones), en función de los principios de legalidad y reserva (arts. 18 y 19 de la CN).
- Obligatoria, lo que implica que todos deben acatarla; por un lado, los particulares que deben abstenerse de llevar a cabo la conducta ilícita activa u omisiva; por otro lado, los jueces, que deben aplicar la correspondiente pena a quien ha incurrido en un conducta ilícita. En este aspecto, cabe agregar que los órganos del Estado que tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal, frente a una hipótesis delictiva, están obligados a actuar de oficio, y por ende, a procurar la aplicación de la ley penal al caso concreto. Resulta excepción a esta regla, aquellas acciones dependientes de instancia privada y las acciones privadas propiamente dicha, que requieren de la intervención de la víctima del delito como impulsora de la acción penal.
- Ineludible o irrefragable, en cuanto no podrá ser eludida su aplicación mientras dure su vigencia. Solo una ley posterior de igual jerarquía podrá derogarla o modificarla,

expresa o implícitamente. Esto descarta la posibilidad de pérdida de vigencia por desuso.

- Igualitaria, como expresión del principio de igualdad ante la ley. La ley penal no puede individualizar o particularizar a sus destinatarios, tampoco puede admitir fueros personales o prerrogativas que permita a ciertas personas quedar excluidas de su alcance. En definitiva, incluye a todos los que se encuentren en igualdad de circunstancias.
- Constitucional, entendiendo que la Constitución Nacional es jerárquicamente superior a las leyes nacionales, resulta por demás evidente que la ley penal deberá ajustarse a las expresas directivas de aquella.
- Descriptiva de tipos no comunicables entre sí, en cuanto no existen lagunas del derecho que puedan ser integradas mediante la analogía con otros preceptos de la ley penal.[35]

4. El Federalismo y la Ley Penal

La Constitución Nacional cuando en su Preámbulo refiere: *"Nos los representantes del pueblo de la Nación argentina, reunidos en Congreso General constituyente, por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes.....",* no hace más que reconocer expresamente la preexistencia de soberanías provinciales, de donde proviene el poder constituyente.

De este modo, en función de la cronología institucional argentina, lo primero fueron los municipios, luego las provincias y por último la nación. Son las provincias, las que delegan ciertos poderes que la nación ha de efectivizar y se reserva otros de ejercicio discrecional.

El sistema federal establecido por la Constitución Nacional en su artículo uno, implica tres órdenes de gobierno: a) El gobierno Federal, con jurisdicción en todo el territorio de la Nación sobre las materias que las provincias le han delegado por medio de la Constitución Nacional; b) los gobiernos provinciales, con juris-

35 Lascano, ob. cit. p. 153 y ss.

dicción en sus respectivos territorios, sobre las materias no delegadas; c) los gobiernos municipales sobre las materias de esta índole que le han delegado las constituciones y las leyes locales.

Esta resulta entonces la raíz histórica e institucional de la división de la legislación penal en tres instancias independientes e inconexas entres sí, derivada del sistema federal de estado y de la forma republicana de gobierno.

4.1. En el orden nacional

Corresponde al Congreso dictar, en forma exclusiva y excluyente, la siguiente legislación.

- *El Código Penal,* sin alterar las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones[36]. Se consagra de este modo una legislación común a todo el país, por ser materia delegada por las Provincias a la Nación, en virtud de la cual impera uniformidad de concepto respecto del elenco de los delitos y sus respectivas penas, en toda la extensión de su territorio. En este orden de ideas, el art. 75 inc. 12 de la CN diferencia la atribución para dictar normas de derecho común y de derecho federal, lo que se encuentra a cargo del Poder Legislativo, de la atribución jurisdiccional para resolver conflictos sobre la primera de esas materias, a cargo, en principio, de los estados locales. En otras palabras, y de acuerdo a lo establecido por los arts. 5, 116 y 112 de la CN, las provincias se reservaron la aplicación de la ley común por sus respectivos tribunales locales y, por interpretación extensiva, la sanción de sus códigos de forma, a fin de regular el pertinente procedimiento judicial. La reserva mencionada proviene de la reforma constitucional de 1860, que acrecentó las atribuciones expresamente preservadas para sí por las provincias[37].

36 Ley 48 y sus modificatorias; art. 116 C.N.

37 GéllI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina – Comentada y concordada-", 2ª Ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires 2004, Pág. 560 y ss.

- *La legislación nacional en materia penal*, dentro de la cual se puede distinguir, en primer lugar, la que describe conductas y establece penas sobre materias que no se hallan contenidas en el Código Penal, y que puede ser de aplicación provincial[38], o federal[39]; ello en razón de la materia, de las personas o el lugar de los hechos. En segundo lugar, la legislación complementaria destinada a perfeccionar el espectro de la materia represiva del Código Penal o sus disposiciones generales, también de aplicación provincial o federal, según sea el caso. Por último, la legislación especial de aplicación exclusivamente federal en razón de la característica propia de sus normas, tendientes a garantizar la soberanía nacional, el sistema de gobierno y la seguridad política y económica de la nación.

4.2. En el ámbito provincial

Corresponde a la legislatura local dictar:

Los códigos y leyes procesales (Constitución de Córdoba, art. 104, inc. 24).

Todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por la Constitución sin alterar su espíritu (v. gr. Constitución de Córdoba, art. 104 inc. 1º)

Reglamentar el poder de policía en materia de autorización y represión de juegos de azar, cuyo ejercicio compete en forma exclusiva a la Provincia, a través de los organismos que ella determina (v. gr. Constitución de Córdoba., art. 104, inc. 39º).

---

38 Se pueden mencionar como ejemplo, entre otras, la Ley nº 11.723 de propiedad científica, literaria y artística; la Ley 12.331 sobre Profilaxis antivenérea; La Ley 13.944 de Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar; la Ley 14.346 de Actos de maltrato y de crueldad con los animales; la Ley 22.421 de Conservación de la Fauna Silvestre; la Ley 24.270 de Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

39 A modo de ejemplo, se pueden citar la Ley 22.415 que contempla delitos aduaneros; la Ley 23.544 de Defensa Nacional; la Ley 23.592 de Discriminación y Persecución Racial y Religiosa; La Ley 23.737 sobre Estupefacientes; la Ley 24.051 sobre Residuos peligrosos, la Ley 27.260 que contempla el régimen penal tributario, entre otras.

Sancionar las leyes sobre delitos de imprenta, conforme art. 32 de la C.N. En cuanto a la provincia de Córdoba, la Constitución en su decimosegunda disposición transitoria expresamente establece: *"Hasta tanto la Legislatura sancione la ley sobre delitos de imprenta, rigen en la materia las disposiciones pertinentes del Código Penal Argentino"*. A la fecha, no ha sido sancionada ley que reprima este tipo de delitos en la provincia de Córdoba.

4.3. En el orden municipal

Corresponde al Consejo Deliberante dictar el Código de Faltas municipal. Se trata de una delegación a favor del Municipio de una cuota del poder provincial, establecida en la Constitución local como atribución de la Legislatura (v .gr. Constitución de Córdoba, art. 104, inc. 10º).

5. La Ley Penal en Blanco

Las leyes penales en blanco fueron así denominadas por el penalista alemán Karl Binding refiriéndose a aquellas que imponen una sanción, pero la descripción de la figura delictiva a la que se refieren, está contenida en otra norma jurídica, pudiendo remitirse a otra ley penal o de otro sector del orden jurídico, o a alguna norma reglamentaria, jerárquicamente inferior, que necesariamente las debe complementar.

En este sentido, la norma no puede deducirse del tipo de la ley penal sino que habrá que acudir a otras disposiciones de leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas municipales, etc. La ley formal o material que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal, de modo que si la ley penal en blanco remite a una ley que aún no existe, no tendrá vigencia hasta que se sancione la que la completa.

De acuerdo a Nuñez, se trata de leyes cuyo tipo es abierto porque debe ser completado, mediante la definición de las especies que comprende, por otro acto legislativo o por otra instancia legislativa; como es el caso de aquellas materias que, debido a su contenido cambiante, requieren de una regulación flexible.

En este sentido, si bien una ley penal puede ser completada por otra de igual jerarquía legislativa, o inclusive por un decreto o reglamento emitido por el Poder Ejecutivo, lo cierto es que ello no constituye una excepción a la regla de indelegabilidad de la facultad legislativa establecida constitucionalmente. Por el contrario, las leyes de esta especie se mantienen en el marco de la legalidad represiva exigida por la división de los poderes, siempre que su complemento se encuentre establecido por una ley en sentido constitucional, o por un reglamento del Poder Ejecutivo, cuyo contenido no exceda el marco de lo definido y alcanzado por la ley principal.[40]

Siguiendo la postura de Mezger, el mismo comprende a la ley penal en blanco en aquellas situaciones en las cuales la consecuencia penal se vincula a la trasgresión de una orden o prohibición, cuyo contenido debe ser llenado por distintas normas.

Así, distingue dos formas de tipos penales abiertos que requieren ser complementados:

- *Leyes penales en sentido amplio*: cuando el complemento (tipo) se halla contenido en la misma ley que conmina la pena. Se trata de un problema de técnica legislativa. Se formula en primer término la prohibición legal y después, en un parágrafo de conjunto, se sancionan con determinadas penas las infracciones de tales y cuales parágrafos de la ley; o cuando el tipo se encuentra contenido en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa. Como ejemplo, el ya citado artículo 206 del C.P. que sanciona con prisión de uno a seis meses al que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal.
- *Leyes penales en sentido estricto*: cuando el tipo se halla contenido en otra ley atribuido a otra instancia o autoridad. Éstas son las leyes penales en blanco en sentido estricto. Como ejemplo se puede citar el art. 205 del C.P.: *"Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia".*[41]

40 Nuñez, ob. cit., p. 77.
41 Fontan Balestra, ob. cit. p. 105 y ss.; Lascano, ob. cit. p. 157

Por su parte, Nuñez hace la siguiente distinción de la ley penal en blanco:

- *En sentido propio*: estructurada mediante dos actos de legislación, uno de determinación genérica y otro de creación específica da la conducta punible por la instancia legal complementaria. Ejemplo de ello sería el ya citado art. 206 del CP. Se trata de un supuesto que no entra en conflicto con los principios de legalidad y reserva, siempre que los reglamentos ejecutivos se ciñan a operar *intra legem*, desenvolviendo las individualidades del género legalmente determinado;
- *En sentido impropio*: castiga específicamente determinadas conductas violatorias de lo que en algunas materias ordena la ley, decreto, reglamento, etc., sin posibilidad creadora a favor de estas disposiciones. Ejemplo de ello lo configuraría el art.143, inc. 4 del C.P, que reprime al jefe de prisión u otro establecimiento penal que colocare al detenido en lugares del establecimiento que no sean señalados al efecto.[42]

No obstante lo dicho, conviene aclarar que no todas las hipótesis legales de reenvío de una ley a otra disposición constituyen casos de leyes penales en blanco. En este aspecto, queda desplazada esa calificación para las llamadas "leyes penales en blanco al revés", en las que el precepto es lo que está específicamente determinado y el reenvío se produce para la determinación de la pena, siendo ello el resultado de una pésima técnica legislativa. Igualmente tampoco podrá considerarse ley penal en blanco la que, determinando con especificidad el precepto, se reduce a remitirse, explícita o implícitamente, a otra distinta, para caracterizar determinados elementos del tipo, lo cual es un procedimiento sistemático ineludible en la constitución del derecho, sobre todo si se tiene presente la relación que existe entre el hecho jurídico según el ordenamiento jurídico y el delito como hecho ilícito penado.[43]

---

42 Cfr. Nuñez, Ricardo C., "Derecho penal argentino. Parte General", Tº 1, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 100.
43 Creus, ob. cit. p. 72.

6. Los denominados "tipos abiertos"

Esta denominación fue acuñada por Hans Welzel, y a diferencia de las leyes penales en blanco, se caracteriza porque el tipo ya no es completado por otra norma, sino que quien debe terminar de construirlo o "cerrarlo" es el juez; es decir, que la tarea complementaria es realizada por la jurisprudencia, la que, conforme ya ha sido expuesto, no es fuente de cognición del derecho penal.

En estos casos, la ley no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual debe acudir a reglas generales que se encuentran fuera del tipo penal y que pueden encontrarse en otras partes del mismo ordenamiento jurídico, en otros ordenamientos de igual o inferior jerarquía, o en pautas éticas, sociales o de costumbre cuando no se trata de actividades reglamentadas.

Nuñez menciona como ejemplo de un tipo abierto el caso de una figura penal enunciada sin un verbo, o, conteniendo el verbo, pero con una fórmula que refiere a algo externo a la conducta del sujeto activo (v. gr. "el que por cualquier medio deprima el espíritu público"), o con referencias ejemplificativas, vagas, indefinidas o equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción, resultando este último supuesto una afectación a la seguridad jurídica, y por ende al principio de legalidad.[44]

Otro claro ejemplo de ello, resultan ser los delitos culposos, donde la ley penal se limita a la forma genérica "imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo", sin describir específicamente la conducta prohibida, motivo por el cual, será el juez quien luego determina en cada caso particular si el comportamiento del sujeto activo del ilícito infringió o no el deber objetivo de cuidado.[45]

---

44 Nuñez, ob. cit., p. 78 y ss.
45 Lascano, ob. cit. p. 161 y ss..

7. La delegación legislativa en el Poder Ejecutivo

La delegación legislativa es un instrumento utilizado para transferir al Poder Ejecutivo funciones legisferantes. Las razones de la delegación son varias. Por un lado, puede obedecer a la complejidad técnica y casuística de ciertas materias, cuyo conocimiento detallado es más fácil encontrar en la actividad de los órganos de la administración que en una asamblea legislativa. Se trata de una delegación fundada en criterios técnicos que se ha ido incorporando a los métodos de gobierno. Por otro lado, la utilización de este mecanismo puede estar motivada por el acontecimiento de situaciones de emergencia de carácter extraordinario, transformándose el Ejecutivo en el órgano más adecuado para ejercer facultades normativas en virtud del escaso tiempo de que se dispone.[46]

Respecto a esta delegación como medida de emergencia, se puede distinguir dos tipos diferentes: 1. leyes de habilitación o delegación de plenos poderes y, 2. delegación de ciertas materias específicas dentro de un marco normativo.[47]

Las leyes de habilitación implican una autorización otorgada al Ejecutivo para sancionar decretos con valor de ley. Consiste en la transferencia de la facultad misma de legislar, sea en cuestiones específicas o en todas las materias reservadas al legislador. Aquí, los decretos leyes del Ejecutivo equivalen a leyes ordinarias del Congreso y pueden por tanto reformar o derogar las existentes. Se trata de una práctica inconstitucional que se ha visto implementada reiteradamente durante etapas de dictadura.

Otro sentido se le otorga a la delegación de ciertas materias específicas dentro de un marco normativo, pues no refiere a la transferencia de la facultad de legislar en sí, sino a la facultad de regular, con mayor o menor extensión, ciertos aspectos o materias incluidos en un marco normativo previo. Negretto expresa que esta delegación es limitada en el tiempo y sujeta a un estricto control parlamentario.[48]

---

46 Cfr. Negretto, Gabriel L., "El problema de la emergencia en el sistema constitucional", Ed. Abaco, Buenos Aires, p. 55

47 Id. nota anterior, p. 55.

48 Id. Nota anterior, p. 57.

Este instituto fue incorporado a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, y está prevista en el art. 76, que establece: *"Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca."*

Tal disposición necesariamente debe relacionarse con el artículo 99 inc. 3° de la Ley Suprema, que en la parte pertinente dice: *"...El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo..."*.

Si bien la Constitución no ofrece bases sólidas que permitan determinar claramente cuáles son las materias administrativas o de emergencia pública que pueden delegarse al Poder Ejecutivo, lo cierto es que por aplicación analógica del artículo 99 inc. 3, resulta improcedente la delegación legislativa en materia penal, tributaria, electoral o referente al régimen de los partidos políticos.

Por tal motivo, y sin perjuicio de lo que se desarrolle en el punto siguiente, resulta violatorio al principio de legalidad, y por ende, inconstitucional, todo decreto dictado por el Poder Ejecutivo en materia penal.

Ahora bien, ello no debe confundirse con la potestad reglamentaria que se reserva dicho Poder, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 99 inc. 2 de la CN, lo cual no significa una excepción a la indelegabilidad anteriormente aludida. Esta facultad reglamentaria se limita a la autoridad reconocida al Ejecutivo para reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley penal, quedándole expresamente prohibido la posibilidad de alterar su esencia, entendiéndose como tal la definición de la infracción y la determinación de la pena.

De este modo, resulta por demás claro que la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo, bajo el pretexto de su potestad reglamentaria, pueda sustituir al Legislativo como el único titular de la facultad represiva penal.[49]

---

49 Nuñez, ob. cit., p. 77

8. Decretos de necesidad y urgencia

Una cuestión similar a la delegación y quizás más estrictamente vinculada a las situaciones de emergencia, es el del ejercicio de facultades legislativas por el Ejecutivo en ausencia de autorización parlamentaria.

En el ámbito de la vida social, política o económica de una Nación, pueden presentarse situaciones graves de emergencia generadoras de un estado de necesidad cuya solución impone que se adopten medidas urgentes para neutralizar sus efectos perjudiciales o reducirlos a su mínima expresión posible. Cuando esas medidas deben adoptar la forma de ley, las demoras que suelen producirse durante el proceso parlamentario pueden privarlas de eficacia temporal, y ello justificaría su sanción inmediata por el órgano ejecutivo.

Este instituto de emergencia, al igual que el analizado en el punto anterior, fue incorporado a la Constitución Nacional con la reforma de 1994, a partir del artículo 99 inciso 3º, el cual, en lo que aquí interesa reza lo siguiente:

> *"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo."*
>
> *"Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros (…)"*

Se observa así, y como ya fuera expuesto en el punto anterior, que entre los temas expresamente excluidos de la atribución presidencia1, se encuentra la materia penal. Esto implica, como directa derivación del principio de legalidad (art. 18 de la CN),

la absoluta prohibición de crear o configurar tipos delictivos, o determinar su pena, o la ampliación o modificación de elementos de la ley penal.

La ley y la norma penal

1.Sinopsis

Como ya fuera expuesto precedentemente, del análisis de toda disposición penal emergen dos partes o elementos: el precepto y la sanción. El precepto es, como ya fuera dicho, la descripción sintética de un modo de conducta; la sanción es la pena que ese modo de conducta acarrea consigo.

Ahora bien, si se plantea el interrogante de qué es lo que transgrede el delincuente con su conducta o acción, la respuesta correcta no es la ley penal; pues la acción del infractor no hace sino coincidir con lo que ella expresa, sino que vulnera algo que fundamenta la existencia de la ley, esto es, la norma. Esas normas, como por ejemplo: "no matarás", "no robarás", "auxiliarás a quien se halle en peligro de muerte", etcétera, provienen de otras ramas del Derecho, lo que da origen y nacimiento a la ley penal, que no hace otra cosa que dirigirse al Estado conminándolo a que actúe aplicando la sanción previamente establecida a quien realice la acción también previamente descripta en el precepto legal. Tanto de una como de la otra fluyen derechos subjetivos. De la ley penal nace un derecho-deber que impone ineludiblemente al Estado la obligación de aplicar la consecuencia jurídica amenazada a quien realice la acción definida en su texto. Mientras que la norma, a su vez, es concebida como un precepto objetivo autónomo que atribuye al Estado un derecho subjetivo consistente en exigir obediencia al imperativo contenido en dicha norma.[50]

50 Suarez, María de las Mercedes, "Teoría de la Ley Penal", 2007, p. 34. Recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48113-teoria-ley-penal.

2. Teorías

No obstante lo dicho, la naturaleza jurídica de la norma jurídico-penal y su relación con la ley penal, ha sido y continúa siendo, motivo de debate en la dogmática penal. Así, se pueden señalar las principales teorías que han sido formuladas al respecto.

2.1. Teoría de las normas, de Karl Binding

La ley penal y la norma, en principio, no se identifican pues el comportamiento delictivo no contraviene la ley penal sino la norma, es decir, la orden que el legislador dirige a quien está sujeto al derecho. La pena puede dictarse sólo porque la acción descripta en la ley y la cometida por el delincuente se superponen conceptualmente, es decir, para que se pueda sancionar el delincuente tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo con la primera parte de la ley.

De acuerdo con esto, mientras la norma que prohíbe el hurto dice "no debes apoderarte de cosas muebles ajenas", la ley penal indica, por ejemplo, "el que se apodere de una cosa mueble ajena será sancionado de tal forma".

Esta teoría concibe la norma como un imperativo, como una orden, que resulta conceptualmente independiente de la amenaza de la sanción (que no es elemento de la norma). Las normas prohíben o mandan acciones, con independencia de la amenaza, con el objeto de motivar a los destinatarios. En consecuencia, el objeto de la norma sólo puede ser una acción humana.

Creus al abordar el análisis de esta teoría, refiere que el mandato que ordena o prohíbe una determinada conducta no está contenido en la ley penal, la cual se limita a describir la conducta contraria a dicho mandato, determinando la sanción. Resulta, pues, que para especificar el precepto en su total contenido es menester recurrir a leyes o disposiciones no penales, que son las que contienen los mandatos, revelando lo que el derecho quiere. Es el mandato contenido en la norma lo que otorga al Estado la facultad de exigir el imperativo, pero es la ley penal la que le otorga el "derecho" de castigar su infracción. El infractor viola el mandato, pero "realiza" la ley penal en lo que ella tiene de des-

criptiva; por ello Beling sostuvo que mientras la norma "valora", la ley penal crea la figura.[51]

2.2. Teoría monista de los imperativos, de Von Ferneck, Thon, Bierling y Austin

Considera a las disposiciones penales como normas subjetivas de determinación, la norma es un imperativo que expresa la voluntad estatal, dirigida a todos los individuos, que están obligados a cumplirlo[52].

2.3. Teoría dualista

Se trata de una teoría mixta de la pena como retribución y prevención al mismo tiempo. Surge como una réplica que efectúa Von Liszt a la teoría monista de los imperativos, la que implicaba el desconocimiento de que la pena está al servicio de la protección de los bienes jurídicos. En este aspecto, sostiene Von Liszt que la selección de aquellos intereses que son dignos de tutela penal implica *"per se"* un juicio de valor, motivo por el cual considera que el derecho penal está compuesto por normar objetivas de valoración. Así, la antijuridicidad contiene un juicio de desvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor.

Ahora bien, y sin perjuicio de haber sido Von Liszt quien brindó los primeros lineamientos, se reconoce a Mezger como el responsable de formular la teoría dualista; y en este sentido distinguió la *"norma objetiva de valoración del derecho que materializa esa ordenación objetiva de la vida y una norma subjetiva de determinación que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es antijuridicidad objetiva, o como se acostumbra decir en la actualidad, injusto".*[53]

Esta posición se basa en una teoría mixta de la pena, que contempla retribución y prevención al mismo tiempo.

---

51 Creus, ob. cit. p. 75.
52 Lascano, ob. cit. p. 165.
53 Id. nota anterior, p. 166.

2.4. Teoría pura del derecho, de Hans Kelsen

Se opone a la teoría de las normas de Binding, y sostiene que todas las normas jurídicas tienen la misma estructura y que su esencia es la imposición de deberes y la amenaza de sanciones frente a su incumplimiento, motivo por el cual carece de sentido la distinción entre norma y ley penal postulada por Binding.

En este sentido, Kelsen se diferencia de la teoría monista (por más que coincide en que todas las normas jurídicas tienen la misma estructura) y de la teoría dualista, e introduce la coacción o sanción como elemento decisivo de la norma como juicio hipotético. Es decir, si se lleva a cabo determinado comportamiento indebido (condición), debe ser determinada consecuencia (sanción) –si A es, debe ser B-.

Asimismo efectúa una distinción entre norma primaria y secundaria; las primera, establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción; la segunda, prescribe la conducta que permite evitar la sanción. [54]

3. Estructura lógica

De acuerdo a la estructura lógica, las leyes penales se pueden clasificar en leyes penales completas o perfectas, y leyes penales incompletas o imperfectas.

- Leyes penales completas o perfectas: son las que contienen ambos elementos constitutivos, esto es, el supuesto de hecho (precepto) y la consecuencia jurídica (sanción).
- Leyes penales incompletas o imperfectas: resultan ser las que contienen solamente uno de los elementos constitutivos del tipo. Y en este aspecto, pueden presentarse dos clases: a) las meramente sancionatorias: es el caso de las leyes que contienen la sanción, pero la descripción de la conducta esta enunciada remitiendo a otra ley; b) las meramente preceptivas: refieren a las que contienen únicamente el precepto, cuya sanción se encuentra en otra ley.

54 Lascano, ob. cit., p. 167.

Sin perjuicio de esta clasificación, que cuenta con mayor acogida en la dogmática jurídico penal, siguiendo a autores como Larenz, también se cataloga a las leyes penales incompletas en: a) aclaratorias: en cuanto sirven para determinar más concretamente el supuesto de hecho; b) restrictivas: reducen el alcance de una norma Jurídica, al exceptuar de su aplicación cierto grupo de casos; c) remisivas: envían en relación a un elemento del supuesto de hecho o en relación con la consecuencia jurídica, a otra norma.[55]

4. Contenidos

Siguiendo a Lascano[56], los contenidos de la ley penal están determinados por las funciones que debe cumplir el derecho penal como instrumento de control social:

- Establecimiento de los principios generales, necesarios para una represión justa y racionalmente adecuada;
- Definición de los distintos tipos delictivos;
- Determinación de la pena para cada tipo delictivo, por su especie y por su cantidad;
- Previsión de las medidas de seguridad, que representan otra consecuencia del injusto y tienen un sentido preventivo fundado en la peligrosidad delictual del sujeto activo.

5. Destinatarios

La teoría de las normas permitió distinguir el destinatario de las normas del destinatario de la ley penal. La norma, en cuanto integrativa del precepto de la ley penal, está dirigida a los individuos que deben obedecer el mandato absteniéndose de la conducta prohibida; la ley penal, como designación de la pena, va dirigida a los órganos del Estado, encargados de aplicarla, imponiéndoles el deber de hacerlo toda vez que se haya dado una infracción del mandato que esté penalizada.

55 Id. nota anterior, p. 168 y ss.
56 Id. nota anterior, p. 169.

Sin embargo, parte de la doctrina penal (Mezger, Zaffaroni, Bacigalupo), amparada bajo un mayor rigor conceptual, señala que esta cuestión, así planteada, no tiene razón de ser y que, en todo caso, la cuestión de la motivación del sujeto por el imperativo contenido en la norma es una cuestión de culpabilidad. [57]

Profundizando en la temática, según la teoría de Binding, las normas se dirigen a los individuos que deben abstenerse de los comportamientos prohibidos. A partir de esto, surgen dos posiciones: a) la que sostiene que el precepto se dirige a todos los miembros de la comunidad, mientras que la sanción va destinada al juez que debe aplicarla, derivada de la tesis monista; b) la que entiende que la norma penal es unitaria y se dirige a los individuos que componen la sociedad que la sufrirán si delinquen y a los órganos estatales que deben imponerla en cada caso concreto.

Frente al interrogante si las normas se dirigen a todos los miembros de la comunidad o solo a un sector de ella, también han surgido dos líneas doctrinales que pretenden dar respuesta a ello: a) la que considera que son destinadas a los sujetos capaces de comprender sus mandatos y prohibiciones, tesis encabezado por Binding; b) la que proclama que no existe razón para la exclusión de los inimputables, que podrán ser sometidos a una medida de seguridad.

En definitiva, el derecho penal se dirige a todos los miembros de la comunidad., y son quienes deben ajustar sus conductos a los mandatos y prohibiciones del derecho, como los órganos estatales encargados del ejercicio de las acciones penales y de la aplicación de las penas o medidas de seguridad.[58]

6. Norma primaria y secundaria

Actualmente existe consenso doctrinario en reconocer dos clases de normas:

6.1 Las normas primarias

57 Creus, ob. cit. p. 77.
58 Lascano, ob. cit. p. 171 y ss.

Son las dirigidas al ciudadano, prohibiendo la comisión de un delito determinado. Estas normas, que señalan un comportamiento, cumplen una función de aviso al ciudadano para evitar que cometa esa conducta.

Según Silva Sánchez, puede afirmarse que las normas primarias, que se dirigen a los ciudadanos, prohibiéndoles la realización de determinados hechos, son normas jurídico-penales. Las normas primarias no son, ni cronológicamente ni en cuanto a su contenido, independientes de los enunciados penales legales (ni de las normas secundarias, por tanto). Tampoco pueden ser sustituidas por una representación social (profana) acerca de lo jurídico. No constituyen más que una interpretación de los enunciados legales, de los cuales pueden distinguirse conceptualmente, pero no en cuanto a su momento de surgimiento, contenido o naturaleza.[59]

6.2. Las normas secundarias

Son las dirigidas al Juez, obligándoles a imponer una sanción o pena cuando se comete un delito en particular. Su función específica es que pone en conocimiento de una autoridad (Juez) un mandato que le obliga a imponer una sanción, llegado el caso.

Si las primarias son normas de conducta, de comportamiento, las secundarias pueden verse como normas de sanción. Las normas secundarias tienen una evidente esencia imperativa. En cuanto a su misión, ésta es, por un lado, de refuerzo de la misión motivadora de las normas primarias.[60]

La norma primaria contempla la realidad desde una perspectiva ex ante, esto es, previa a la comisión de los hechos delictivos. Desde tal perspectiva, expresa, de modo genérico, qué conductas tienen un contenido de merecimiento y necesidad de pena tal que deben ser penalmente prohibidas (para intentar evitarlas por la motivación) y cuáles, en cambio, no. La norma secundaria,

59 Silva Sanchez, Jesús María, "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1992, p. 323
60 Id. nota anterior, p. 360 y ss.

por su parte, contempla la realidad desde la perspectiva ex post, esto es, posterior a la comisión de los hechos delictivos.[61]

Por su parte, el autor catalán Mir Puig, quien considera que la norma jurídico penal cumple una función de enlace entre el delito y la pena, estima que un enunciado legal puede servir de base a más de una norma jurídica. Ello sucede por caso en la parte especial del Código Penal, donde cada uno de los preceptos penales, contiene las dos clases normas -primaria y secundaria-. Figúrese como ejemplo la disposición que conmina abstractamente la pena del homicidio; en ella literalmente sólo se expresa la norma que obliga al juez a castigar al homicida (norma secundaria), pero simultáneamente contiene otra norma (la primaria), que tiene como objeto prohibir a los ciudadanos que maten otro, salvo que concurra una causa de justificación.[62]

7. De valoración y determinación

En atención a una de las mayores discusiones en materia de teoría de la norma jurídico-penal, Mir Puig plantea el interrogante en cuanto si las mismas, que establecen meras valoraciones sobre las conductas delictivas, poseen también un carácter imperativo, o si, por el contrario, existen normas penales de una y otra naturaleza. Señala que tal incógnita solo es válida en relación a las normas primarias, puesto que las normas secundarias –que ordenan al juez a imponer una pena o sanción-, tienen carácter imperativo.

Entiende que las normas penales primarias y secundarias, a pesar de presuponer determinadas valoraciones, siempre tienen carácter imperativo, que es lo que permite distinguir entre una "norma vigente y una valoración jurídica. Las normas primarías están destinadas a apelar a la motivación del ciudadano, prohibiéndole delinquir; mientras que las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de la pena.[63]

61 Id. nota anterior, p. 361 y ss.
62 Lascano, ob. cit. p. 172 y ss.
63 Id. nota anterior, p. 173.

Interpretación de la Ley Penal

1.Consideraciones

De manera contemporánea al desarrollo del principio de legalidad, como parte integrante de la concepción democrática, se expandía en Europa una tendencia contraria a la interpretación judicial de las leyes penales. Así en el Siglo XVIII, frente a los excesos y abusos producidos al momento de interpretar una norma, y el continuo empleo de la analogía, se tomó la determinación de prohibir todo tipo de interpretación de las leyes penales. En este aspecto, es bien conocida la posición de Beccaria y Montequieu; el primero niega a los jueces penales la facultad de interpretar las leyes, por la razón de que no son legisladores; el segundo afirma que es conforme a la naturaleza del gobierno republicano la imposición de que los jueces se abstengan a la letra de la ley, no debiendo interpretarla. Este último fue quien acuño el aforismo de acuerdo al cual los jueces son la "boca de la ley". En esa línea de entendimiento, se consideró que la ley penal solo debía interpretarse en la forma que el legislador establecía, a través de un comentario.[64]

Estas limitantes tuvieron su correlato en Argentina antes de la sanción de la Constitución de 1853, ya sea en el Reglamento Provisorio de 1817 o en el Reglamento Provisorio de 1821.[65]

No obstante ello, una prohibición de esta especie, sostiene Nuñez, desconocedora del valor de la interpretación sistemática, que sobrepasa el significado literal y aislado de un texto legal, no podía subsistir como criterio rector de la aplicación de la ley penal. Por consiguiente, al resguardo contra las arbitrariedades de los jueces ya no lo constituyó la veda de la interpretación de la ley, sino la restricción de ella a sus verdaderos límites.[66]

Negar la necesidad de interpretar las leyes, señala Soler, es como negarles aplicación o como creer que la ley actúa por sí

64 Fontan Balestra, ob. cit. p. 109.
65 De la Rúa, Jorge y Tarditti Aida, "Derecho Penal- Parte General" 1º Ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, p. 158.
66 Nuñez, ob. cit. p. 84.

misma o como afirmar que el acto del juez no es psíquico, sino mecánico. El problema consiste, por el contrario, en determinar las condiciones de validez de esa interpretación, conforme con la naturaleza del derecho penal.[67]

En este orden de ideas, dijo Roxin que todos los conceptos que emplea la ley (con la excepción de las cifras, fechas, medidas y similares) admiten en mayor o menor medida varios significados. Y ello sucede no sólo en los conceptos normativos, es decir que predominantemente son sólo asequibles a la comprensión intelectual, como v.gr. "injuria", sino también en los conceptos legales ampliamente descriptivos, es decir, que por su objeto son perceptibles sensorialmente, como el de "hombre (ser humano)". Así, la cuestión de si alguien sigue siendo un ser humano, o es ya un cadáver, cuando se ha extinguido su cerebro pero aún funciona el aparato circulatorio, o la de si al comenzar los dolores del parto, en un determinado momento alguien sigue siendo un feto o es ya un ser humano, es algo que no está exactamente prefigurado por el tenor literal de la ley. Por el contrario, el juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación.[68]

Ahora bien, no cabe dudas que en la actualidad la interpretación de la ley penal, como una herramienta necesaria para echar luz a lo que las normas dicen, se encuentra aceptada en el sistema penal argentino, siempre con las limitaciones que se analizarán en los puntos subsiguientes.

En cuanto a los tipos de interpretación, cabe referir que existen muchas tipologías y clasificaciones al respecto. Sin perjuicio de ello, la mayoría de la doctrina adopta el criterio sustentado en la "fuente de interpretación", que tiene en cuenta al sujeto que la realiza.

De esta manera, se pueden distinguir:

---

67 Soler, Sebastián "Derecho Penal argentino. Actualizado por Guillermo Fierro", Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 168.

68 Roxin, ob. cit. p. 148.

- *La interpretación auténtica o legislativa*: en la cual el legislador interpreta el texto que ha promulgado; esto significa que al ser consciente de las dudas que podrían suscitar algunos de los términos que utiliza en la norma, fija de antemano su significado.

Este tipo de interpretación se puede efectuar dentro de la misma ley, lo que recibe el nombre de "interpretación contextual"; tal el caso de los arts. 77 y 78 del CP, en los que se dispone la forma de contar los plazos y el valor de ciertas palabras. También la interpretación legislativa puede llevarse a cabo por medio de otra ley, denominada "interpretación posterior". Su fuerza obligatoria, para todos los casos, es a partir de la entrada en vigencia de la ley.

- *La interpretación doctrinaria:* se trata de la que efectúan los autores a fin de aclarar o esclarecer el contenido de la ley penal, para luego exponerlo en forma sistemática. Este tipo de interpretación, pone su técnica en la intelección de la ley en sí misma, para establecer el significado de las normas abstractas, sin la necesaria limitación de su aplicación al caso concreto. La mayor o menor posibilidad de su aceptación o rechazo, depende de la autoridad o prestigio que le confiera la fundamentación de sus resultados. Si bien este tipo de interpretación es muy utilizada por los magistrados para desentrañar aspectos poco claros u oscuros de la ley penal, lo cierto es que de ninguna manera ello resulta vinculante al momento de decidir su aplicación al caso concreto.
- *La interpretación judicial:* No es otra más que la que realizan los jueces, completamente vinculada a la aplicación de la ley vigente a cada caso en concreto.

La interpretación uniforme que en forma concreta efectúan los magistrados de la ley vigente frente a casos que resultan jurídicamente idénticos, constituye jurisprudencia. Esta identidad de los casos, se determina por la igualdad entre los mismos, y no por la mera semejanza de las situaciones.

Para Nuñez, la jurisprudencia puede ser el resultado de la labor libre de los distintos tribunales, o bien, de una instancia

superior obligatoria. En Argentina, la jurisprudencia puede ser impuesta por los acuerdos plenarios, vale decir, por la interpretación que de la ley penal hacen en abstracto todos los integrantes de las distintas cámaras o salas de un tribunal de apelación. Esa interpretación resultaría obligatoria para las cámaras o salas y los jueces en los casos posteriores.

Se dice "resultaría", puesto que la constitucionalidad de estos acuerdos puede ser puesta en tela de juicio, atento ser contrario a la división de poderes, en cuanto el órgano judicial, mediante la obligatoriedad de su interpretación, establece la regla legal aplicable a los casos futuros; y desconocer el carácter supremo de la ley en sí misma, consagrado por el art. 31 de la C.N., en relación a que el juez siempre tiene la potestad de desconocer el acuerdo aplicando la Constitución o la ley, que son supremas[69].

Finalmente, no debe olvidarse lo ya señalado al abordar las fuentes del derecho, en cuanto en materia penal la jurisprudencia, y por ende, los acuerdos plenarios no se consideran fuente de conocimiento del derecho penal.

Establecido ello, es sobre la interpretación judicial que se centrará el desarrollo de los siguientes puntos.

2. La Constitución como parámetro interpretativo

Con la reforma constitucional de 1994, se estableció una concepción política y social que ineludiblemente se traduce en las leyes penales; lo cual importa la imposición de ciertos límites a su interpretación. Tales límites refieren únicamente a las normas que regulan el procedimiento de sanción de las leyes, sino que se reflejan en disposiciones concretas que afectan el contenido del derecho penal.[70]

Bacigalupo, en lo relativo, ha dicho que la exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana es consustancial con la idea del Estado democrático de derecho, y de ella surgen los primeros límites para el derecho penal.[71]

69 Nuñez, ob. cit. p. 85.
70 Lascano, ob. cit. p. 175.
71 Cfr. Bacigalupo, Enrique, "Manual de derecho penal. Parte gene-

3. Interpretación de la ley penal y sus presupuestos: concepto, necesidad, objeto, métodos y límites

3.1. Concepto

Nuñez define a la interpretación de la ley penal como una operación compuesta, que por un lado requiere determinar el significado de la regla legal (intelección de la ley), y por el otro, su significado concreto frente al caso a resolver (aplicación de la ley). La esencia de la ley penal radica en su finalidad normativa, la que demanda su conocimiento funcional.

A esta definición, se puede agregar la noción que aporta Manzini, en cuanto que la interpretación consiste en la operación de "poner de acuerdo a la ley penal, abstracta y genérica por naturaleza, con lo concreto y variable del caso particular", para determinar si éste puede o no ser regido por aquélla.[72]

Para Soler interpretar no es más que investigar el sentido adecuado de una disposición a fin de su aplicación a un caso de la vida real. De esta manera, el intérprete no va a buscar *extra legem*, sino *intra legem*; puesto que aquel no debe buscar y descubrir una voluntad extraña a la ley misma, para encontrarla, por ejemplo, en sus antecedentes, sino que se trata de servirse de todos esos antecedentes y medios para entender cuál es la voluntad que vive autónoma en la ley. En definitiva, no se investiga la voluntad del legislador, sino la de la ley. La voluntad de la ley vale más que la del legislador.[73]

3.2. Necesidad

Es necesario dejar en claro que la necesidad de la interpretación no depende de la claridad u oscuridad de la ley penal. En este aspecto, y de acuerdo a los conceptos dados, toda ley, aun la más clara, necesita ser interpretada en el momento de ser aplicada. El acto de voluntad del juez que la aplica tiene que ir

ral", Ed. Temis, Bogotá, 1998, p. 29 y ss.
72 Creus, ob. cit. p. 78.
73 Soler, ob. cit. p. 169 y ss.

precedido de una serie de representaciones destinadas a resolver si el hecho que juzga queda o no comprendido en el sentido de la ley, si responde a la materia que ella regula. Esas representaciones reducen la abstracción de la ley a lo concreto, para poder volcarla sobre la circunstancia histórica real que se juzga.

No obstante, ello no es obstáculo para que la interpretación se pueda llevar a cabo sin relacionarla con un hecho histórico dado, sino a través del planteo de hipótesis de casos posibles que permiten aquella reducción (interpretación doctrinaria).[74]

3.3. Objeto

En cuanto a su objeto, la interpretación judicial apunta al descubrimiento de la voluntad de la ley y no del legislador. Cuando se trata de interpretarla para aplicarla al caso concreto, el objetivo es determinar el sentido actual de la ley.

De este modo, el objeto de la interpretación jurídica es la ley propiamente dicha, tal como ha sido promulgada, incluyendo en ella las erratas de imprenta y los llamados defectos de redacción. En el primer caso, destaca Fontán Balestra, se trata de errores tipográficos producidos al llevarse a la estampa el texto original; en tales casos, no hay duda de que el texto original es el que vale; las erratas deben salvarse. Los defectos de redacción se dan en los casos en que el legislador ha querido decir una cosa distinta de la que realmente dice la ley.[75] "En tales supuestos, es ley lo promulgado, no obstante el defecto de redacción".[76]

Cabe agregar, que las normas deben interpretase progresivamente teniendo en cuenta las cambiantes situaciones que se presentan en la vida real, pues no existe una interpretación definitiva y valida en todos los tiempos. El juez debe aplicar el derecho legislado tal como este rige en el momento de su aplicación.[77]

---

74 Creus, ob. cit. p. 78.
75 Fontan Balestra, ob. cit. p. 110.
76 Cfr. Mezger, Tratado, T. 1, 5 11, I.
77 Lascano, ob. cit. p. 179.

3.4. Métodos

Existe acuerdo en la mayoría de la doctrina en aceptar los siguientes métodos de interpretación.

3.4.1 Método exegético o gramatical

Con él se busca la voluntad real del legislador, y lo hace a través de las palabras de la ley, ahondando en su sentido idiomático, con arreglo a las circunstancias vividas por aquél. Se trata de una interpretación de tipo literal, que se basa en un método empírico, que busca establecer hechos; es decir, los pensamientos efectuados por ciertos hombres reales –legisladores-.

Esta técnica interpretativa desconoce la verdadera naturaleza objetiva de la ley, y su resultado es paralizarla, sustrayéndola al efecto vivificador del sistema jurídico vigente y su proceso de reforma. Empero, aunque la voluntad del legislador no trasunte la voluntad de la ley, no podrá negarse su valor indicativo al respecto[78].

Soler, por su parte expresa en relación a este método, que por vía de la exégesis se cae en curiosas contradicciones. Esto significa que mientras por una parte, la ley queda como solidificada en el pasado, por la otra, la investigación histórico-crítica deja siempre abierta la posibilidad de descubrir que el legislador pensaba de un modo diferente al que se había venido creyendo, y que así se presente de pronto otro pensamiento, también solidificado, que pretenda validez. Con lo cual la proclamada fijeza del derecho viene a quedar bastante mal parada[79] .

3.4.2. Método histórico

En relación a este método, Nuñez refiere que, con el objeto de desentrañar el significado de la ley, esta interpretación recurre: a) A su nexo histórico, esto es, a los hechos y valoraciones que la motivaron; b) a los fines que se pretendió alcanzar con ella; c) al proceso evolutivo de las fórmulas que emplea. Sus materiales son, a la par que los trabajos preparatorios de la ley (proyectos, exposiciones de motivos, discusiones), sus antecedentes

78 Nuñez, ob. cit. p. 88 y ss.
79 Soler, ob. cit. p. 181.

de orden legislativo. Las limitaciones de este procedimiento radican en su tendencia a indagar la voluntad del legislador, lo que presenta todos los peligros de la exégesis.[80]

3.4.3. Método teleológico

Conforme este método, el significado de la ley puede alcanzarse a través de sus fines, esto es, de lo que la ley tiene en mira como valioso en cada precepto normativo. Es por tal razón que adquieren importancia los bienes protegidos en los distintos títulos, capítulos y tipos delictivos.

Nuñez dice que el libre uso de este método, que ha sido muy utilizado en Alemania, y que se vale de "concepciones jurídicas generales, señaladas por la lógica cognitiva y emocional, y de las experiencias generales de la vida, de acuerdo con las investigaciones de la ciencia en los diferentes campos (ciencias naturales, técnica, medicina, historia, sociología, cultura, etc.), ha llevado a la libre interpretación creadora de derecho, con aportes extra o supra legales.[81]

Por su parte, Soler señala que la escuela del derecho libre o bien concluye declaradamente en el anormativismo, o bien proclamando las excelencias de un derecho en el cual la pluralidad de fuentes de cognición es tan vasta, que entre ellas la ley queda diluida hasta el extremo de ser pasible de una efectiva derogación, sea por construcciones de tipo jusnaturalista, sea por gravitación de motivos culturales, sentimentales o de equidad. La interpretación tiene carácter teleológico, no porque el intérprete se proponga fines al aplicar la ley, sino porque trata de conocer y realizar los fines que la ley contiene, que son valores objetivos.[82]

3.4.4. Método sistemático

Este método, considera el derecho vigente como una totalidad que se basta a sí misma. Busca el significado de las leyes tomando en consideración la jerarquía y vinculación recíproca de sus normas, de sus instituciones y preceptos, así como la ubicación de los dos últimos en los títulos y capítulos de aquéllas. De

80 Nuñez, ob. cit. p. 89.
81 Nuñez, ob. cit., p. 89
82 Soler, ob. cit. p. 181 y ss.

ese modo, el procedimiento lógico en el cual se asienta, puede a la vez rectificar el valor idiomático de las fórmulas legales, ampliar o restringir la finalidad legislativa señalada por la exégesis y la consideración histórica del precepto jurídico.[83]

Asimismo el conjunto de leyes que integra un orden jurídico, debe ser entendido como compuesto por disposiciones recíprocamente coherentes, puesto que la ley no puede, al mismo tiempo, definir un acto como debido y como indebido. La unidad sistemática del derecho, viene a ser en el plano normativo el equivalente del principio lógico de no contradicción, el cual allí se traduce referido al concepto de vigencia: un precepto no puede ser al mismo tiempo vigente y no vigente.[84]

Finalmente, y siguiendo las palabras de Nuñez, la inteligencia de la ley no siempre presenta dificultades que exijan el uso de los procedimientos interpretativos antes señalados. En ocasiones, para comprender el real significado de un precepto, solo resulta suficiente examinar gramaticalmente la fórmula jurídica, que es en definitiva lo primero a utilizar desde que el legislador se expresa por palabras.[85]

3.5. Límites

Los límites a la interpretación judicial en materia penal los fijan los principios de legalidad y reserva penal; entre los más relevantes, se encuentra la prohibición de recurrir a la analogía en perjuicio del imputado.

Según Claus Roxin, la vinculación de la interpretación al límite del tenor literal no resulta arbitraria, puesto que deriva de los fundamentos jurídico-políticos y jurídico-penales del principio de legalidad. En este sentido, el legislador sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no "rige". Por eso, una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. El ciudadano sólo podrá incluir en

83 Nuñez, ob. cit. p. 89.
84 Soler, ob. cit. p. 183.
85 Nuñez, ob. cit. p. 90 y ss.

sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por lo tanto, solo una interpretación dentro del marco del sentido literal puede asegurar el efecto preventivo de la ley y así evitar la censura o prohibición de la interpretación.[86]

Nuñez por su parte incorpora como otra limitante el principio in dubio pro reo. En este aspecto sostiene admitido este principio en lo referente a la prueba de la responsabilidad penal, también vale como criterio rector de la interpretación de la ley penal. Esta afirmación encuentra sustento en la posibilidad innegable de que, así como la valoración de la prueba de la causa puede conducir a la incertidumbre sobre la responsabilidad del acusado, la interpretación tampoco está libre de llevar a la misma situación en lo que respecta a la voluntad de la ley. La restricción interpretativa por duda no sólo opera para evitar la aplicación analógica de la ley penal o su extensión interpretativa más allí del marco real del hecho, sino también, en la situación de incertidumbre del ánimo sobre la pena referible a él[87].

Soler considera que el principio in dubio pro reo resulta válido en materia probatoria, más no como principio de interpretación. Refiere este autor que debe rechazarse la clasificación de la interpretación en benigna o perjudicial, de la que tan inconsistente uso ha hecho en materia criminal, ya sea con un deliberado propósito pietista, ya sea y esto es lo más común, por pereza mental y poca adhesión a la ley, a la que frecuentemente se presume rigurosa en exceso y equivocada.[88]

86 Roxin, ob. cit. p. 149 y ss.
87 Nuñez, ob. cit. p 91.
88 Soler, ob. cit., p. 144.

Ámbito temporal de validez de la ley penal

1. Principio general: aplicación de la ley vigente en el momento de comisión del delito

En materia de derecho, es sabido que como principio general rige que la ley, cualquiera sea su naturaleza, rige para el futuro y no para el pasado.[89]

Ahora bien, en cuanto al derecho penal, siempre que la ley penal sea en beneficio del imputado o condenado, este principio rige como una garantía constitucional, y se halla consagrada en el art. 18 de la CN, que reza: *"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (…)"*

El principio de legalidad prohíbe la aplicación retroactiva de la ley, lo que comprende la exigencia de la ley previa: 1) la previsión del hecho como punible; 2) la amenaza de la pena; 3) las medidas de seguridad; y 4) las consecuencias accesorias.

De esta manera, la regla es que la ley penal resulta aplicable para todos los delitos cometidos luego de su entrada en vigencia, hasta tanto aquella sea derogada por otra ley.[90]

En este orden de ideas, el principio general que gobierna la validez temporal de la ley penal es el *"tempus regit actus"*, es decir, rige la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo. Se trata de una regla que se desprende directamente del principio de legalidad, el que exige como condición para la imposición de una sanción penal, conforme ya fuera dicho en otras oportunidades, la existencia de una ley previa que determine el hecho punible, la pena y las consecuencias accesorias del delito. La conducta previamente prohibida permite al ciudadano saber que si la realiza será pasible de una responsabilidad penal.[91]

No obstante ello, este principio general reconoce ciertas excepciones de raigambre constitucional, que se fundan en la apli-

89 Art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación.
90 Nuñez, ob. cit. p. 102.
91 Lascano, ob.cit. p. 189.

cación de la ley penal más benigna, tanto de manera retroactiva como ultractiva, tema que se desarrollará seguidamente.

2. El momento de comisión del delito. Consideración del delito continuado y el permanente

La validez temporal exige determinar cuál es el momento de comisión del delito, a los fines de establecer cuál era la ley vigente en ese momento y la aplicable al caso.

En este aspecto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho comparado, el Código Penal Argentina no prevé tal criterio. No obstante ello, gran parte de la doctrina nacional sostiene que: a) para el caso de tipos de comisión, deberá tenerse en cuenta el momento de ejecución de la conducta; b) mientras que para el de tipos de omisión propia, lo que lo determinará será el momento en que debía realizarse la acción omitida; y c) en cuanto a los delitos de omisión impropia, cuando se produjo el resultado que el omitente no impidió.

Asimismo la determinación del momento de comisión requiere de otras precisiones, a saber: por un lado, el autor mediato realiza la acción cuando comienza a utilizar el instrumento; por otro, en relación a los coautores y cómplices, se toma en cuenta el momento en que concretan su primer aporte al último hecho.[92]

Ahora bien, esta regla así planteada puede presentar una problemática especial en la casuística, y es cuando ocurre un delito de tipo "continuado", esto es, un solo delito conformado a partir de sucesivos hechos dependientes, idénticos o similares que se extienden en el tiempo; o cuando se está frente a un delito "permanente", que se caracteriza por no concluirse con la realización del tipo, sino que se mantiene, por voluntad expresa de su autor, tanto tiempo como subsiste en el estado antijurídico creado por él.[93] Ejemplo de delito continuado es el cajero de un supermercado que roba dinero a su cargo, y lo hace durante meses durante

92 Righi, ob. cit. p. 83
93 Lascano, ob. cit., p. 191.

meses. La pluralidad de conductas son los robos independientes, que violan el mismo precepto, con el mismo propósito, al mismo sujeto pasivo. Mientras que ejemplo de delito permanente, es la desaparición forzada o el secuestro de una persona, tiene un estado consumativo que se prolonga en el tiempo.

En estos supuestos, determinar cuál es el momento de comisión del delito adquiere especial relevancia en el caso de que mientras se están cometiendo los hechos se presente una sucesión de leyes penales.[94]

En la doctrina nacional se puede distinguir una postura que sostiene que debe aplicarse la ley vigente, más desfavorable al imputado, que existe al momento de finalizar su actividad delictiva, si este persistió en la comisión del delito cuando ya estaba vigente al menos benigna (Eusebio Gómez, Guillermo Fierro).

Por otro lado, la postura contraria y mayoritaria en doctrina, señala que se debe aplicar la ley más benigna, que exista al comienzo de la actividad voluntaria, en preferencia a la más gravosa vigente al momento en que los actos delictivos dejan de cometerse, razón por la cual, en el caso de sucesión de leyes más desfavorables, a los fines de su aplicación, debe tenerse en cuenta el comienzo de la actividad voluntaria (Lascano, Fontan Balestra, De la Rúa, entre otros).[95]

Roxin, sostiene, de acuerdo a la regulación en el ordenamiento jurídico penal alemán, que ante la comisión de un delito continuado, se deberá aplicar la ley vigente al momento de terminación del hecho. No infringe la prohibición de irretroactividad la imposición de una pena cuando el hecho, en un periodo transitorio entre su comisión y su resolución, hubiera dejado de estar sancionado con pena.[96]

3. Principio de excepción: retroactividad y ultractividad

Como ya se ha dicho, el principio general de la aplicación de la ley vigente al momento de la comisión del hecho delictivo no

94 Id. nota anterior.
95 Lascano, ob. cit. p. 192 y ss.
96 Roxin, ob. cit., p. 329.

es absoluto, reconoce la extraactividad de la ley penal, que es la aplicación de la ley fuera de su período normal de vida legislativa, siempre que resulte más favorable al imputado o, en su caso, al condenado.[97]

Esta excepción de extraactividad de la ley penal, se encuentra consagrada en el art. 2 del CP, en cuanto dice: *"Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho."*

De igual modo, con la reforma constitucional de 1994, se incorporan distintos documentos internacionales con jerarquía constitucional, los que también consagran la garantía de la retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna.

Así, el art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica reza lo siguiente: "*Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*

Por su parte, el Parco Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 15 inc. 1, dispone: *"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello."*

De acuerdo a esta normativa, el principio general de aplicación de la ley penal vigente al momento del hecho, reconoce como excepción la retroactivad y la ultractividad de la ley penal, siempre y cuando la aplicación sea en beneficio del reo. En base a ello, se puede precisar lo siguiente:

- *La retroactividad*, autoriza la aplicación de la ley a un hecho ocurrido con anterioridad a su entrada en vigencia,

97 Id nota anterior, p. 194.

siempre que beneficie al acusado. Se aplica la ley vigente a dicho momento procesal, pero que es distinta a la que regía en el momento de la comisión del hecho.

- *La ultractividad*, permite que la ley vigente al tiempo de la comisión del delito o en el tiempo intermedio entre el delito y el fallo, posteriormente sustituida por otra más gravosa, siga rigiendo para la regulación del hecho aun después de su derogación.

Sucesión de leyes penales en el tiempo

1. Hipótesis

Ya explicadas las excepciones de aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal, ahora se plantea el interrogante de cual norma aplicar si entre el momento de la comisión del hecho y la extinción de la pena, han regido sucesivamente en relación a él, dos o más leyes penales.

Esto genera lo que en doctrina se denomina un problema de sucesión de leyes penales en el tiempo, y da lugar a las siguientes hipótesis[98]:

- Que la nueva ley cree una figura penal que antes no existía.
- Que la nueva ley desincrimine una conducta que antes era considera delito.
- Que la nueva ley agrave la especie o escala penal de una figura ya existente.
- Que la nueva ley disminuya la especie o escala penal de una figura ya existente.
- Que la nueva ley exija más requisitos que la ley derogada a los fines de la configuración de la figura delictiva.
- Que la nueva ley exija menos requisito que la ley derogada a los fines de la configuración de la figura delictiva.

98 Lascano, ob. cit., p. 196 y ss.

- Que la nueva ley exija más o menos condiciones de aplicabilidad de la sanción (forma de condena, régimen de prescripción de la acción y de la pena).

Cuando en la práctica se presenta alguna de estas hipótesis, lo que se debe hacer, a la luz de la normativa señalada en el punto anterior (art. 2 del CP, art. 9 del Pacto de San José de Costa Rica, y art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político), es determinar cuál de las leyes penales involucradas resulta ser la más benigna para el imputado o condenado. Ello conlleva un proceso de comparación entre dos o más normas que deberá efectuar el juez al momento de su aplicación en el caso concreto.

2. La ley penal más benigna, su determinación

Como ya fuera dicho anteriormente, será el juez quien deba determinar qué ley aplicar en cada caso concreto, momento en que deberá analizar las penas principales, las consecuencias accesorias, las modificaciones del tipo penal y de las reglas de la parte general, como la prescripción, la causas de justificación, las causas de inculpabilidad, etc. Es en el marco de dicho proceso es que el magistrado debe evaluar cual ley resulta más benigna aplicar para el imputado o condenado, esto es, determinar que norma le es más favorable frente al hecho delictivo cometido.

Ejemplo de ello sería, como caso hipotético y didáctico para su comprensión: una persona X comete un hecho en el año 2018, momento en que se encontraba vigente una norma penal que preveía para dicha conducta una escala penal que oscilaba entre los 3 años y seis meses y 6 años de prisión, con lo cual en caso de ser condenado, no accedería a una pena condicional. Una vez llegado el caso a juicio oral, en el año 2020, luego de analizar la prueba y al momento de adecuar la conducta al tipo penal, el juez advierte, en ese momento, que una semana antes, por una ley del Congreso, esa norma ha sido modificada solo en su escala penal, la cual ahora va de 2 años a 6 años de prisión. En este caso, el magistrado, aún de oficio, y por aplicación de lo dispuesto por el art. 2 del CP y los tratados internacionales ya citados, deberá

aplicar la norma que resulta más benigna para el imputado, ello pues, en caso de ser declarado culpable del hecho, y recibir una pena menor a los tres años de prisión, podrá acceder a una condena condicional, con lo cual permanecerá en libertad.

No obstante ello, esta tarea no siempre es sencilla para el juez, ya que pueden presentarse casos en los que confluyen leyes penales que implican una mayor complejidad al momento de determinar cual resulta más benigna para aplicar al caso en concreto. Tal es el caso que una ley sea parcialmente más grave que la otra y más benigna en otro aspecto. En este supuesto, el juez no puede efectuar una combinación entre los aspectos favorables de las dos leyes, sino que tiene que aplicar una sola ley; de lo contrario, estaría creando una nueva ley, lo cual está prohibido por tratarse de una facultad exclusiva del Poder Legislativo.

La combinación de leyes no debe confundirse con la aplicación sucesiva de una u otra, según el estado procesal, tal como ocurre en los casos que ocurren cambios legislativos que subordinan la persecución penal a la denuncia de la víctima, pues si concluye ese proceso en forma no definitiva por ausencia de ella, si se reinicia habrá que considerar nuevamente cual de las lees es más beneficiosa en los otros aspectos.[99]

En relación a esta regla que prohíbe la combinación de leyes penales, el art. 3 del CP establece la única excepción, en lo relativo al cómputo de la prisión preventiva, donde sí le es permitido al juez combinar dos leyes, en tanto le está expresamente autorizado a ello.

Por otro lado, cabe traer a colación el interrogante planteado tanto en doctrina y jurisprudencia sobre si la expresión "ley" utilizada en las normas citadas precedentemente (art. 2 del CP y los Pactos Internacionales de San José de Costa Rica y de Derechos Civiles y Políticos), refiere a una ley penal que sucede a otra en el tiempo, o también abarca a aquellas modificaciones que inciden sobre una ley penal pero provienen de otras áreas del derecho. Esto quiere decir si una ley posterior civil o administrativa modifica una estructura típica de una ley penal anterior, se debe tener o no por incorporada esta ley dentro de ley penal más benigna.

99 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 187.

En cuanto a la jurisprudencia, es pacifica la postura basada en un método de interpretación sistemático y gramatical, en cuanto sostiene que el concepto de ley penal más benigna solo alcana a las leyes penales, ello debido a que el art. 2 del CP se encuentra previsto en el Capítulo 1, Título 1 de dicho plexo normativo, que regula la aplicación de la ley penal. Asimismo surge de los propios términos utilizados en el mencionado artículo, en cuanto dispone que la pena se limitara a la establecida por la ley más benigna, lo cual hace referencia a una ley penal. Ello deja en claro entonces que una modificación de una ley extra penal (v. gr. leyes civiles, administrativas o comerciales), aun cuando tenga incidencia sobre una norma penal, no queda comprendida en el principio de retroactividad es la ley penal más benigna.[100]

Por su parte, la doctrina ha sido menos contundente en este aspecto. En el caso de Soler y Nuñez consideran que la variación de una norma de carácter extrapenal que incide sobre la estructura de un tipo penal de manera tal que altera la figura abstracta del tipo penal, en principio, debe comprenderse dentro del concepto de ley penal más benigna; caso contrario, si se trata de una mera circunstancia que deja subsistente el motivo de la incriminación, no debe aplicarse.

Finalmente, y en este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en lo que refiere a la influencia y alcance que tienen estas modificaciones de normas extrapenales, sosteniendo que constituye una hipótesis de ley más benigna, cuando revela una nueva orientación en la materia, con el consiguiente cambio de criterio en cuanto a la incriminación de los hechos considerados punibles. En cambio, rechazó la aplicación de este criterio, cuando no se produce modificación alguna en la norma penal implicada.

3. Ámbito de aplicación del principio de extractividad de la ley penal más benigna, la cosa juzgada

Como ya fuera expresado, las excepciones al principio general (aplicación retroactiva o ultractivad de la ley penal más

100 Lascano, ob. cit., p. 201.

benigna), se dan en el período comprendido entre la comisión del hecho y la extinción de la condena, tal como lo establece el art. 2 del CP.

De esta manera, de acuerdo a lo preceptuado por esta norma, queda plasmada la posibilidad que una sentencia firme[101] pueda ser modificada por una ley posterior más benigna.[102] Ello en la práctica y a modo de ejemplo se daría del siguiente modo: supuesto en que una persona es juzgada y condenada por el delito X, y luego esa figura penal resulta derogada por una ley posterior. Tal situación genera el interrogante si esa persona condenada por una sentencia que se encuentra firme, es decir, que ya ha adquirido calidad de cosa juzgada, es pasible de beneficiarse de la nueva ley que le resulta más benigna.

En relación a esto, la doctrina no ha sido pacífica en cuanto a la preponderancia del principio de la extractividad sobre la cosa juzgada o viceversa. Así, se pueden definir dos posiciones antagónicas, a saber: por un lado, quienes adherían al Proyecto Tejedor del año 1864, su art. 7 expresamente prohibía la retroactividad de la ley penal más benigna frente a una condena. Este grupo de autores, con un fuerte arraigo a conceptos formales de seguridad jurídica, sostienen la intangibilidad de la cosa juzgada y en consecuencia se oponen a la posible modificación de una sentencia firme. Por otro lado, se encuentran quienes afirman que la retroactividad de la ley penal más benigna debe primar siempre sobre la cosa juzgada, hasta el cumplimiento de la condena o hasta que se extingan todos los efectos de ésta. Esta es la postura que, como ya fuera dicho, adopta nuestro ordenamiento jurídico penal en su art. 2.

En sintonía con esta última posición, Nuñez sostiene que en el caso del condenado por sentencia firme, el beneficio puede provenir de todo aquello que en la nueva ley influya beneficiosamente respecto de la pena que le ha sido impuesta y cuyo cumplimiento no se encuentra extinto. Asimismo añade que la aplicación de la ley más benigna no rige para las medidas de

101 La sentencia firme es aquella resolución, que por haberse agotado las vías recursivas previstas por la ley procesal, no puede ser objeto de impugnación pasando a ser lo que se denomina cosa juzgada.
102 Lascano, ob. cit. p. 203.

seguridad, salvo que su cumplimiento involucre una verdadera pena (v. gr. art. 52 CP).[103]

Finalmente, existe otra parte de la doctrina que considera que la retroactividad beneficiosa debe aplicarse incluso tras el total cumplimiento de la condena, modificando o suprimiendo los antecedentes penales, dejándolos de tener a efectos de reincidencia u otros.[104]

4. Las leyes intermedias, temporales y excepcionales

La ley intermedia es una ley diferente a la que regía al momento del hecho y a la vigente al momento del fallo. En este aspecto, el art. 2 del CP es claro al disponer que la ley puede haber tenido vigencia en el tiempo intermedio entre la comisión y la extinción de la pena, motivo por el cual, si resulta ser la más benigna se aplicará al caso concreto.[105]

Por el contrario, no resulta fácil el caso en que se trata de una ley temporal o excepcional.

Las primeras (temporales) son las que fijan por sí mismas su duración, es decir que prefijan su auto anulación y que comprenden series temporalmente limitadas de acciones (leyes financieras, leyes extraordinarias de policía, etc.). Su propio carácter hace que la doctrina las excluya de su consideración en este punto. Si una ley temporaria agrava las penas de ciertos hechos cometidos durante un período determinado y vencido el término de la ley, el derecho común más benigno recobrara su imperio con efecto retroactivo, resultaría la total ineficacia de la ley temporaria y por ello es que ordinariamente se firma la subsistencia de las sanciones más graves contenidas en la ley que establecía su autolimitación temporal y que, en consecuencia, tenía perfectamente prevista la terminación de su vigencia[106].

---

103 Nuñez, ob. cit., p. 104.
104 Lascano, ob. cit. p. 204.
105 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 187.
106 Soler, ob. cit. p. 262

Por lo tanto, debe quedar claro entonces que no resulta de aplicación la norma del art. 2 del CP respecto de las leyes transitorias o excepcionales siempre y cuando el derecho común más benigno al recobrar su vigencia, no haga retroactivo el imperio de sus disposiciones.

De acuerdo a De La Rúa y Tarditti, en tales casos no se aplica el principio de la ley más benigna, pues si los ciudadanos supieran que pasado el tiempo o las circunstancias volverían a la ley anterior, esta ley temporal o excepcional no tendría poder disuasorio.[107]

5. Las medidas de seguridad y el principio de la ley penal más benigna

Según Lascano, el Código Penal al establecer las consecuencias del delito, regula tanto las penas, como así también las medidas de seguridad. Refiere que con relación a las penas, no hay dudas de la aplicación de la ley penal más benigna, aun ante la cosa juzgada. No obstante ello, en doctrina no existe un criterio unánime en relación a las medidas de seguridad.[108]

Así, en cuanto a la doctrina mayoritaria se señala que previo a todo debe diferenciarse los objetivos que persigue en cada caso, es decir, si tiene una finalidad tutelar o eliminatoria. De este modo, en las medidas curativas y educativas, si con posterioridad a la comisión de un hecho el legislador establece una nueva medida de esta clase, la misma se aplica retroactivamente, aun cuando sea más perjudicial para el imputado o condenado. Se parte de la hipótesis de que la nueva ley recepta los últimos y más adecuados medios para el tratamiento del imputado, con lo cual se puede alcanzar su recuperación o educación.

Por su parte, si la medida de seguridad tiene un fin eliminatorio del delincuente, esto es, una medida puesta en defensa de la sociedad frente a un sujeto peligroso; en tal caso rige la retroactividad de la ley penal más benigna.

---

107 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 188.
108 Lascano, ob. cit. p. 207 y ss.

Para Creus, existe una larga tradición de tesis que excluye del principio de extractividad de la ley penal más benigna las leyes que disponen medidas de seguridad, y afirma que, a su respecto, se debe aplicar siempre la ley del momento del fallo, en ellas sólo la retroactividad será admisible. No obstante ello, admite que el carácter defensivo de alguna de esas medidas y la dirección de otras en pos de una particular "terapéutica" del individuo que ha cometido un hecho penalmente típico, indican que se tienen que emplear las medidas que se consideran actualizadas (social y científicamente) para proveer a aquella defensa o a este tratamiento, siendo inútil imponer las que se consideran obsoletas y, por ello, han sido sustituidas.[109]

Si el principio de extractividad de la ley penal más benigna se compagina perfectamente con las leyes que designan penas mirando al pasado a través de la consideración de las particularidades personales del autor, las medidas de seguridad miran al futuro y encuentran su fundamento en la peligrosidad de él (corrigen para el futuro).

De acuerdo a ello, se sostiene que esta doctrina es aplicable en el derecho penal argentino, puesto que el art. 2 del CP refiere exclusivamente a "penas", aunque por lo común se excluye de la retroactividad la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52, C.P., por su carácter híbrido que dificulta considerarla como medida de seguridad; en ese caso es de aplicación el principio de extractividad de la ley penal más benigna.

En definitiva, lo que no puede ponerse en duda es la aplicación del art. 2 del CP, cuando la ley nueva crea un tipo penal al que asigna como consecuencia una medida de seguridad, de modo explícito o implícito, porque allí no sólo está en juego la medida de seguridad, sino la totalidad de la ley penal.

El interrogante se genera cuando la nueva ley cambia una medida de seguridad de una ley anterior por otra que puede considerarse mucho más gravosa para el sujeto que tiene que soportarla. En este caso, la opción por la ultractividad de la ley anterior o por la retroactividad de la nueva no es fácil, la solución dependerá del criterio que se tenga sobre la naturaleza de

109 Creus, ob. cit. p. 108.

la medida de seguridad. Esto quiere decir que si la medida de seguridad tiene un carácter extraño al de la pena y que en ella el "delito" es sólo la "ocasión" legal de su imposición, resultaría lógico que quede fuera de la aplicación del art. 2 del CP, excepto los casos en que, por sus características, también asume calidad de pena (como ocurre con el art. 52, Cód. Penal).[110]

Validez personal de la ley penal

1. El principio de igualdad ante la ley

En este punto, en cuanto a la validez de la ley en relación a las personas, la regla es que la ley penal argentina es obligatoria para todas las personas, ya sean nacionales o extranjeras, habitantes o no del país, que incurran en su violación.[111] Resulta, por tanto, que cualesquiera que sean las condiciones o calidades personales del autor, y cualquiera que sea su nacionalidad, queda sometido al imperio de la ley argentina.

Ahora bien, en cuanto a lo que establece la Constitución Nacional al respecto, su art. 16, que consagra el principio de igualdad ante la ley, reza lo siguiente: *"La Nación Argentina no admite perrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad."*

Ello significa que, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, *"todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones"*[112]

Este principio general de obligatoriedad de la ley penal reconoce excepciones, toda vez que ciertas personas están libera-

110 Creus, ob. cit., p. 109.
111 Art. 4 del CCCN - "Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales."
112 Fallos, t. 149, p. 417.

das o dispensadas de responder con arreglo a sus disposiciones, porque de acuerdo a estas excepciones, se da el caso que estas personas, por revestir ciertas condiciones que luego serán explicadas, no delinquen si cometen hechos definidos y castigados como delitos.[113] Este tipo de "impunidad" obedece a diversas razones.

En este sentido, los privilegios de que gozan ciertas personas, no lo son con respecto a la responsabilidad penal, sino a la aplicabilidad de la ley. Esto quiere decir que no son causas que excluyan la pena, pues en unos casos, se trata, sólo de no aplicabilidad temporaria de la ley; en otros, de la aplicación de distintas normas, y en otros, en fin, de exención de pena para el acto por motivo de su naturaleza y de las funciones que su autor desempeña. Por tal motivo, no puede hablarse de causas personales de exención de pena, pues la misma persona beneficiada por el privilegio en ejercicio de determinada función, no lo es fuera de él.

En relación a esto último, debe quedar bien en claro que en el derecho argentino no existe ninguna causa de exención de la responsabilidad, basada en prerrogativas personales[114].

2. Limitaciones funcionales provenientes del derecho interno y del derecho internacional

Los motivos que sirven de fundamento para que la ley penal ofrezca tales excepciones en su aplicación, nacen de determinadas exigencias del derecho público del Estado, esto es, la función que la persona desempeña, o bien, son reconocidas por éste respecto a obligaciones o prácticas del derecho internacional.[115]

2.1. Limitaciones surgidas del derecho interno

Refieren a privilegios de orden procesal que tienen el alcance de un impedimento, que posterga el juicio común, hasta que se hayan producido ciertos actos no jurisdiccionales (v. gr. desafue-

113 Nuñez, ob. cit. p. 106.
114 Fontan Balestra, ob. cit., p. 149.
115 Fontan Balestra, ob. cit., p. 150.

ro, destitución), después de los cuales, la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios. Ello de acuerdo a lo establecido por los arts. 60 y 115 primer párrafo de la CN[116].

El fundamento político de estas excepciones radica en el hecho que en la medida que la persona ostente el carácter de funcionario público, perteneciente a cualquiera de los tres poderes del Estado nacional, provincial o municipal, mantiene la representación de éste, y el Estado como tal no puede ser juzgado ni condenado. Por tal motivo es necesario quitarle dicha representación y volverlo a su situación de ciudadano común para que proceda la aplicación de la ley penal.

La Constitución Nacional prevé una serie de casos concretos en los que es preciso cumplir requisitos previos para la aplicación de la ley penal; estos son los previstos en los artículos 53, 59, 60, 68, 69, 70, 114 inciso 5º y 115, referidos al presidente y al vicepresidente de la Nación, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros, a los legisladores, y a los jueces de la Corte Suprema y de los demás tribunales de la Nación.

De esta manera, una vez producido la destitución o el desafuero, queda abierta la posibilidad de ser acusados penalmente, llevados a juicio y, en su caso, condenados ante un tribunal ordinario y conforme a las leyes penales vigentes.

En el caso del Presidente de la Nación, puede ser objeto de acusación penal, por los hechos delictuosos realizados durante su mandato, para lo cual es necesario que se dé una de estas dos situaciones: a) que haya terminado su mandato; b) que durante el ejercicio del Poder Ejecutivo, haya sido destituido mediante el procedimiento del juicio político (arts. 59 y 60 CN). Lo mismo ocurriría en relación a los otros miembros del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, que pueden ser juzgados al cesar en sus cargos por decisión propia o por juicio político (arts. 53, 59, 60, 114 inc. 5º y 115 CN.)[117].

En cuanto a las opiniones parlamentarias, las mismas también se encuentran alcanzadas por la limitante, la cual se halla prevista

116 Soler, ob. cit. p. 266.
117 Fontan Balestra, ob. cit. p. 150.

en el art. 68 de la CN, en cuanto establece: "Ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador."

Esto se traduce en que los legisladores gozan de inmunidad penal respecto de esos actos, y la razón de que la ley penal no se aplique, no nace de privilegios personales, sino de la función que la persona desempeña. Es decir, no se trata precisamente de que un privilegio personal haga impune el acto, sino que es el carácter del acto el que hace impune a la persona. Esas opiniones o discursos tienen que ser emitidos desempeñando el mandato de legislador, es decir que alcanzan a las presentaciones escritas, a las manifestaciones de comisión, a las de una comisión especial investigadora, tanto como a los discursos producidos en las sesiones. Por el contrario, no comprenden, naturalmente, las manifestaciones privadas, ni los discursos políticos o de cualquier otro carácter hechos fuera de la actividad oficial de legislador. [118]

La exención es permanente, pues aun cuando un legislador hubiere cesado en su mandato, ninguna acción criminal procede por dichos actos. Como se ve, la razón de que la ley penal no se aplique, no nace de privilegios personales, sino de la función que la persona desempeña. La inmunidad se extiende a los miembros de las convenciones constituyentes y a los legisladores provinciales, conforme con las respectivas Constituciones[119]

La excepción a esta inmunidad la constituye el delito de Traición a la Patria, previsto en el artículo 29 de la CN y en el art. 214 y ss. del C.P., para quienes voten concediendo al Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público u otorgándole sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Ello vale para los miembros del Congreso Nacional y de las legislaturas provinciales.

No obstante lo dicho, en el caso de la provincia de Córdoba, la última reforma constitucional del 14 de septiembre de 2001, derogó las inmunidades de proceso y arresto de los legisladores,

118 Soler, ob. cit. p. 271 y ss.
119 CSJN, Fallos t. 169, p. 76.

que estaban reguladas en los arts. 94 y 95 de la anterior Carta Magna, por lo que queda suprimido el proceso de desafuero.

2.2. Limitaciones surgidas del derecho internacional

Encuentran su razón de ser en las relaciones recíprocas que toda nación mantiene con los restantes Estados del mundo y la función que algunas personas extranjeras desempeñan dentro del territorio nacional. Tales personas están protegidas por una inviolabilidad[120] e inmunidad[121] frente a la ley represiva y a todo tipo de medida coercitiva, exención que deriva de normas convencionales y consuetudinarias del derecho de gentes[122].

Sin embargo, no debe confundirse que por tal motivo esos sujetos están al margen de la legislación local, o que sus actividades o relaciones se regulan por disposiciones legales diferentes de las nacionales mientras estén ejerciendo sus funciones representativas. Sino que implica que están exentos de la jurisdicción local y que contra ellos no se pueden llevar a cabo los actos coercitivos propios a la actuación del derecho. Esta inmunidad es total en materia penal y muy amplia en el derecho civil.[123]

De este modo, de acuerdo al derecho de gentes, entre las personas alcanzadas por estas excepciones, en primer lugar se halla el jefe de un estado extranjero (v. gr. presidente, primer ministro, etc.), que en ejercicio de su cargo se encuentre circunstancial o temporalmente en territorio de otro país, en visita oficial o estadía privada y aun cuando el jefe de Estado reconocido por el país en donde se encuentra, haya sido derrocado o está exiliado. La inmunidad o inviolabilidad abarca no solo a su persona, sino también a todo el séquito que viaja con él, incluyendo en especial a los miembros de su familia y funcionarios o personal

---

120 Impone al Estado ante el cual está acreditado el representante extranjero, una conducta positiva de protección frente a un ataque ilícito que pudiera afectarlo.

121 Tiene por objeto una abstención de ejercer contra él cualquier actividad coercitiva, aun cuando fuere conforme al derecho nacional.

122 Cfr. Fierro, Guillermo J. "La ley penal y el derecho internacional", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 112.

123 Cfr. Fierro, ob. cit., Pág. 113.

acompañante.[124] En este aspecto, vale examinar lo determinado en el art, 7 del Tratado de Montevideo del año 1940.[125]

Asimismo se encuentran alcanzados por tales prerrogativas los agentes diplomáticos de diferentes jerarquías[126] que se hallen debidamente acreditados ante el Estado para el cual han sido designados, sean permanentes o transitorios; igualmente los ministros de Estado o funcionario jerarquizado que encabece o presida una misión especial. Del mismo modo, los locales de la misión diplomática son inviolables y los agentes del Estado receptor no podrán ingresar en ellos sin el consentimiento previo del jefe de la misión, protección que hace extensiva al mobiliario y demás bienes situados en ella, así como también a los archivos y documentos dondequiera que se encuentren. Similar prerrogativa tienen los medios de transporte de la misión y las residencias particulares de todos los agentes diplomáticos que tengan oficialmente ese estado[127].

En relación a los cónsules, se sitúan en un plano jurídico inferior a los restantes agentes diplomáticos, puesto que actúan como auxiliares de ellos y carecen de carácter representativo. En función de ello, las prerrogativas e inmunidades resultan menores, y así la práctica internacional ha resuelto que los cónsules sólo podían ser privados de su libertad por la comisión de crímenes graves, pero quedaba en claro que no estaban exentos de la jurisdicción de los tribunales locales[128].

Ahora bien, sin perjuicio de lo mencionado hasta aquí, resulta de interés dejar de resalto, en relación a las personas respecto de las cuales existen limitaciones procesales para la aplicación

124 Cfr. Fierro, ob. cit., p. 114.

125 Art. 7 Tratado de Montevideo: "Para el juzgamiento de los delitos cometidos por cualquiera de los funcionarios de una Misión Diplomática y de sus respectivas familias, se observarán los principios señalados por el Derecho Internacional Público. Igual procedimiento se seguirá tratándose de los jefes de Estado y su séquito, y de los miembros de un cuerpo de Ejército, cuando el delito haya sido cometido en el perímetro de su sede y tenga relación legal con dicho Ejército."

126 Cuya situación fue regulada mediante la Convención sobre Relaciones e Inmunidades Diplomáticas, celebrada en Viena con fecha 18/04/1961.

127 Cfr. Fierro, ob. cit., p. 126.

128 Cfr. Fierro, ob. cit., p. 120.

de la ley penal, fundadas tanto en el derecho interno, cuanto en el derecho internacional, que en los casos que el hecho se de en flagrancia[129], resulta igualmente procedente el arresto, cuyo objetivo es hacer cesar los efectos del delito o evitar su consumación. En relación a esto último, el art. 69 de la CN dice: *"Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido infraganti en la ejecución de algún crimen que merezca le pena de muerte, infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del hecho".*

Con esto no se debe confundir la finalidad de esta medida de coerción personal, que consiste en la privación de la libertad por un período muy corto de tiempo, con el procedimiento previsto para colocar a determinadas personas, en la situación de ciudadano común y de ese modo someterlas al proceso penal.

Finalmente, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido por los arts. 116 y 117 de la CN, la Corte Suprema ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros. Esa excepción sustrae a las mencionadas personas de la competencia de los tribunales que entienden en materia de delitos cuando se trata de cualquier otro habitante de la República, sometiéndolo a la Corte Suprema. Complementa esa disposición constitucional el artículo 24 del decreto ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467 de organización de la justicia, que dispone que la Corte Suprema conocerá de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes.[130]

---

129 Artículo 285 CP: "Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito."

130 Fontan Balestra, ob. cit. p. 152.

Validez espacial de la ley penal

1. Concepto

En este punto, es dable destacar que el progreso de los medios de comunicación, la comunidad de intereses humanos en problemas fundamentales, a través de los vínculos entre los Estados, y la necesidad de que el delito no quede sin sanción, son, entre otras, circunstancias que dan cada día mayor interés al estudio de la aplicación de la ley penal en el espacio.[131]

A partir de ello es que surgen los interrogantes en doctrina sobre cuál de los ordenamientos comprometidos tiene que ser aplicado ante casos concretos que se puedan presentar. Justamente, para resolverlos, cada sistema penal nacional procura determinar su alcance espacial, regulando su ámbito de vigencia, es decir, determinando la extensión de la "jurisdicción" de la propia ley y por supuesto, de los órganos del Estado que la aplican.

A la vez, dicho ordenamiento jurídico penal normalmente dispone medidas de auxilio a prestar a otros Estados para facilitar la represión internacional del delito. Tal es el contenido de lo que ya fuera derecho penal internacional, cuyos titulares de legislación son los Estados y cuyas normas son de carácter interno de ellos; que se distingue, por tanto, del derecho internacional penal, que sería una parte del derecho internacional público, en el que la comunidad internacional ostenta el carácter de legislador, sus normas son internacionales y normalmente regula los delitos de ese carácter por sus efectos sobre la humanidad y no simplemente sobre los súbditos o intereses de un determinado Estado (como el genocidio, los crímenes de guerra, etcétera).[132]

En definitiva, en este punto el tema refiere a la determinación del ámbito en que se aplica la ley penal de un Estado, para lo cual se debe recurrir a una serie de principios, de cuya combinación, resulta cuál es el ámbito de aplicación de la legislación penal interna. Estos principios resultan ser el territorial, principio real o

131 Fontan Balestra, ob. cit. p. 123.
132 Creus, ob. cit. p. 110 y ss.

de defensa, principio de nacionalidad o personalidad, y el principio universal; los cuales serán abordados en el siguiente punto.

Cabe referir que la coexistencia de los principios mencionados no implica que todos ellos tengan un rol equivalente, toda vez que el principio territorial adquiere un rol preponderante, puesto que constituye la manifestación más clara de soberanía de un Estado.[133]

2. Principios reguladores en el derecho penal argentino

A fin de determinar el alcance espacial del derecho penal, se puede recurrir a los criterios sentados por el principio territorial, el principio real o de defensa, el principio de personalidad y el principio universal.

2.1. Principio territorial

El principio territorial alude a la regla de que la ley penal se aplica exclusivamente a los hechos cometidos dentro de los límites del territorio de un estado. En este aspecto, el ya citado art. 4 del CCCN estable que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio nacional, independientemente que sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes.

Por su parte, el art. 1 del C.P. reza lo siguiente: *"Este Código se aplicará: 1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. 2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo. 3) Por el delito previsto en el artículo 258 bis cometido en el extranjero, por ciudadanos argentinos o personas jurídicas con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino."*.

De acuerdo a lo establecido por esta norma, la determinación del territorio se corresponde con las reglas del derecho interna-

133 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 170.

cional, esto es, todo espacio físico, líquido y gaseoso comprendido en los límites convencionales, naturales o históricos de un Estado.[134]

En cuanto a su denominación, se puede decir que el de territorio es un concepto jurídico y no un concepto natural. El principio según el cual la ley penal vale solamente dentro del territorio, si bien es el dominante en la materia que se trata, no es suficiente para fundar y explicar el alcance espacial de la ley penal puesto que sufre una serie de excepciones reales determinadas por la aplicación de otros principios. Esas excepciones no tienen un carácter meramente doctrinario, sino jurídico positivo, y se arraiga en el texto mismo de la Constitución que refiere a los delitos cometidos fuera de los límites de la nación, contra el derecho de gentes, en tratados con jerarquía constitucional, y finalmente en otras leyes dictadas por el Congreso[135].

De acuerdo a este principio, el territorio comprende la superficie de tierra, las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental, el territorio flotante y el espacio aéreo.

2.1.1. La superficie de tierra

Desde el punto de vista jurídico se considera que refiere a la extensión de tierra comprendida dentro de los límites histórica y geográficamente fijados y de acuerdo con los tratados suscriptos por la República con las naciones limítrofes, a toda su profundidad.

Cuando el límite geográfico es un río, la línea divisoria se establece por la vaguada o Thalweg (cauce más profundo), salvo que existan convenios internacionales que establezcan otra forma de división, tal como ocurre con el Río de la Plata, donde rige el *Tratado del Río de la Plata,* firmado en Montevideo el 19 de noviembre de 1973 y puesto en vigencia a partir del 12 de febrero de 1974, habiendo sido ratificado por la Argentina por ley 20.645.[136]

134 De la Rúa y Tarditti, ob. cit., p. 171.
135 Soler, ob. cit. p. 190.
136 El artículo 1 del Tratado del Río de la Plata determina su límite exterior en la línea imaginaria de 219 km que une Punta del Este (Re-

En cuanto a los macizos montañosos, rigen dos principios generalmente aceptados: *la línea de las altas cumbres* y la de *la divisoria de aguas.* De acuerdo al primero, se sigue la línea que une los picos más altos del sistema montañoso; con arreglo al segundo, *la distinta dirección* de la corriente de los ríos que descienden de la montaña determina la pertenencia del territorio. En relación a estos principios, ambos fueron utilizados para fijar la línea de frontera que separa a la República de Chile de la Argentina[137].

2.1.2. Aguas interiores

También forman parte del territorio argentino sus aguas interiores[138]; sobre las cuales el Estado posee competencia legislativa, administrativa y jurisdiccional. El concepto de aguas interiores se entiende como las situadas en el interior de las líneas de base (art. 1 Ley 23.968); refiere a la extensión del territorio, que afecta a las aguas de puertos, bahías y estuarios, es decir, a aguas estrechamente ligadas y subordinadas al dominio terrestre[139].

2.1.3. El mar territorial

Refiere a la franja de mar adyacente al estado ribereño y ha sustituido otras designaciones como las de "aguas jurisdiccionales" ó "territoriales". Se extiende hasta una distancia de doce (12) millas marinas a partir de las líneas de base establecidas en el artículo 1 de la Ley 23.968.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 3 de la citada ley, la Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo, el lecho y el subsuelo de dicho mar, a excepción del denominado "paso inocente"[140] de na-

---

pública Oriental del Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (República Argentina).

137 Fontan Balestra, ob. cit. p. 126.

138 Arts. 1 y 2 de la Ley Nº 23.968.

139 Cfr. Diez de Velazco Vallejo, Manuel "Instituciones de Derecho Internacional Público", Undécima Edición, Ed. Tecnos, Madrid 1997, p. 378.

140 De acuerdo a la Convención de Ginebra de 1958, se llama "paso inocente" a la navegación efectuada por el mar territorial de un estado ribereño ya sea para atravesarlo sin penetrar en las aguas interiores, ya sea para dirigirse hacia estas aguas, ya sea para dirigirse hacia el alta mar viniendo de ellas.

ves extranjeras que supone un derrotero lento, pacífico y seguro para los intereses del estado costero.

2.1.4. Zona contigua

Es la que se extiende más allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de veinticuatro (24) millas marinas medidas a partir de las líneas de base. La Argentina ejerce: *"todos sus poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen"*.[141]

2.1.5. Zona económica exclusiva

Hace alusión a las aguas comprendidas entre las 24 millas marinas - donde finaliza la zona contigua argentina - y las 200 millas marinas de distancia; en la cual la Argentina ejerce: *"todos sus poderes fiscales y jurisdiccionales, preventivos y represivos, en materia impositiva, aduanera, sanitaria, cambiaria e inmigratoria, sin perjuicio de las exenciones parciales o totales que legalmente se determinen"*.[142]

2.1.6. Plataforma continental

Abarca el lecho como el subsuelo de las áreas submarina (se extienden desde el fin de la superficie de tierra hasta el borde del margen exterior del margen continental; o hasta las 200 millas marinas a contar desde las líneas de base establecidas por el art. 1 la Ley 23968. Se encuentra determinada por el art. 76.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en cuanto establece que *"la plataforma continental en un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia"*.

141 Art. 4 decr. ley 2623/91.
142 Art. 5 decr. Ley 2623/91.

Se observa con claridad una superposición de los regímenes de la plataforma continental y zona económica exclusiva como consecuencia de su idéntica extensión en la mayoría de los casos (200 millas). Tal coincidencia permite salvaguardar mejor los intereses de los estados sin plataforma o de plataforma escasa, ya que no hace depender en absoluto de esa circunstancia geográfica el ejercicio de sus derechos económicos sobre los recursos vivos y no vivos del lecho y subsuelo del mar adyacente a sus costas, al otorgarles la Convención iguales derechos en otra sede o instituto (la zona económica exclusiva)[143].

2.1.7. Territorio flotante

Se entiende también por territorio argentino, conforme lo establecido por la Ley de Navegación Nº 20.094, el denominado territorio flotante, constituido por toda construcción flotante destinada a navegar por agua (buque) bajo pabellón argentino, entre las que se pueden mencionar:

- Las naves públicas. Son aquellas afectadas al servicio del poder público, mientras el resto, aun cuando fueran de propiedad del Estado, son privados. Es entonces, la función o la afectación a una función pública lo que en definitiva determina su carácter de buque público. Cabe agregar que la citada ley de navegación, en su art. 4 excluye expresamente de su régimen a los buques militares y de policía, los cuales, para el derecho internacional, revisten inequívocamente la calidad de públicos[144].

La ley penal argentina se aplicará a todo tipo de hechos cometidos a bordo de buques públicos, cualquiera sea el lugar en donde ellos se encontraren[145]. En este sentido, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, establecen: *"Los delitos perpetrados a bordo de los buques de guerra de un Estado que se encuentren en aguas territoriales de otro, se juzgan y penan con arreglo a las leyes del Estado a que dichos buques pertenezcan. También se juzgan y penan según las leyes del país a que los buques de guerra pertenecen, los hechos punibles ejecutados fuera del recinto de estos por individuos de su tripulación o que ejerzan algún cargo en ellos, cuando dichos hechos afectan*

143 Cfr. Diez de Velazco Vallejo, ob. cit. p. 419.
144 Soler, ob. cit. p. 197.
145 Soler, ob. cit. p. 206.

principalmente el orden disciplinario de los buques. Si en la ejecución de los hechos punibles solo intervinieren individuos no pertenecientes al personal del buque de guerra, el enjuiciamiento y castigo se verificará con arreglo a las leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encuentra el buque".

- Las naves privadas. En cuanto a este tipo de embarcaciones, la ley penal del pabellón que enarbolan se aplica en aguas propias, en alta mar o durante el "paso inocente" en mar territorial extranjero[146].

Sin perjuicio de ello, en relación a los buques privados, rigen otras excepciones que pueden tener lugar en alta mar y que derivan de la Convención de Ginebra del 29 de abril de 1958 sobre el Mar Territorial y Zona Contigua, y ellas se presentan cuando el Estado ribereño persigue a un buque mercante extranjero que haya violado su ley en aguas interiores de dicho país y lo apresa para someter al responsable a su jurisdicción; o cuando un buque navega ilegítimamente bajo su pabellón o navegue sin pabellón alguno[147].

De acuerdo a lo expuesto, quedan excluidos de la jurisdicción argentina los delitos cometidos en alta mar o en aguas neutrales, ya sea a bordo de buques de guerra o mercantes. Éstos se juzgan y penan por las leyes del Estado a que pertenece la bandera del buque.[148] Sin perjuicio de ello, el Tratado de Montevideo de 1940, en su artículo 10, primer párrafo, establece: *"Los delitos cometidos a bordo de buques que no sean de guerra, serán juzgados y penados por los jueces o tribunales y leyes del Estado en cuyas aguas territoriales se encontraba el buque a tiempo de perpetrarse la infracción."*

2.1.8. Espacio aéreo

Es el que se encuentra sobre las tierras, ríos y aguas pertenecientes al territorio nacional, cuyo límite no ha sido fijado por la legislación interna (Código Aeronáutico), pero que no puede extenderse hacia el espacio extraterrestre que es libre, lo que comienza entre los 100 y 110 km. de altura.[149]

---

146 Id. nota anterior, p. 197.
147 Id. nota anterior, p. 206.
148 Art. 8 del Tratado de Montevideo de 1889.
149 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 173.

En cuanto a la regulación del "espacio aéreo" propiamente dicho, prevalece en todos los tratados y en la legislación comparada, el criterio de reconocer en tiempos de paz la soberanía del Estado subyacente sobre el espacio aéreo que se encuentra sobre su territorio y mar contiguo, incluyendo la zona económica exclusiva; pero no de un modo absoluto, ya que conviene a todos los Estados respetar y establecer el trazado de rutas aéreas internacionales dedicadas al tráfico pacífico de personas y cosas, tráfico que está reglamentado de un modo más o menos uniforme en las convenciones del derecho aeronáutico celebradas en París (1919) y en Chicago (1944)[150].

El art. 11 del Tratado de Montevideo de 1940, establece como principio general que: *"Los delitos cometidos a bordo de aeronaves, buques de guerra o mercantes, en las condiciones previstas por los artículos 2º y 3º, serán juzgados y penados con arreglo a lo que estatuyen dichas disposiciones."*

Asimismo, rige en Argentina la aplicación del Código Aeronáutico (Ley 17.285), de modo que se presentan los siguientes supuestos:

- A los delitos cometidos en una *aeronave privada argentina*, se aplicará la ley nacional cuando: 1) El delito se produzca en vuelo sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales o donde ningún otro estado ejerza soberanía; 2) Cuando el delito afecte un interés legítimo del estado argentino o de personas domiciliadas en él; 3) Cuando el primer aterrizaje posterior a la comisión del delito se haya producido en territorio nacional[151].
- A los delitos cometidos en una *aeronave privada extranjera* en vuelo sobre territorio argentino o sus aguas jurisdiccionales se aplicará la ley nacional: 1) Cuando se infrinja con el hecho leyes de seguridad pública, militares o fiscales; 2) Cuando vulneren leyes o reglamentos de circulación aérea; 3) Cuando se comprometa la seguridad, el orden público o afecte el interés del Estado o de las personas domiciliadas en él; o se hubiese realizado en la República el primer aterrizaje posterior al delito, si no mediare pedido de extradición; 4) Cuando tenga

150 Soler, ob. cit. p. 196.
151 Suarez, ob cit. p. 84 y ss.

lugar en el país el primer aterrizaje posterior a la comisión del delito[152].

De igual modo cabe mencionar el art. 15 del Tratado de Montevideo de 1940, en cuanto dispone que: *"Los delitos cometidos a bordo de aeronaves que se encuentren en vuelo sobre un Estado extranjero, caerán bajo la jurisdicción de este último, si la aeronave hiciere en él su primer aterrizaje. En caso contrario, la jurisdicción será del Estado en cuyo territorio se efectuare dicho primer aterrizaje, aplicándose la legislación del Estado subyacente; y, cuando no fuere posible determinar sobre qué territorio se cometió el delito, regirá la ley del pabellón. Será obligatorio para el piloto de una aeronave en vuelo, a quien se denuncie la comisión de un delito, aterrizar en el primer aeródromo conocido y dar cuenta a la respectiva autoridad".*

2.1.9. Lugares sometidos a la jurisdicción de la Nación Argentina

Refiere a aquellos lugares que se encuentran amparados por el pabellón nacional, aun cuando se sitúen fuera del territorio argentino, a saber:

- Las sedes diplomáticas argentinas en el extranjero: No son parte del territorio argentino propiamente dicho, pero sí son lugares sometidos a la jurisdicción nacional. El fundamento de ello es el resguardo de la función diplomática y la independencia de la función frente a los Estados Extranjeros.
- Los territorios enemigos ocupados por tropas argentinas en tiempo de guerra.[153]
- Las naves y aeronaves públicas argentinas que se encuentren en territorio extranjero.[154]
- Las naves privadas argentinas que se encuentren en aguas o atmósferas libres o neutras o las que estén en el extranjero, en tanto la infracción sólo afecte la disciplina interna de la nave o aeronave.[155]

152 Id. nota anterior, p. 85
153 Arts. 111 y 112 C.J.M.
154 Art. 37, 1° disposición, Código Aeronáutico.
155 Arts. 2, 8 y 10 del Tratado de Montevideo

- Las aeronaves privadas argentinas en territorio extranjero, cuando: los delitos cometidos a bordo de ellas hubiesen lesionado un interés legítimo del Estado Argentino; o de personas domiciliadas en él; o se hubiese realizado en el país el primer aterrizaje posterior al delito.[156]

2.2. Principio real o de defensa

Se puede definir principio real o de defensa al que determina la competencia de un estado para el ejercicio de sus pretensiones punitivas sea nacional el interés vulnerado por el delito. Un ejemplo de su aplicación es el delito de falsificación de moneda cometido en el extranjero, que afecta el interés del Estado cuya moneda se falsifica. La consecuencia de ese principio es la posible aplicación del derecho penal a delitos cometidos en el extranjero, pues, según aquél, la principal finalidad de ese derecho es la defensa o protección de los intereses nacionales, de donde, por aplicación de tal principio, un Estado pretende ejercer su acción punitiva toda vez que un hecho sea dirigido a perjudicar al Estado, o cuando vulnere un bien jurídico situado dentro del territorio, aun cuando el hecho sea cometido en el extranjero[157].

Como se dijo, este principio posibilita la aplicación de la ley penal argentina a los delitos cometidos en territorio extranjero o en lugares sometidos a la jurisdicción nacional, por nacionales o extranjeros, siempre que sus efectos deban producirse en el territorio del país o en lugares donde ejerce su jurisdicción, conforme art. 1 inc. 1 del CP; o en los casos que sin producir estas consecuencias, fueron cometidos por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo, de acuerdo a lo prescripto por el art. 1 inc. 2 del CP.[158]

Asimismo el principio real o de defensa consagrado en el mencionado artículo, recibe apoyo por parte del art. 6 del Tratado de Montevideo de 1889, en cuanto establece: *"Los hechos realizados en el territorio de un Estado que no fueren pasibles de pena según sus leyes, pero que estuviesen penados por la Nación en donde producen*

156 Art. 199 Código Aeronáutico.
157 Soler, ob. cit. p. 191.
158 De la Rúa y Tarditti, ob. cit. p. 176

sus efectos, no podrán ser juzgados por ésta sino cuando el delincuente cayese bajo su jurisdicción. Rige la misma regla respecto de aquellos delitos que no autorizan la extradición de los reos".

El fundamento de este principio yace en la necesidad de complementar el principio territorial, pero no de identifica con éste, toda vez que surge como regla alternativa de la misma disposición normativa (art. 1 del CP), al referirse a los "efectos" de un delito cometido en el extranjero. Ello, conforme a la flexibilidad para su aplicación consagrada por la teoría de la ubicuidad –como ya fuera visto-, por la necesidad de proteger o defender ciertos bienes jurídicos nacionales ante la posibilidad de que el Estado en cuyo territorio se comenten no tenga interés en su persecución.[159]

En tal sentido el Tratado de Montevideo de 1940, art. 5, párrafo segundo, establece: *"Cuando se trate de hechos cometidos por funcionarios públicos que presten servicios en territorio extranjero, y tales hechos constituyan violación criminal de los deberes específicos de la función que se les haya encomendado, no se aplicará la regla precedente y serán juzgados y penados por los jueces o tribunales del Estado a que dichos funcionarios pertenecen, conforme a las leyes del mismo."*

Así, por ejemplo la emisión de cheque sin provisión de fondos o autorización para librar en descubierto cometida por un agente nacional en sus asuntos o negocios particulares, de ningún modo puede ser alcanzada por este principio, toda vez que no afecta la función para la cual ha sido designado el mismo y procede en consecuencia la aplicación de la ley penal respectiva a la del particular ofendido por el delito. [160]

2.3. Principio de personalidad o nacionalidad

El principio de la personalidad de la ley penal, o principio de la nacionalidad, es aquel según el cual la ley del Estado sigue al nacional, donde quiera que vaya, de modo que la competencia se determina por la nacionalidad del autor del delito. Se trata de un principio antiguo, mantenido por ciertos Estados europeos.

159 Id nota anterior, p. 176.
160 Suarez, ob. cit. p. 96.

En el caso del sistema penal argentino, el principio de *la nacionalidad* es aplicable en los casos en que no se concede la extradición de los ciudadanos argentinos. Así, este criterio predomina en los tratados internacionales celebrados por la Argentina en los que la entrega del nacional es facultativa para el Estado requerido. Se trata en estos casos de la aplicación de la ley y del sometimiento a los tribunales argentinos para su juzgamiento, pues el delito no queda impune[161].

El principio de la nacionalidad contempla dos modalidades: a) *Principio de la personalidad activa*: es el que hace aplicable la ley penal al propio nacional que delinque en el extranjero. Su ley lo sigue donde quiera que vaya (adoptan este principio el Código francés y el Código italiano)[162]. b) *Principio de la personalidad pasiva*: es el que protege al nacional donde quiera que vaya. Se trata de una forma extrema del principio real o de defensa, ello debido a que bajo ciertas condiciones, hace aplicable la ley nacional a hechos cometidos en el extranjero por la sola circunstancia de que sea damnificado un nacional (Código italiano)[163].

2.4. Principio universal

De acuerdo a este principio, la ley penal de cada Estado tiene validez universal, por lo que la acción puede ser promovida por un Estado cualquiera sea el lugar de comisión del delito o la nacionalidad del autor, o el bien jurídico violado. Se observa como única condición que el delincuente se encuentre en el territorio del Estado y que no haya sido castigado por ese delito o no lo haya sido suficientemente.[164]

Para fundar teóricamente este principio, se parte de la base de que la naturaleza de la ley penal hace que ella sea aplicable a acciones de extraordinaria inmoralidad, que afectan por igual la cultura de todas las naciones de la moderna comunidad internacional y que, en consecuencia, las artificiales limitaciones que los otros principios determinan no tienen, en definitiva, más conse-

161 Fontan Balestra, ob cit. p. 125.
162 Soler, ob. cit. 191.
163 Soler, ob. cit. 191 y ss.
164 Suarez, ob. cit. f. 96.

cuencia que debilitar a todos los Estados en su defensa contra la delincuencia, que para todos es igualmente peligrosa[165].

Nuñez refiere que por regla, el derecho internacional admite este principio respecto de bienes jurídicos cuya defensa en común interesa a todos los Estados, por ejemplo, la incolumidad de los signos monetarios, la trata de blancas, el comercio de estupefacientes, el resguardo de los cables submarinos y la piratería. De igual modo, el principio universal rige en el ámbito del derecho penal internacional, esto es, en el ámbito de aquellos delitos reprimidos por normas de carácter internacional, cuyas fuentes son los tratados, las convenciones y los congresos.[166]

En este sentido, a partir de la reforma de 1994, los tratados enumerados adquirieron jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y entre ellos se encuentran la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio;* la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,* que integran el catálogo de crímenes que afectan por igual a todas las naciones civilizadas.[167].

3. Lugar de la comisión del delito: teorías

El conjunto de teorías, disposiciones y normas legales que tratan de fijar con precisión cuál es el lugar en que, para el derecho, se considera cometida la infracción, tiene una importancia prioritaria para el desarrollo del principio territorial, ya sea para afirmar o rechazar la aplicación territorial de la ley penal; pues debe entenderse que conforme sea el lugar de comisión del delito, corresponderá o no la aplicación de la ley penal argentina[168].

En este sentido, el lugar, lo mismo que el tiempo en que se inicia y se perfecciona la infracción criminal, pueden no ser exactamente los mismos. Esto significa que puede suceder que no se da una perfecta correspondencia entre las diversas etapas temporales y espaciales del *iter criminis.* En la mayoría de los ca-

165 Soler, ob. cit., Pág. 150.
166 Nuñez, ob. cit. p. 97.
167 Fontan Balestra, ob. cit. p. 134.
168 Cfr. Fierro, ob. cit. p. 101.

sos, la diversidad del lugar adquiere trascendencia, toda vez que los mismos se dan dentro del territorio sobre el cual ejerce soberanía un Estado; pero sí la tiene, y en modo superlativo, cuando los espacios diversos se hallan sujetos a distinta soberanía nacional, cada cual con sus propios regímenes jurídico-penales. Por tal motivo, y a fin de dar solución a esta problemática, se dan en doctrina tres teorías: la de la iniciación del acto, la del resultado final y la de la unidad o equivalencia del lugar[169].

3.1. Teoría la iniciación del acto

De acuerdo a esta teoría, debe tenerse siempre en cuenta el lugar donde la acción se exteriorizó, esto es, donde se puso de manifiesto la voluntad criminal. Quienes sostienen esta postura se fundan principalmente en que lo que da lugar al castigo penal no es la prohibición en sí, sino la circunstancia de que el infractor ha obrado en contra de lo dispuesto por el delito. En ese lugar en donde su actuación se manifestó y repudió el imperativo legal, es donde se debe considerar cometido el delito.[170]

3.2. Teoría del resultado final

Esta teoría es opuesta a la anterior, puesto que en ella decide el último momento de la acción delictiva; es decir, el de la consumación del hecho. Es justamente en esta teoría que se inspiraron los Tratados de Montevideo de 1889, de 1933 y de 1940, al otorgar la preferencia jurisdiccional al Estado en cuyo territorio se perpetra el delito.[171]

De acuerdo a Fontan Balestra, se pueden efectuar dos objeciones a esta doctrina, a saber: 1) en algunos delitos no puede determinarse el lugar del resultado; tal cosa sucede, como ejemplo, con los que quedan en grado de tentativa; 2) el Estado renuncia a la persecución de los delitos cometidos en su territorio cuando el efecto tiene lugar fuera de él. Por tales motivos, puede decirse que hoy es una teoría abandonada.[172]

---

169 Fontan Balestra, ob. cit. p. 135.
170 Cfr. Fierro, ob. cit. 105.
171 Fontan Balestra, ob. cit. p. 135.
172 Id nota anterior, p. 135 y ss.

3.3. Teoría de la ubicuidad (también llamado de unidad o equivalencia del lugar)

En función de esta doctrina, sostenida por Mayer y Jakobs, el hecho se considera cometido tanto en el lugar donde se produjo la manifestación de la voluntad como donde se concretó el resultado, abarcando así las dos alternativas posibles;[173] despejándose la posibilidad de la impunidad del hecho derivada de un conflicto negativo de competencias.

Soler y parte de la doctrina nacional, considera que la ley penal argentina en el art. 1, inc. 1º del C.P. ha adoptado la teoría de la ubicuidad, pues dicha disposición abarca no sólo a los delitos "cometidos" en el territorio o lugares sometidos a su jurisdicción, sino también a aquéllos "cuyos efectos" deban producirse en dichos lugares. Vale decir que en la fórmula legal "o cuyos efectos", la doctrina nacional encuentra apoyo no sólo para estructurar la tesis de la "ubicuidad", sino también, para la recepción del principio real o de defensa.[174]

Por su parte, De la Rúa y Tarditti sostienen que, en función de la aplicación de la teoría de la ubicuidad, el principio territorial absorbe todos los casos en que el delito es considerada cometido en el país (acción, en todo o en parte, resultado en todo o en parte, resultado intermedio, lugar donde debía producirse el resultado), que se ha impuesto por encima de las teoría de la acción o del resultado que atendían a uno u otro tramo del delito.[175]

4. Aplicación en el derecho penal argentino

En el derecho penal argentino, se considera doctrina dominante la teoría de la ubicuidad. Esta es la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en estos términos: *"La finalidad esencial perseguida por el artículo 102 de la Constitución Nacional (art. 18 en la Const. Nac.) y por los artículos 3, inc. 3º de la ley 48, y 37 y 38 del Código Procesal Penal (ley 23.984), en cuanto*

173 Creus, ob. cit. p. 453.
174 Cfr. Fierro, ob. cit., p. 110.
175 De la Rúa y Tarditti, ob. cit., p. 175.

preceptúan que la competencia territorial se determina por el lugar de comisión del hecho, consiste en procurar la mejor actuación de la justicia, permitiendo que la investigación y el proceso se lleven a cabo cerca del lugar donde ocurrió la infracción y donde se encuentren los elementos de prueba, y facilitando también la defensa del imputado. Tales propósitos pueden resultar desvirtuados si se tiene en cuenta sólo el lugar de consumación del delito, dónde se produjo el resultado cuando la acción o una etapa principal y decisiva de ésta han ocurrido a gran distancia"[176],

Asimismo esta teoría es seguida por la opinión dominante (entre otros, Soler, Fontan Balestra, Righi), que considera que la ley penal argentina, adopta la teoría de la ubicuidad en el art. 1, inc. 1° del CP, atento que dicha normativa abarca no sólo a los delitos cometidos en el territorio o lugares sometidos a su jurisdicción, sino también a aquéllos cuyos efectos deban producirse en dichos lugares.[177].

Por su parte, Nuñez entiende que el delito se comete, a los efectos del art. 1 del CP, en el territorio argentino o en los lugares sometidos a su jurisdicción, cuando la actividad o inactividad del autor y su resultado típico de daño o de peligro o sólo el último (delitos a distancia), o la actividad en sí misma peligrosa (delitos de pura conducta y tentativa), se producen en uno de esos ámbitos (*teoría mixta*)[178].

5. La cuestión en los delitos a distancia y de tránsito

Los comúnmente llamados "delitos a distancia", se configuran cuando la acción se ejecuta dentro de un territorio determinado y el resultado se produce en otra jurisdicción territorial. Se puede mencionar como ejemplo la muerte de una persona ocurrida en nuestro país luego e ingerir veneno suministrado en el extranjero.

Lo que aquí interesa es aquel delito en que parte de la acción o su totalidad ha tenido lugar en el extranjero y sus efectos

176 CSJN, fallos 271:396.
177 Cfr. Fierro, ob. cit., Pág. 110.
178 Nuñez, ob. cit. Pág. 94.

se han producido en el territorio argentino. En este sentido, se tiende a considerar tales hechos como cometidos en el territorio, de modo que es indiferente para su punición la circunstancia de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles.[179]

Por otro lado, se halla la cuestión de los delitos de tránsito, es decir, aquéllos en los que el proceso ejecutivo recorre más de una jurisdicción (para que ello sea posible, debe tratarse de delitos permanentes, únicos, en los que todos los momentos son igualmente consumativos). Como ejemplo, se puede citar el caso de un secuestro en el que la víctima es trasladada por distintas jurisdicciones.

En relación a ello, Lascano entiende que si una parte del estado consumativo del delito se concretó en Argentina, resultara aplicable la ley penal de dicho país, en virtud del principio de territorialidad.[180]

6. La Extradición

En primer lugar, debe saberse que la extradición no es una institución de derecho de fondo, sino de derecho procesal; y su objeto es posibilitar mediante su entrega, el juicio y el castigo de las personas acusadas o condenadas que se encuentran en un país distinto del que las acusa o las ha condenado. Se funda en la preservación de las soberanías en juego y en el auxilio internacional a ese efecto.[181]

En este aspecto, este instituto es la máxima expresión de la cooperación en materia de lucha contra el delito entre países. Debe entenderse que las pretensiones de realización de la ley penal se hallan limitadas como consecuencia del hecho de mediar una común estructura de la justicia punitiva de los diversos países sobre la base preferente del principio territorial. Así, la pluralidad de Estados y sus soberanías determina que el alcance efectivo que todo Estado tiene de someter a juicio a quien se le

179 Cfr. J.A., t. 28, p. 211 y ss.; L L, t. 11, p.. 260,
180 Lascano, ob. cit., p. 224.
181 Nuñez, ob. cit. p. 97 y ss.

imputa la violación de una norma de carácter penal o hacerle cumplir la condena ya pronunciada en virtud del delito cometido, encuentre un obstáculo insalvable en la circunstancia de que ese poder exclusivo y excluyente coexiste con otros similares que, al igual que el propio, se edifican sobre la idea de la impenetrabilidad del orden jurídico, impidiendo, de tal manera, la actuación de la ley penal nacional fuera de sus fronteras.[182]

Ante ello, la extradición resulta la herramienta que permite a un Estado detener y entregar en custodia a una persona que se encuentra en su territorio a otro Estado que lo requiere a los efectos de afectarlo a una investigación en curso o para que cumpla una pena impuesta. Posee dos etapas bien establecidas, que son la detención preventiva de la persona buscada y el procedimiento de extradición propiamente dicho.[183]

Esta forma de cooperación, en virtud de su naturaleza, tiene características propias, generalmente procedimientos diferenciados, y garantías específicas. La complejidad del proceso de extradición radica en que confluyen allí el derecho a la libertad y la necesidad de someter a una persona a un proceso penal determinado, por ello, el estricto apego a los procedimientos establecidos por la Ley y la regulación convencional del instituto resultan imprescindibles.[184]

En cuanto a la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a este instituto, ha dicho: *"…la extradición es un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados, y eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos (…) El criterio judicial en el trámite de extradición debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo, por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en leyes y tratados…"*[185]

182 http://www.cooperacion-penal.gov.ar/estradicion
183 Id nota anterior.
184 Id nota anterior.
185 Autos G.1.XXXVI "Gómez Gómez, Alfredo y González, Sebas-

Ahora bien, la extradición reconoce principios que regulan, por un lado, la solicitud del delincuente a otro Estrado, lo que recibe el nombre de extradición activa; por otro lado, su entrega a éste, denominada extradición pasiva. Tales regulaciones reconocen su fuente en los tratados internacionales, en las leyes internas de cada país y en los usos internacionales.

En el caso de la Argentina, esas fuentes son, en primer lugar, por su carácter especial, los tratados internacionales, y en segundo lugar, la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal. En caso de existir un tratado entre el Estado requirente y la República Argentina, las normas del tratado rigen el trámite de la extradición (art. 2 de Ley 24.767). En ausencia de tratado, la extradición estará subordinada a la existencia un ofrecimiento de reciprocidad (art. 3, Ley 24.767)[186].

Las normas procesales federales que regulan el trámite de la extradición de una persona dentro de los límites territoriales de la Argentina están receptadas en los arts. 52 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación. En la Provincia de Córdoba, se hallan previstas en los arts. 58 y ss. del Código Procesal Penal provincial.

6.1. Condiciones respecto al delito, al delincuente, a la punibilidad, al proceso y a la conveniencia política (ley 24.767/1996)

En este punto, se debe tener presente que, conforme lo establece el art. 2 de la Ley 24.767, en aquellos casos en que entre el Estado requirente y la República Argentina existe un tratado previo que prevé un trámite de extradición, las condiciones se regirán por el mismo (v. gr. Tratado de Extradición entre la República Argentina y la República del Paraguay aprobado por la Ley Nº Ley 25.302).

No obstante ello, en todo lo que no disponga en especial el tratado, se aplicará supletoriamente la Ley 24.767, la que establece las siguientes condiciones:

---

tián Ignacio s/ extradición", del 16/10/2001, Fallos: 324:3484.
186 Nuñez, ob. cit. p. 87.

6.1.1 Condiciones respecto al delito

Se concede por hechos calificados como delitos por nuestras leyes y las del país requirente, quedando excluidas las contravenciones. Conforme el art. 6 de la citada ley, debe tratarse de un ilícito incriminado en ambos estados, principio de doble incriminación, que la infracción constituya un delito propiamente dicho en ambos Estados. Asimismo debe revestir cierta magnitud, es decir, que la infracción constituya un delito propiamente dicho en ambos Estados, lo que excluye las contravenciones, y que esté y que prevea una pena privativa de la libertad y que la semisuma del mínimo y del máximo de ella sea de por lo menos un año de encierro.

De acuerdo al art. 8 inc. 1, no habrá extradición cuando el delito que la motiva fuese un delito político[187]. En este sentido, el art. 9 no considera delitos políticos los siguientes: a) Los crímenes de guerra y los de "lesa humanidad", como el genocidio; b) Los atentados contra la vida de un jefe de Estado, o de gobierno; c) Similares ataques a personal diplomático; d) Hechos análogos contra la población o el personal civil inocente; e) Los delitos contra la seguridad de la aviación o la navegación civil o comercial; f) Los actos de terrorismo; g) Los delitos por los que la Nación hubiera asumido internacionalmente una obligación convencional de extraditar o enjuiciar.

Tampoco procede la extradición, según art. 8 inc. b), cuando el delito que motiva la extradición fuese un delito previsto exclusivamente por la ley penal militar.

Por otra lado, el art. 18 1º párrafo de la citada ley establece que la persona extraditada no podrá ser encausada, perseguida ni molestada sin previa autorización de la República Argentina, por hechos anteriores y distintos de aquéllos por los que se concedió1a extradición (''principio de especialidad").

Por último, el art. 23 inc. a), prescribe que aun cuando el delito cayere bajo la jurisdicción Argentina, el Poder Ejecutivo

187 Son delitos políticos aquéllos cometidos por los gobernantes que lesionan directamente el orden político vigente o los poderes de gobierno en su constitución, estabilidad o facultades o el ejercicio de la soberanía popular.

podrá autorizar la extradición, si aquél integra una conducta punible más grave, ajena a la jurisdicción de este país o en el que sea competente el Estado requirente.

6.1.2. Condiciones respecto al delincuente

El art. 11 inc. c) prevé que al momento de la comisión del delito, el autor del hecho haya contado con la edad exigida por la ley argentina para ser imputable.

Por su parte, el art. 12 determina que cuando el requerido sea de nacionalidad argentina podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, en tanto no medie tratado internacional que obligue la extradición de nacionales.

6.1.3. Condiciones relativas a la punibilidad y a la pena

De acuerdo al art. 11 inc. a), no deben haberse extinguido la acción penal o la pena, según la legislación del Estado requirente.

En lo que dispone el art. 11 inc. d), la extradición no se concederá cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabriría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia.

Conforme el art. 8 incs. e) y f), tampoco procederá cuando se trate de delitos por los que pueda ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanas, degradantes o que tuviesen pena de muerte.

6.1.4. Condiciones relativas al proceso

La extradición no se concederá si se advierte que el delincuente solicitado:

- Va a ser juzgado por una comisión especial de las prohibidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional (art.8 inc. c).
- Ha sido juzgado por el mismo hecho en Argentina o en otro país –"non bis in ídem"- (art. 11 inc. b).
- Es reclamado por razones persecutorias motivadas en opiniones políticas, nacionalidad, raza, sexo o religión o

que estas den motivos fundados que podrán perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio (art. 8 inc. d).

- No cuenta con garantías de que se le computara el tiempo de encierro durante el trámite extraditorio y el proceso que motivo el requerimiento (art. 11 inc. e)

Debe señalarse que aun cuando el delito cayere bajo la jurisdicción argentina, exista o no tratado, el Poder Ejecutivo podrá dar curso a la extradición si el Estado requirente tuviese facilidades notoriamente mayores que la Nación para conseguir pruebas (art. 23 inc. b).

6.1.5. Condiciones relativas a la conveniencia política

La regla en materia de extradición es que el Poder Judicial es quien actuara ante un requerimiento extranjero y su decisión denegatoria obligara al Poder Ejecutivo.

Sin perjuicio de ello, si se declara procedente la extradición pasiva, será el Poder Ejecutivo, como quien se reserva la potestad en materia de relaciones exteriores del Estado, quien podrá imponer su criterio.

Igualmente, en este último caso, para revocar la decisión judicial que conceda la extradición solicitada, deberá atender a los siguientes criterios de conveniencia política: primero, que no exista ofrecimiento de reciprocidad (art. 3); segundo, que existan razones de soberanía nacional, seguridad u orden público, y otros intereses nacionales esenciales que lo tornen inconveniente (art. 10).

Capítulo 3
El hecho (la acción en sentido amplio)

La acción

1. Caracterización constitucional

En el estudio de la teoría del delito, la acción constituye la base sobre la que giran los demás elementos. Es un concepto jurídico propio y aplicable a la dogmática penal que traspasa al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

La acción presenta un matiz sensible, esto es el de guardar coherencia con las normas constitucionales, basta citar el límite punitivo que significa el art. 19, de la que se desprende que está al margen de la punición las acciones privadas.

A ello debe agregarse, el principio de igualdad (art.16 C.N.) que impide discriminación de cualquier especie, ej. color de piel, ideología, pensamientos, posición económica y social.

La persona que actúa en libertad y con conocimiento de lo que hace, se responsabiliza por los actos que realiza, guardando coherencia con el resto del sistema jurídico, tal lo que surge a "contrario sensu" del art. 1111 del Código Civil, que consagra el principio de autorresponsabilidad y que expresa: "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna"[1].

La acción que se desenvuelve en un ámbito democrático, reconoce la necesidad que el hombre goce de libre albedrío, atributo que se traduce en decidir si actúa o no y que lo diferencia de modo notorio con el determinismo del positivismo criminológico con exponentes señeros como Garófalo, Lombroso y Ferri.

La decisión de ejecutar una acción debe verse acompañada de su **exteriorización**, por lo que las acciones privadas y los pen-

1 Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 216

samientos quedan al margen de un reproche a manos del poder punitivo, la misma suerte corren las condiciones negativas como son aquellas manifestaciones naturales del cuerpo humano como es la respiración.

2. Funciones de la acción

Dos son los aspectos a cubrir, la **intrasistemática** y la **delimitadora**. En la primera, como lo mencionamos, tiene una función base en la teoría del delito, la acción como tal **atraviesa** a las demás categorías y permite cumplir con una función de soporte o base de cada una de ellas[2].

En la segunda, es dable señalar que los seres humanos producen movimientos y comportamientos, muchos naturales, pero no necesariamente considerados como una acción humana para el derecho penal. Para serlo, el comportamiento humano deberá estar en concordancia con las garantías constitucionales ya citadas - art. 19 - solo así podrá ser considerado con trascendencia al ámbito penal.

3. Concepto

La acción en el derecho penal es el comportamiento exterior voluntario que causa un resultado. Comprende dos sentidos, la acción en el sentido positivo que es un hacer y la acción en el sentido negativo es decir un no hacer u omisión. Por esa razón el tipo delictivo que contiene la acción puede producir un resultado o no hacerlo.

Son rasgos que la caracterizan la **exterioridad**, ya señalada en el punto anterior, por lo cual remarco que para el derecho penal sólo son alcanzadas las conductas humanas que trascienden la esfera interna de las personas humanas. Se considera así, que es como puede dañarse un bien jurídico protegido (cfme. arts. 18 y 19 C.N.)

---

2 Santiago Mir Puig – Derecho Penal Parte General 5 edición – 1998 Lección 7 -5

Otra característica es que sin perjuicio de reformas que introduzcan a las personas jurídicas, en sustancia solo las **personas físicas** pueden ser **sujetos del derecho penal**. Son las únicas que pueden cometer un hecho típico, incluso en aquellos casos en que está involucrada una persona jurídica, solo las personas físicas a cargo de su conducción son aquellas que pueden resultar vinculados con la acción y no así la propia persona jurídica, quienes sí responden con sanciones de naturaleza administrativa o contravencional.

Respecto a las clases de acción, hay dos. La **acción en sentido estricto o positiva**, esto es la actividad de las personas que violan una norma prohibitiva; y la **omisión o acción en sentido negativo**, que es inactividad violatoria de una norma preceptiva o en otras palabras que ordenar realizar una conducta.

4. Elementos de la acción

VOLUNTAD DEL AUTOR	COMPORTAMIENTO EXTERIOR DEL AUTOR	RESULTADO

a) La voluntad: Proceso anímico impulsor o inhibidor de los nervios motores. Origen de actividad o inactividad corporal de la persona

b) El comportamiento: Es la actividad a través de la que se manifiesta en el exterior el impulso interno.

c) El resultado: Consiste en algo físico = muerte – apoderamiento de una cosa; o psíquico = amenaza.

* El resultado es una consecuencia del comportamiento.

* Entre el comportamiento y el resultado debe mediar una relación de causalidad

5. La acción según la dogmática

Al tratar etapas del dogmatismo[3], señalamos que la teoría del delito se compone de categorías o elementos. La primera de

3 v. Etapas de dogmatismo. - Introducción -

ellas es la acción, la que su vez fue analizado según la perspectiva de distintas posiciones.

Así, cada teoría tiene una elaboración propia acerca de cómo considera la acción, así estará: causalismo, normativismo, finalismo, el social y el funcionalismo de Roxin y Jakobs. A saber:

5.1. Concepción causalismo o positivismo

Son exponentes Von Liszt, Beling y Radbruch y seguida por los doctrinarios argentinos Sebastián Soler y Ricardo Nuñez.

Para esta corriente la acción es toda conducta humana voluntaria que causa un cambio en el mundo exterior. Surge así dos componentes la manifestación de la voluntad y el resultado. La primera abarca toda conducta del hombre sea comisiva u omisiva, decidida y ejecutada en libertad, es decir sin intromisión violenta física o psicológica.

La conducta humana se produce como fruto de un proceso proveniente del cerebro y desarrollado por el sistema nervioso sobre los músculos de distintas partes del cuerpo denominado innervación. Se trata de una manifestación de voluntad sin contenido, que irrumpe en el mundo exterior.

Tampoco debe confundirse con la intención de una conducta, aspecto volitivo que es considerado para esta corriente en la culpabilidad.

Esta postura - causalismo - es una concepción teórica acerca de la acción, que diferencia al acto voluntario y a la intención que moviliza a tal acto, por cuando en sustancia separa los elementos objetivos y subjetivos dentro de la teoría del delito. De esta manera, en la acción no correspondía el análisis de todo el contenido psicológico sino lo indispensable para que fuera acción.

Por lo tanto, hay una acción voluntaria como un proceso anímico impulsador o inhibidor de los nervios motores y finalmente la intención. Ejemplo: Una cosa es el comportamiento voluntario de realizar el acto de tomar un arma de fuego (innervación) y otra usarla con la intención de quitar la vida una persona (culpabilidad)

5.2. Normativismo

Con influencia del Neokantismo de autores como Stammler, Rickert y Lask, surge a principios del S XX, parte del concepto que la acción deja de ser un comportamiento meramente causal para agregársele un componente valorativo

Por lo tanto, ya no se trata sólo de observar y describir un hecho causal, sino que se exige apreciarlo y formular un juicio de valor o disvalor.

Un movimiento corporal como es conducir un automóvil es causado por el impulso de voluntad que determina a conducir, esta descripción de lo acontecido como acto puede ser un acto que se valore como tolerable para la sociedad; sin embargo, si es un acto de conducción imprudente - a alta velocidad en sitios poblados -, contrariamente, será un comportamiento disvalioso o reprochable. Por esta razón, los autores definen a la acción habiendo hincapié en el aspecto valorativo, así Mezger, define la acción como "conducta humana valorizada de determinada manera".

Este juicio de valor – positivo o negativo de la acción se verá con mayor nitidez en el análisis de las categorías de antijuridicidad y culpabilidad, pues cada una de ellos profundiza el análisis y brinda valoraciones en el ámbito del derecho (antijuridicidad – causas de justificación) o en el aspecto subjetivo (culpabilidad – dolo y culpa).

Cabe señalar que el concepto valorativo del comportamiento comprende tanto a la acción como a la omisión, pues el "no hacer" también tiene una apreciación, la ausencia de una acción esperada, un "no hacer" puede traer como consecuencia valoraciones distintas, Ej. no auxiliar a un herido como comportamiento voluntario tiene también un significado disvalioso.

5.3. Finalismo

Aparece como secuela del Régimen Nazi y es una repuesta al positivismo y normativismo. Su fundador fue Welzel quien, empleando el método fenomenológico y ontológico al derecho

penal, condujo a sustituir un concepto causal de la acción por un concepto final de la acción.

Welzel desarrolló una teoría que sostiene la existencia de condicionamientos ontológicos prejurídicos, las denominadas estructuras lógico – objetivas – esenciales para el derecho penal. La acción es una de ellas y como tal deja de ser sólo un proceso causal, ahora está guiada por un fin.

Para este autor la acción es un concepto prejurídico, sosteniendo que lo relevante no es la causalidad, sino la finalidad, o sea el dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida, después vienen las valoraciones humanas o sociales como las jurídicas[4].

Por lo tanto, la acción humana es calificada como "vidente" (ve a donde va o tiende a ir, en otras palabras: ve la finalidad perseguida). La voluntad cumple una función directriz en la que primero determina su meta para después elegir y usar el medio para cumplirla[5].

De este modo, la acción que de acuerdo a lo visto en la posición causal responde a una conducta causada por la voluntad es conducida por el contenido de finalidad de la voluntad. **Considera a la acción humana como un concepto ontológico, que no era un proceso mecanicista o causal "ciego" sino "vidente", esto es guiado por la finalidad**[6].

Según Welzel la "finalidad" o "carácter final" de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever en cierta medida las posibles consecuencias de su actuación, fijarse por ello diversos objetivos y dirigir planificadamente su actuación a la consecución de esos objetivos

La principal consecuencia del finalismo es considerar al dolo – equiparado a finalidad - y desplazarlo desde la categoría de la

4 v. Santiago Mir Puig "Derecho Penal Parte General 5ta. Edición Tecfoto Barcelona 1998 – Lección 7 pág. 156

5 Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hamurrabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 231 - v. José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 243; v. Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González- Lerner Córdoba 1999 – pág. 118

6 Cfme. Welzel, Derecho Penal Alemán Parte General pg. 54 y 55

culpabilidad al tipo, categoría de la teoría del delito que ahora contiene a la acción que exige necesariamente una finalidad. De ello se desprende que el tipo tendrá una descripción de la conducta (tipo objetivo), acompañado del componente volitivo o final (tipo subjetivo).

La antijuridicidad, tendrá un matiz, esto es la existencia del **"injusto personal"**, quien como contenido comprende al **disvalor de resultado** (colisión con el orden jurídico) y al **disvalor social del acto**, evidenciado en el propósito o finalidad del acto.[7]

En la culpabilidad – estructura lógica objetiva – se altera su integración, será distinta al positivismo o causalismo. El componente psicológico: dolo y culpa es desplazado a la acción dando lugar a una integración distinto del tipo penal. Ya no sólo hay un aspecto descriptivo causal (tipo objetivo) sino que se verá acompañado de otro aspecto el volitivo o fin (tipo subjetivo).

Queda en la culpabilidad un contenido valorativo que da lugar a un juicio de reprochabilidad que está dirigida a quien teniendo capacidad y conociendo lo que hace, no se motivó o determinó a obrar de un modo distinto. En otras palabras, violó, secuestro o robó pudiéndolo no hacerlo.

5.4. Concepción Social de Acción

Tuvo un objetivo ambicioso, esto es determinar un común denominador que como concepto de acción comprendiera a la acción en sus dos manifestaciones: acción positiva y acción negativa u omisión; como así también a la acción dolosa como la culposa[8].

Ello así, caracterizó a la acción como un comportamiento unitario que puede ser activo u omisivo, final o no, con valoración social. Es por lo tanto, un concepto de acción que es valorativo.

---

7 Welzel, Derecho Penal alemán, Parte General 1970, 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1970 p. 96

8 v. José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – Director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 251;

Define a la acción como todo comportamiento socialmente relevante puede consistir en: 1) actividad finalista; 2) causación de consecuencias dominables por el autor; 3) inactividad por la acción esperada. Todos ellos deben ser receptados por la figura de la ley penal.[9]

Sostienen que la finalidad es relevante en las conductas culposas y en la omisión. En la primera, porque el hecho causado pudo haberse evitado por la conducción final del suceso; y en la omisión, porque también el no hacer lo esperado pudo haberse evitado finalmente.[10]

Precisamente, es los delitos culposos donde el finalismo encontró los mayores inconvenientes acerca de justificar la concepción final de la acción. La pregunta que se formulaba era ¿puede un resultado previsto en un tipo culposo, que reprime al descuido estar comprendido en la finalidad del autor quien no obra con una intención a producirla?

La respuesta la dio el mismo Welzel al ampliar el concepto de finalidad, sosteniendo que la naturaleza final de la acción culposa residía **en la finalidad que el autor pudo tener observando la diligencia necesaria** en la dirección finalista y que hubiera evitado el resultado penalmente típico (finalidad potencial). De este modo, la acción culposa no era una acción finalista por su composición, sino por su referencia a la finalidad debida.[11]

5.5. Esquemas funcionalistas

Con una clara influencia del neokantismo y la prevalencia de lo teleológico – normativo, las corrientes funcionalistas aportan el criterio valorativo al derecho penal.

5.5.1. Funcionalismo moderado (Roxin)

Su aporte normativo en la acción, consistió en considerarla como una manifestación de la personalidad. Debe ser exterior,

9 v. Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Féliz González- Lerner Córdoba 1999 – pág. 119

10 v. Santiago Mir Puig "Derecho Penal Parte General 5ta. Edición Tecfoto Barcelona 1998 – Lección 7 pág. 158

11 Cfme. Welzel, Derecho Penal Alemán Parte General pg. 54 y 55.

con lo cual excluye a la faz interna de la persona ej. La intimidad, los pensamientos.

También excluye aquellas situaciones en los que el sujeto no dirige su conducta, no hay una conducción anímico espiritual del ser humano. Ej. Uso de fuerza física irresistible, delirios, en transcurso del sueño.

Hay dos atributos que caracterizan a la acción, uno que es **enlace**, esto es que une a las demás categorías del delito y el otro, que es **neutral** respecto a los demás elementos del delito.

Sostiene respecto a la acción que es un supraconcepto que abarca todas las manifestaciones: dolosas, culposas (imprudente), omisiones. En ésta última, su explicación se centra en expectativas que surgen de los preceptos jurídicos y que el agente no cumplió[12].

5.5.2. Funcionalismo radical y sociológico (Jakobs)

Para este autor, en el ámbito del derecho penal, la acción consiste en un comportamiento causal que pudo evitarse. Le llama "causación individualmente evitable", comprende tanto la acción dolosa como la culposa, estas como tal no habrían acontecido si concurriese en el ánimo del sujeto una **motivación** dominante dirigida a evitarlos.

La motivación es un estado interno, vinculado a la voluntad o interés de la persona a realizar acciones u omisiones, incluso a mantenerse en ellas.

El autor de un delito, lleva adelante la comisión de una acción injusta, esta acción implica una falta de reconocimiento acerca de la vigencia de la norma.

Si bien es grave un suceso externo que dañe a un interés protegido, ej. La vida, la propiedad, etc.; no hay dudas que más grave es la actitud de menosprecio del autor ante la norma, pues su indiferencia hacia ella lo conduce a un resultado jurídico penal, que incluso puede repetirse e imitarse.[13]

---

12 v. José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 245

13 v. José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – Director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 246

6. La voluntad para un esquema causal o personal de lo injusto

Teniendo en cuenta al injusto penal, se comparan como actúan sobre el mismo dos teorías (la causal y la finalista) con sus consiguientes repercusiones en todos los aspectos, incluida la voluntad.

El injusto penal es la acción típica y antijurídica; para que sea un delito deberá sumarse un aspecto sensible, esto es la culpabilidad, categoría que no sólo exigirá que la persona tenga capacidad, sino que actué a conciencia de lo que hacía.

Sobre este injusto penal dieron su apreciación dos teorías, la causal y la finalista, dentro de ésta última su concepción denominada "personal del injusto".

6.1. Causalismo

Para el causalismo se observa que el delito es la concurrencia de dos planos, uno objetivo y otro subjetivo.

- En el plano objetivo, surge la acción típica y la antijuridicidad. Pertenecen los caracteres externos objetivos del delito. En otras palabras, lo externo.
- En el plano subjetivo, surge la culpabilidad. Pertenecen los elementos anímicos subjetivos. En otras palabras, lo interno.

a. Principales características del causalismo:

- Acción: Mecánica impulsada por la voluntad, sin importar el contenido de esa voluntad
- Antijuricidad: concebida en forma objetiva, consiste en la oposición al derecho esto es no amparada por las causas de justificación
- Culpabilidad: se ocupa de la voluntad y su contenido

b. Conclusión: Si lo ilícito es un proceso causal externo, sin importar los factores internos del autor, concibe a lo injusto como lesión o peligro de un bien jurídico (Se denomina disvalor del resultado)

6.2. Finalismo

Frente a esta teoría, surge la teoría finalista de la acción, con su mayor exponente Welzel quien elaboró la concepción personal del injusto.

Este autor al realizar el estudio del aspecto subjetivo del tipo, determinó que el dolo debe tener su ubicación en el tipo y no en la culpabilidad, tal como lo venía haciendo el causalismo.

Para esta posición tiene relevancia la actuación del sujeto y su contenido, no agotándose en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado; por esa razón el injusto es considerado como un injusto personal.

TIPO ➔ CONTIENE **DOLO**

ACCIÓN ➔ ACTUACIÓN DEL SUJETO (RELEVANTE)

ANTIJURIDICIDAD ➔ ES OBRA DE UN **AUTOR**

🡻

INJUSTO PERSONAL

De esta manera en la teoría de acción finalista, tiene importancia el sujeto y como tal cobra mayor protagonismo el aspecto subjetivo, esto es la dirección de la acción dirigida a un fin prohibido (dolo). Esto muestra un mayor protagonismo del sujeto, de sus elementos personales, los que permiten valorar el significado social negativo del comportamiento denominado disvalor de acción.

Asimismo, en los delitos culposos, en los que el autor no tuvo la intención de producir el resultado, considera como esencial para su ocurrencia no ya el dolo sino la violación de un deber de cuidado (imprudencia, negligencia, inobservancia, impericia).

Para encontrar solución, amplía el concepto de finalidad, llamándola "finalidad potencial".

En ella sostiene que la naturaleza final en la acción culposa reside en la conducta del autor, que, en este caso, no es el resultado, sino que el autor en su conducta final abuso de la diligencia o cuidado necesaria, que, de haberla tenido, hubiera evitado el resultado.

El contenido de estas distintas concepciones se ilustra a continuación:

Concepto causal del ilícito	**Concepto personal del injusto**
Tipicidad: Comprueba que se realice la acción que causa una lesión al bien jurídico *No le interesa la intención	Tipicidad: Comprobar la realización de la lesión al bien jurídico y que el autor quiso realizar esa acción
Antijuridicidad: Depende si la Tipicidad lesión está o no autorizada por las causas de justificación	Antijuridicidad: Requiere que la lesión esté o no autorizada por las causas de justificación + El autor conozca las circunstancias que determinan la justificación o concurrencia de las causas de justificación
Requiere el disvalor del resultado de la acción *Importa lo que el autor hizo y no lo que quiso hacer	Requiere el disvalor del resultado + *Disvalor de la acción Lo que el autor quiso hacer es importante tanto como lo que hizo.

7. Las estructuras lógico objetiva

Tiene su ámbito en el finalismo; Welzel, desarrolla una teoría en la que señala que no es el hombre quien determina el orden de lo real, sino que se encuentra condicionado con un orden

previo y objetivo, que se denominan **estructura lógica objetiva**[14].

Estas son existentes antes de la valoración humana y precedente a la valoración jurídica (prejurídica). Son de naturaleza ontológica y necesarias para la aplicación de la pena.

Entre estas estructuras lógico objetivas se ubica la acción final y la culpabilidad. Omitir este orden prejurídico trae consecuencias en la regulación legal, ocasionando lagunas que deberán ser cubiertas por el intérprete.

La concepción de una acción de naturaleza finalista altero la conformación de las categorías de la teoría del delito. Así, el tipo se integra por la descripción objetiva (tipo objetivo) y por una parte subjetiva, esto es dolo o culpa (tipo subjetivo)[15].

La antijuridicidad no sólo será un disvalor del resultado frente a la totalidad del orden jurídico sino también del acto o acción, el cual a su vez es producido por el autor quien actúa con un fin, da así lugar al **injusto persona**l.

Por último, como ya se vio en el positivismo el disvalor se centra exclusivamente en la antijuridicidad. Con el finalismo no sucede, pues el tipo puede manifestar también una falta de adecuación social de ciertas conductas. Ej. la sustracción de una fruta ajena, formalmente podría resultar típica; sin embargo, para el finalismo si es considerada como algo normal socialmente puede ser atípico.

Ya en orden al contenido de la culpabilidad, al desplazarse el dolo y la culpa a la acción, habrá un juicio de reprochabilidad valorativa o normativa, exigiendo que el sujeto obre con imputabilidad y cognoscibilidad de su hacer que será un delito.

8. Faz negativa de la acción

14 Welzel, Más allá del pensamiento natural y del positivismo jurídico, Universidad Nacional de Córdoba, 1962 ps. 35/6

15 Welzel "El nuevo sistema del derecho Penal" trad, y notas José Cerezo Mir B de F, Montevideo 2001 p. 28; Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 pág. 207/208

Hay factores externos e internos que operan sobre el sujeto y que lo determina a situaciones que no puede manejar. En ellas no hay acción, en consecuencia, tampoco hay delito. La acción o inacción son atribuibles a factores internos y externos.

8.1. Factores externos

a) Fuerza físicamente irresistible (vis absoluta – art. 34 C.P. inc. 2): Se trata de una fuerza cuya entidad impide que el sujeto pueda dirigir sus movimientos, es decir que lo haga mecánicamente. Es una fuerza que, adjetivada como irresistible, significa, no controlable para el hombre[16], por lo tanto, no hay acción.

Al actuar materialmente sobre la persona determinándolo a hacer o no hacer, hace evidente que el sujeto no tiene subjetividad ni dominio, en consecuencia, su comportamiento es totalmente involuntario.

Descripta de este modo, se entiende que la fuerza puede provenir de un tercero o de una fuerza de la naturaleza. En el caso del primero, puede convertirse en el autor del hecho toda vez que domina a la persona y lo puede emplear para desarrollar la acción sea en sentido positivo o negativo.

Respecto a la naturaleza, son comunes las fuerzas que provengan de un aluvión, caída de un árbol, avalancha, viento, etc.

También quedan comprendidos en la fuerza física irresistible, el uso sobre la persona de medios hipnóticos o narcóticos.

Según el art. 78 C.P. en: "el uso de medios hipnóticos o narcóticos" queda comprendido en el concepto de violencia y, por lo tanto, determinan la falta de acción por vis absoluta (art. 34 inc. 2. 1° parte C.P.)

Por último, hay también vis relativa, tal es el caso del art. 34 inc. 2 - 2da. Parte del C.P., que regula las amenazas de sufrir un mal grave e inminente. La situación pueda dar lugar a un estado de inculpabilidad del sujeto, pero no se considera suficiente para excluir la acción, pues se actúa con un mínimo de subjetividad por parte de quien obra por necesidad de evitar u mal[17].

16 José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 254/255;

17 v. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1

b) Movimientos reflejos o involuntarios: Es la actividad o inactividad atribuible a la excitación de los nervios motores debida a un estímulo fisiológico corporal interno o externo, ajeno a la impulsión voluntaria de la persona. Ej. estornudo, los estados convulsivos y la reacción por cosquillas o por pinchazo (movimientos reflejos). Si bien pueden ser desarrolladas, sin que el sujeto esté privado de conciencia, son equiparables a situaciones de inconsciencia, pues son reacciones puramente orgánicas no gobernadas por la voluntad[18], en consecuencia, no hay acción.

c) Los comportamientos automatizados: Son actos en los que hay un mínimo de dominabilidad, no se los considera como actos reflejos, son actos automatizados cuya reiteración conduce a su realización sin reflexión permanente.

Roxin los define como "una disponibilidad de acción adquirida mediante larga práctica y que llegado el caso se transforma en movimientos sin reflexión consciente"[19]. Se trata de situaciones por demás comunes, toda vez que el ser humano cumple actos de la vida cotidiana de manera automática y repetida, ej. caminar, conducción de vehículos, etc.

La doctrina los ubica en una zona límite, la opinión dominante sostiene: "el carácter de acciones de estos comportamientos, en virtud de que las disposiciones para la acción aprendidas pertenecen a la estructura de la personalidad y su desencadenamiento es manifestación de ésta…"[20]

8.2. Factores internos. Estados de inconsciencia. Supuestos

En primer lugar, debe señalarse que la conciencia en el ser humano es el conocimiento que tiene de sí y el del entorno que lo rodea, se trata pues del resultado del funcionamiento de la psiquis.

Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 223 – Citando un ejemplo, los autores sostienen que no hay fuerza física en el empleo de violencia para condicionar coactivamente a través de amenazas, torturas o castigo a que otro, quien actúa sin haber perdido la libertad, tampoco por necesidad.

18 Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 224

19 Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997, T. I. p. 262

20 Roxin, Derecho Penal Parte General, 1997, T. I. p. 262

La conciencia puede estar perturbada o en su defecto, no existir.

Perturbada: no hay ausencia de conducta toda vez que no desparece la voluntad del sujeto, por lo tanto, hay acción, aunque puede dar lugar a la declaración de inimputabilidad de la persona.

Inexistencia de la conciencia: puede estar suprimida en forma transitoria o permanente; ergo no hay voluntad y, en consecuencia, tampoco conducta. Se trata de un estado de inconsciencia, la cual concurre: *"cuando en el hecho no intervienen los centros altos del cerebro cuando lo hacen en forma altamente discontinua o incoherente";* ej. ataque de epilepsia, desmayo, estado de coma, altos grados de fiebre que priva de sentido, sonambulismo.[21]

También la inconsciencia excluye la acción cuando hay imposibilidad absoluta volitiva, esto es la persona se encuentra privada de conciencia y su cuerpo no es dirigido por la voluntad. Si existe en grado menor, habría acción y su conducta se analizará como causal de exclusión de la culpabilidad. Son ejemplos de estados que excluyen la acción: el estado de ebriedad pleno o la ingesta de drogas, ambos que priven del sentido.

Como corolario, la persona que procura o provoca su propio estado de inconsciencia para ocasionar una lesión, se considera que realiza una conducta, esto es la de disponerse al estado de inconciencia y deberá establecerse en el caso en particular el tipo penal al que corresponde su conducta.

Relación de causalidad e imputación objetiva

1. Introducción

Se tratan aquí, las principales teorías en orden a la relación de causalidad, las posiciones de Claus Roxin como de Günther Jakobs y la relación con la imputación objetiva.

21 José R. Piñero en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 ps 257.

Ello así, puede discutirse acerca si la teoría de la imputación objetiva se trata de una teoría, es decir un fundamento expuesto por proposiciones con cierto grado de homogeneidad o si sólo se trata de un conjunto de principios o soluciones correctivas de la tipicidad de una conducta punible[22]. Lo cierto es que su tratamiento se ha impuesto en la actualidad, y ha sido o es materia de análisis en la doctrina.

Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad por una relación construida sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. La constatación natural de la causalidad si bien útil, no es suficiente para explicar la atribución del resultado

La imputación objetiva intenta y logra dar solución a los distintos problemas que se presentan en cada una de las estructuras que componen la teoría del delito. Para precisar el ámbito que le dio origen, recurro a la clasificación de los tipos penales: el criterio delimitador de los mismos, lo constituyen las distintas modalidades que adoptan sus elementos. Así, en la acción nos hallamos ante los delitos de **mera actividad** y los delitos de **resultado**, según que el tipo requiera o no, que la acción vaya seguida de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta. En los delitos de mera **actividad** vg. allanamiento de morada, sólo basta con comprobar la realización de la acción típica, es decir si el autor se ha introducido contra la voluntad del morador o que permanece indebidamente en ella.; mientras que, en los delitos de **resultado**, vg. homicidio, sucede lo contrario, no será resultado ni la sola exteriorización de la conducta ni la sola lesión del bien jurídico, pues es necesario comprobar a la par de la acción, la existencia de un peligro concreto corrido por el Bien Jurídico Protegido.

De manera que, por la naturaleza señalada, la imputación al tipo objetivo en los delitos de **mera actividad** se corrobora con la subsunción en los elementos del tipo, materia propia de la Parte Especial. En cambio, en los delitos de **resultado** habrá que decidir según las reglas generales si la lesión o daño puede

22 Cfme. Sancinetti, Marcelo, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Cancio Meliá, Ferrante, Sancinetti "estudios sobre la teoría de la imputación objetiva" Ad-Hoc Bs. As. 1998 pág. 39

ser imputada al autor, y si no es así, el inculpado no habrá matado, lesionado o dañado en el sentido de la ley.

La relación que permite considerar un resultado acaecido como fruto de la acción es una relación de causalidad, lo cual significa una relación de causa a efecto, similar a la que se puede observar en los sucesos de la naturaleza. **No obstante, ser causal o ser responsable de la producción de un resultado son dos categorías distintas**, es decir, no siempre un concepto implica al otro. Ilustra ello, el ejemplo citado por Roxin[23] Si "A" convence a "B" para que tome un vuelo a Mallorca, en el que "B" muere al estrellarse el avión, ciertamente "A", con su consejo, ha causado la muerte de "B", pero pese a ello no ha matado a "B" porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se puede imputar el resultado a "A" como obra suya. De modo, que faltará la imputación, aunque el autor haya causado el resultado, en razón que la causación se debe a una casualidad**.**

Por lo tanto, siendo la relación de causalidad natural un límite mínimo - pero no suficiente - para la atribución del resultado, es necesario limitar entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo a aquellos que puedan desembocar en la responsabilidad penal. Para ello la relación o nexo de causalidad se completa con correctivos de índole **normativa**[24], los cuales se deducen de la naturaleza del ilícito penal; precisamente, ese conjunto de **correctivos** de la causalidad es lo que se ha dado a llamar teoría de la imputación objetiva, la cual permite en cursos causales extraordinarios, tal como lo es el ejemplo citado por Roxin, una solución sin necesidad de recurrir al dolo.

2. Evolución histórica

La imputación objetiva reconoce dos raíces teóricas: al neokantismo y a Hegel. El término imputación ocupó un lugar principal en el iusnaturalismo racional del siglo XVIII y en los

23 v. Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.346

24 De allí que se emplee el término normativizar como sinónimo de reglas que completan el análisis del derecho.

penalistas **hegelianos** del Siglo XIX, para luego perder protagonismo en las dos últimas décadas de ese siglo con el enfoque del naturalismo positivista de Alemania a través de Von Liszt, (1870), quien propugnaba destacar al concepto de causalidad como elemento esencial del delito; de neto corte empírico, se manifestaba como una modificación del mundo exterior causada por un impulso voluntario, prescindiendo de cualquier valoración.

Luego, en el período comprendido entre las dos guerras mundiales se produce una reorientación del Derecho Penal hacia una **visión neokantiana**.[25] Esta evolución se muestra a principios de siglo veinte y hasta los años treinta, en donde se produjo un viraje hacia un enfoque valorativo de las categorías del delito. Cabe citar a penalistas como Sauer, Raddbruch, Engisch, quienes advertían que los resultados imprevisibles debían ser descartados por una imposibilidad de valorar penalmente esos hechos (tipicidad o antijuridicidad), con lo cual rechazaban la postura de la teoría de la causalidad adecuada, que solucionaba estos supuestos al afirmar que debían eliminarse porque no eran causados por el autor. Precisamente, fue esto lo que condujo a Mezger a formular su teoría de la relevancia, que vio en la actuación una exigencia impuesta en el tipo, buscando reemplazar la relación de causalidad natural por la imputación objetiva, consistente en consideraciones jurídicas, no naturales.

El enfoque valorativo también influyó en el **finalismo** de Welzel, quien sentó su postura sobre lo que denominó estructuras lógico-objetivas, constituidas por dos elementos esenciales del delito: la acción humana (Injusto) y la libertad de voluntad (Culpabilidad). Para el finalismo, la voluntad como integrante de la acción cumple una función de dirección hacia fines predeterminados, mediante su anticipación el autor elige los medios que le permitirán la obtención del resultado. Frente al finalismo surgió un **concepto social de acción** que reconoció como exponentes a Maihofer y Engisch. Esta postura centró su aten-

25 Mir Puig Mir Puig, Santiago, "Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal" en "Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales". Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba 200, pág. 61 y sgts

ción en considerar a la conducta humana frente a la sociedad, por lo que la acción era la realización de un resultado socialmente relevante, al cual si le asignamos un sentido jurídico penal se traduce en la realización de un resultado típico. Precisamente para ello se acentuó el aspecto valorativo en la antijuridicidad y en la idea de la necesidad de previsibilidad objetiva del resultado. Por esta razón, entendieron que conductas similares como la de enviar a alguien al bosque en un día de tormenta por si le cae un rayo, no tiene el sentido o significado social de matar, aunque dicho resultado suceda.

Así como los causalistas buscaban en el concepto de causa determinar la acción típica, la teoría final como la teoría social de la acción, con distintos matices, centraron sus posiciones en elementos de la misma naturaleza, esto es la causa o la acción, perdiendo de vista que lo que define al tipo es un concepto valorativo o normativo[26].

Es en un marco propio de superación del naturalismo, con una clara orientación valorativa donde nace en el año 1927 la teoría de la imputación objetiva aplicada para el Derecho Civil a través de Larenz, quien elabora su pensamiento desde la concepción hegeliana de la imputación; mientras que para el Derecho Penal hace lo propio en 1930 Honig, quien revisó la teoría de la imputación de Hegel , recurriendo a la "perseguibilidad objetiva de una finalidad", eliminando los cursos causales extraordinarios o meramente casuales y definiendo lo imputable, como aquél resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido sirviendo a los fines. Cita como ejemplo el caso del sobrino que envía a su tío, a quien quiere heredar, a un monte poblado de altos árboles en medio de una tormenta, con la esperanza de que muera alcanzado por un rayo. Como bien lo señala Schünemann[27], Honig completó la categoría del Derecho Natural de la causalidad a través del aporte normativo de la imputación

26 Gimbernat, ya en los años sesenta denunció como errónea la ubicación sistemática del problema de las causaciones imprevisibles en el ámbito de la acción.

27 Schünemann, Berdn, "Consideraciones sobre la imputación objetiva" en "Teorías actuales en Derecho Penal" 75º Aniversario del Código Penal, Ad Hoc, Bs. As. 1998, pg.223

objetiva, siendo el resultado: el objeto de la imputación y el actuante: el sujeto. Así refiere que: "el resultado de la acción debía ser imputable al autor". Roxin (neokantiano), prosigue la obra de Honig, y desde 1970, profundiza y difunde la teoría de la imputación objetiva. Por su parte, la orientación hegeliana se reactualiza en autores como Mayer, Jakobs, etc.

3.Relación de causalidad

3.1.Teoría de la equivalencia de las condiciones

Las teorías clásicas sostenían que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una relación de causalidad, lo cual implica relación de causa a efecto, idéntica al comportamiento de los hechos o eventos de la naturaleza. De modo que desde un punto de vista causal también los padres del homicida serán causa de la muerte, no obstante que al derecho penal no le incumbe sus comportamientos. O será causa del resultado de muerte de la víctima tanto la lesión leve por la que la víctima fue llevada al hospital como el incendio en el que murió mientras se curaba. Para la aplicación práctica de la teoría se recurrió a la fórmula de la teoría de condición, cuyo objeto era la de establecer las condiciones positivas y negativas. Así, el resultado era causado por el agente si el comportamiento de este no puede suprimirse mentalmente sin que, al mismo tiempo, desaparezca el resultado producido en el caso concreto. Vg." A" dispara un arma de fuego que es dirigida a "B" y este muere; si se suprime mentalmente la acción de "A", "B", no hubiera muerto de esa manera o en ese momento. Por lo tanto, la acción de "A" es causal de la muerte de "B". Para las condiciones negativas, la fórmula prescribe un procedimiento inverso, vg. "A" es un buen nadador y "B", no sabe nadar. "B", cae en la parte más profunda de la piscina, "A" no tiene impedimento alguno para salvar a "B", pero no realiza el menor intento en tratar de salvarlo, por lo que "B" muere ahogado. Si se supone mentalmente la acción de salvataje omitida por "A", "B" no hubiera muerto, razón por la cual la omisión de "A" sería causal de la muerte de "B". La teoría mues-

tra dificultades para separar como irrelevantes, contribuciones que están muy alejadas del momento de la acción típica o fuesen imprevisibles o extraordinarias[28]. Por otra parte, la fórmula de supresión hipotética de la acción no es suficiente, pues es preciso saber previamente si la acción ha causado el resultado. Es decir, quien no sepa si el disparo del arma de fuego mató, no podrá tampoco si, al suprimirse mentalmente la acción de disparar, el resultado no se hubiera producido. Bien lo señala Roxin respecto a que no aporta nada a la averiguación de la causalidad y cita como ejemplo al siguiente caso: si se quiere saber si la ingestión del somnífero "cotergan", durante el embarazo causó la malformación de los niños en nada resulta útil la supresión hipotética de la condición, sino que deberá estarse a lo que puedan definirse científicamente.

También puede inducir a error en las causas hipotéticas o las alternativas. Un ejemplo que ilustra a la primera es el del fusilamiento en tiempos de guerra, consistente en reprochar a un soldado haber realizado un fusilamiento ilícito. El autor aduce que, sino lo hacía, otro lo haría. Siguiendo su razonamiento, aplicada la supresión mental de su hecho desaparecería el resultado; pero obviamente, no falta la causalidad de su conducta. Lo mismo ocurre en el caso de causalidad alternativa, en el que "A" y "B", actuando por separado ponen veneno en el café de "C"; si "C" muere por ello, pero ya la dosis colocada por "A" o por "B" hubiera provocado por sí sola la muerte, se puede suprimir mentalmente la conducta de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado, pues se mantiene la conducta del otro. Sí contrariamente, se produce el resultado, y ninguna de las dos conductas eran suficiente y no existió acuerdo entre ellos, faltaría la causalidad en orden a la muerte de "C" y serían sólo castigados por tentativa de homicidio. Lo correcto sería considerar responsables a los dos en la medida que su veneno ha sido eficaz, debiéndoselo castigar por un hecho consumado. Para la solución de casos en los que la causalidad es dudosa, se empleó la fórmula de la "condición conforme a leyes" (Engisch-Jescheck), no debiéndose soslayar que los cursos causales dudosos no son solu-

28 Roxin ob. cit. pág. 361. Parag.34

cionables a través de fórmulas sino a través de comprobaciones científicas-naturales exactas.

3.2. Teoría de la causalidad adecuada

Expuesta por Von Kries, busca establecer cuáles son las condiciones causales que jurídicamente son relevantes y en consecuencia puedan ser imputadas al autor. Por ende, las condiciones que sólo por casualidad provocaron el resultado típico serán consideradas como jurídicamente irrelevantes. Esta teoría permite la eliminación de cursos causales extraordinarios, vg. el causante de un accidente cuya víctima muere por un incendio del hospital ya no es considerado como en la teoría de la equivalencia como causal. Para ello normativiza el concepto causal en sí mismo, con lo cual se lograba identificar la conducta que es adecuada al tipo, logrando neutralizar la amplitud de los resultados a que conducía la aplicación estricta de la teoría de la "condictio sine qua nom". Para lograr su cometido parte del fundamento en que, desde la óptica del Derecho Penal, no toda condición es causa, sino sólo aquellas que, de acuerdo a la experiencia, habitualmente, producen el resultado. Vg. Un disparo de arma de fuego, apoyada en la cien de una persona es adecuada para producir el resultado de muerte. Contrariamente, una bofetada no es adecuada para producir la muerte, y si como consecuencia de ella se produce su muerte porque la víctima es hemofílica y la bofetada produjo una pérdida de sangre de efecto letal, este resultado no podría considerarse como causado por la bofetada. Para la teoría de la equivalencia de las condiciones, se admitiría la relación causal inclusive en el caso del hemofílico; con la teoría de la causalidad adecuada, será causa la que habitualmente producen el resultado según la experiencia general, es decir la acción de dar la bofetada sólo es causal de las lesiones, pero no del resultado de la muerte.

La crítica a la teoría de la causalidad adecuada se centra en la necesidad de partir de un conocimiento general a fin de fijar la adecuación de la causa, por lo que podría suceder que cuando el conocimiento del sujeto es más amplio que el conocimiento general, deberá afirmarse la falta de causalidad. A ello la teoría de la causalidad adecuada responde admitiendo la relevancia de

un conocimiento "ex – ante" de la situación por parte de quien es considerado autor. Vg. el sujeto tiene conocimientos especiales que no pertenecen a las generalidades. El autor sabe que la víctima es hemofílica y que la bofetada sería causalmente adecuada para producir la muerte. Es además criticada como insuficiente para aquellas constelaciones como la muerte por el médico, pero prolongando la vida, o cursos causales hipotéticos, en los que se reconoce un nexo de causalidad, pero sin perjuicio de ello debe rechazarse la posibilidad de imputación.[29]

Actualmente la teoría de la adecuación ha sido precisada al partirse de la idea que una condición es adecuada - adaptada al resultado – si la misma como tal ha aumentado la posibilidad del resultado de modo no irrelevante. Para ello emplea el punto de vista del observador objetivo que juzgue antes del hecho, disponiendo de los conocimientos del hombre inteligente medio. Vg. "A" convence a "B" para que haga un viaje, en el que el avión se estrella por la explosión de una bomba, puesta por terroristas. Normalmente, para un observador medio inteligente el hecho sería valorado como completamente improbable.

3.3. Teoría de la relevancia típica

Reconociendo como base a la teoría de la adecuación, Mezger buscó establecer las condiciones o causas determinantes de un resultado realizando una interpretación según el sentido del tipo legal. Para esta posición una vez comprobada la causalidad natural, verifica sí hay relevancia típica de dicho nexo causal a partir de una correcta interpretación del tipo penal. Sólo cuando la causalidad y la relevancia están comprobadas, consta la tipicidad de la acción y por ende puede atribuirse la responsabilidad por el resultado. Se trató de independizar el carácter normativo que se incorporó al concepto causal, manteniendo separados el concepto de causación y el sentido o alcance del tipo[30]. Constituye

29 Cfme. v. Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág 361 pag.34

30 Cfme. Sancinetti, Marcelo, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Cancio Meliá, Ferrante, Sancinetti "estudios sobre la teoría de la imputación objetiva" Ad-Hoc Bs. As. 1998 pág.39

la primera manifestación que recoge la teoría de la imputación objetiva.

3.4. Teoría de la imputación al tipo objetivo

Inicialmente, en la dogmática antigua se partía del criterio de que el tipo objetivo se cumple en la medida que con la causalidad de la conducta del autor se realizaba el resultado. En consecuencia, de presentarse un suceso que respondía a un curso causal extraordinario, la punición de su resultado se excluía a través de la negación del dolo. Es el ejemplo frecuentemente utilizado por Welzel de que alguien "al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo". De producirse el resultado, si se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones, procede el castigo porque la víctima fue al bosque siguiendo el consejo del sujeto de atrás, con lo cual se puede estimar la existencia de causalidad y de realización del tipo. Por lo tanto, como ya se ha dicho, si quisiéramos negar la punición, el único camino estaría dado por la negación del dolo. Sin embargo, este remedio no es el correcto, por cuando si bien en el sujeto de atrás hay un deseo, la misma no excede del marco de una mera expectativa que se conjuga con el carácter casual del suceso, todo lo cual no es configurativo de lo que se puede entender como un dolo propio del tipo de homicidio.

Pero para dar una repuesta, el funcionalismo sistémico penal estableció dos corrientes: 1) En una de ellas, la función del poder punitivo es la prevención de riesgos para los bienes jurídicos y, por lo tanto, funda la imputación objetiva en todas las formas típicas en la producción o el aumento de esos **riesgos** y en la realización de ellos en el resultado típico (Roxin)[31]. Y 2) En la otra, la función del poder punitivo es el reforzamiento del sistema a través de la interacción conforme a los roles que hay en una sociedad; el rol es un sistema de posiciones definidos de modo normativo que puede estar ocupado por individuos cambiantes,

31 v. Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas, 1997, pág. 342

de modo que se imputarán las desviaciones respecto a las expectativas dirigidas al portador del rol (Jakobs).[32]

4. Teoría del incremento del riesgo (Roxin)

4.1. Sinopsis

Principales elementos

- Creación de un riesgo no permitido
- Realización de un riesgo no permitido

Exclusión de la imputación

- En caso de disminución del riesgo
- Si falta la creación de peligro
- Creación de peligro y cursos causales hipotéticos
- Casos de riesgos permitidos
- Alcance del tipo

La imputación objetiva procede si sólo concurren las condiciones que permiten atribuir a un sujeto la lesión o puesta en peligro descripto en el tipo mediante la concurrencia de determinados elementos específicos. Ello así, verificar la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, por lo que del fin de protección de la norma penal surgen puntos de partidas que pueden sintetizarse en: **a)** Un r**esultado** causado por el agente sólo se imputa al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico – **no cubierto por un riesgo permitido. b**) Ese **peligro** se ha realizado en el resultado concreto.

La ausencia de algunos de estos principios se puede reflejar en la impunidad de la acción, tal es el caso de la tormenta, habida cuenta que el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar; mientras que, si falta la realización del peligro de una lesión típica del bien jurídico, se colige la ausencia de consumación, sin perjuicio que se imponga

32 v. Jakobs, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal, Grijley, Lima, págs.1/37

la calificación en grado de tentativa. Vg. Caso del sujeto que dispara un arma de fuego en contra de otro, crea un peligro no permitido de matar a la víctima. La victima es llevado a un hospital para ser curado y allí perece porque desencadena un incendio.

Para el cumplimiento de los principios señalados, se han concretado **reglas**, sin perjuicio de que la teoría pueda sumar otras en el futuro.

4.2. Creación de un riesgo no permitido

Reconoce como precedente a la teoría de la adecuación social de Welzel, la que inició el proceso de normativización del tipo que luego profundizara la teoría de la imputación objetiva. El tipo sólo contiene relaciones causales apropiadas, debiéndose excluir los cursos improbables, o aquellos comportamientos que, siendo peligrosos, son propios del curso ordinario de la vida social, sin los cuales no podría desarrollarse el ser humano o la sociedad, vg. tráfico viario, la industria, etc. Con el objeto de fijar un criterio selectivo que permita establecer la acción que deba ser castigada, surge la regla o principio del "riesgo permitido". De modo, que el resultado será atribuido al autor, sólo cuando la acción generadora del peligro de que se realice el tipo, **supera** el "riesgo permitido" y, en consecuencia, **será un riesgo "no permitido"**.

Así, para los lineamientos existentes en el funcionalismo sistémico, desde la óptica de **Roxin**, la producción o el aumento del riesgo es determinante para establecer su realización en el resultado típico. Para **Jakobs**, se entiende que el primer nivel de imputación se integra no sólo por el riesgo, al que considera como una condición decisiva, sino que lo completa con otros aditamentos tales como los principios de regreso y de confianza, etc.; institutos que determinan de un modo más concreto y preciso la responsabilidad de un sujeto por el ámbito de organización (esfera o rol del que dispone) en que se desenvuelve.[33]

---

33 v. Cancio Meliá, Manuel, "Los orígenes de la teoría de la adecuación social" Universidad de Externado, Colombia, 1998, pág.58 y sigts.

Lo cierto, es que la condición del riesgo, así como es necesario su concurrencia, también puede verse excluida por distintas razones.

4.2.1. La exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo

Por lo dicho la imputación objetiva presupone la creación de un riesgo prohibido, por lo que, si esta falta al momento en que el autor produce el resultado lesivo, disminuirá el peligro existente para la víctima, colocándola en una mejor situación. Roxin[34] ilustra ello con el ejemplo del sujeto que ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de la causalidad no incurre en el delito de lesiones. Ello determina que no sea objetivamente imputable el resultado producido, porque su comportamiento ha reducido el riesgo a que estaba sometido el bien jurídico protegido, y al no ser objetivamente imputable, tampoco se puede responsabilizar penalmente al sujeto.

Mismo criterio es aplicable para otro caso similar en donde se considera que si bien no se debilitó un peligro ya existente, se lo reemplazo por otro cuya realización ocasionaría daños menores al que habría producido el peligro inicial. Es el caso de que alguien tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le ocasiona considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas. El autor realiza acciones típicas, pero de no haberlas realizado el niño habría muerto asfixiado, quemado o aplastado, por lo tanto, el autor disminuyó el riesgo existente de muerte a lesiones, el cual como tal es objetivamente menos grave.

Casos como los expuestos son resueltos por lo que se da por llamar teoría tradicional a través de la antijuridicidad, con la concurrencia de un estado de necesidad justificante, pero ello implicaría un contrasentido pues consideraríamos típica la lesión al bien jurídico cuando hay aminoración del riesgo.

4.2.2. La exclusión de la imputación si falta la creación de peligro

34 Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.365

El objeto del Derecho Penal no puede estar dirigido a captar aquellas conductas socialmente normales y no peligrosas, aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto a la lesión de un bien jurídico. Vg, la invitación a realizar actividades normales jurídicamente irrelevantes: pasear por la ciudad, subir escaleras, subir la montaña, etc. Ello es así, en razón que no se tienen en cuenta los mínimos riesgos que cada una de las actividades puede traer aparejado y que comúnmente son consideradas como que no pueden estar prohibidas.

La creación o el aumento del riesgo encuentran su fundamento en la teoría de la adecuación y en el principio desarrollado por Larenz y Honig, llamado de la pretendibilidad, en el que una conducta que no pone en peligro de modo relevante al bien jurídico, sólo por casualidad puede producir el resultado.

De manera que se trata de un campo propicio para el desarrollo de un punto de vista normativo y no el causalista. Así, en el caso de la tormenta, en el cual alguien manda a otro a un bosque durante una tempestad, con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, lo que efectivamente sucede, es una **causación** de la muerte puramente **casual** que no puede identificarse con un acto de matar en el sentido jurídico, como que tan sólo constituye una expectativa o un deseo, no pudiéndose considerarse al consejo como un dolo de homicidio. [35]

Aplicada la teoría de la adecuación, el tipo objetivo cumplirá una doble función: una previa al tipo subjetivo "ex-ante", marco de referencia del conocimiento del autor para que se afirme que se obró con dolo¸ y otro "ex post", en donde hay que establecer si en el mundo exterior se dan las condiciones para tener el hecho como objetivamente consumado.[36]. Sin perjuicio de ello,

35 Cancio Meliá, Manuel, "Los orígenes de la teoría de la adecuación social" Universidad de Externado, Colombia, 1998 56 y sigt Señala que un primer momento Welzel en el caso de la tormenta, afirma que no hay dolo, pues el autor no tiene voluntad de matar. Luego en cambio expresa que el caso no tiene nada que ver ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social

36 Cfme. Sancinetti, Marcelo, "Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva en Cancio Meliá, Ferrante, Sancinetti "estudios sobre la teoría de la imputación objetiva" Ad-Hoc Bs. As. 1998 pág.56

habrá de tener en cuenta el saber especial que puede tener el autor, lo cual es relevante para asignar al caso otra solución. Vg. si alguien aconseja a otro que dé un paseo sabiendo que en el camino está al acecho un asesino que lo mata, hay creación de peligro y el hecho será homicidio.

4.2.3. Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

Se discute respecto a si hay que tomar en consideración los cursos causales hipotéticos en el juicio sobre la creación o aumento del riesgo. Son aquellos supuestos en los que el objeto de la acción puede estar expuesto a un peligro capaz de producir el mismo resultado que la acción ha producido. Dentro de la constelación de casos que pueden ser abarcados está el que se relaciona con el principio de asunción en el que la imputación del tipo no puede eliminarse porque hay la posibilidad de la disposición de un autor sustituto, que en el caso de fracasar el autor hubiera asumido el hecho. Ilustra el supuesto los fusilamientos antijurídicos de la guerra, en donde no puede eximirse al autor porque alegue que, si se hubiera negado, otro habría llevado el fusilamiento. Lo cierto es que hay un resultado, objeto de un análisis normativo y en el mismo hay la realización de un peligro creado sólo por el autor, quien como tal debe responder. La circunstancia de existir potencialmente otros autores que podrían asumir al hecho es irrelevante a los fines de eximir de responsabilidad. Similar razonamiento debe aplicarse a quien tala un árbol ajeno, que el mismo propietario hubiera querido talar o el que mata a la vaca ajena que de todos modos debía ser sacrificada por la policía sanitaria, supuestos en los que es aplicable la responsabilidad por daño. En todos estos supuestos como lo señala Roxin, [37] el curso causal hipotético deja intacta la creación de peligro.

4.2.4. La exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido

Es el caso de conductas que crean un riesgo jurídicamente relevante pero que están permitidas por lo que en consecuencia se excluye la imputación al tipo objetivo. Su naturaleza ha sido relacionada con la adecuación social o con las causas de justificación,

37 v.Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.370

pero a diferencia de éstas excluye la imputación al tipo objetivo. Su característica es que se hallan vinculadas con actividades propias de la sociedad y del Bien Común. Vg. la conducción automovilística, el tráfico público, el funcionamiento de instalaciones industriales, la práctica de deportes riesgosos, sometidas a reglas de cuidado que permitan su normal desarrollo. Así por ejemplo en el caso que se produzcan lesiones, más allá que se observen las reglas de tránsito, no constituye una acción típica.

4.3. Realización del riesgo no permitido

La imputación objetiva presupone que en el resultado se realice el riesgo no permitido creado por el autor. No basta para la imputación que se haya provocado el resultado de modo causal y que haya creado un riesgo desaprobado de producción de tales resultados, sino que se requiere que esos resultados se hayan configurado como la realización de un riesgo desaprobado creado previamente por el autor.

Por lo tanto, **si falta la realización del peligro no será factible la imputación**, comprende la constelación de casos dolosos que se identifican en un primer momento con una acción tentada y luego provocan el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible. Vg. la víctima es lesionada y muere en el hospital por un incendio. El examen de la realización del peligro es previo, de modo que el hecho producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que se efectúa una vez que concluye la acción. Vg. ¿el disparo aumentó el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable? Cómo una estadía en un hospital no es un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.

La imputación también se excluye si falta la realización del riesgo no permitido. Ello es así, en razón que la imputación procede sólo si se supera el límite de autorización y con ello se produce la creación de un peligro no permitido. Ilustra lo afirmado el director de una fábrica de pinceles que suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente según como estaba prescripto.

Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior determina que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra el bacilo no conocido. El director al omitir la desinfección ha creado un peligro, pero el mismo no se ha realizado, pues en definitiva sólo violo un deber inútil, que en nada habría modificado el resultado.

Ahora bien, para cumplir con la tarea de determinar si el resultado es la realización de un riesgo jurídicamente relevante, creado por el autor se debe analizar el "**fin de protección de la norma de cuidado"** cuyo contenido básico consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la realización de ciertos resultados. Esto significa que se trata de demostrar si el riesgo que se ha realizado en el resultado es de aquéllos que la norma lesionada tenía por finalidad evitar, para lo cual debe efectuarse una valoración normativa del o los riesgos concurrentes. Ej. dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba adelante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo si el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación. Aquí la conducción prohibida –sin luz- del segundo ciclista aumentó considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, pero la imputación no procede porque el fin del precepto que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y eviten choques con terceros.

En los supuestos de conductas alternativas conforme a derecho: en que el peligro preexistente para el objeto de la acción podría haber producido el resultado, pero de la situación se puede deducir (ex post) que podría también no haber acontecido, es criterio que se excluye la imputación pues no se ha realizado la superación del riesgo permitido. Vg. el conductor del camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 cm. del mismo. Durante el adelantamiento el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una re-

acción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. La pregunta a realizarse sería ¿No se hubiera producido el resultado, si el conductor se adelantaba guardando la distancia reglamentaria? En estos casos el resultado será imputable si la acción representa una contribución al peligro que se concretó el resultado. (pr. de incremento del riesgo). Roxin,[38] su fundador cita en su obra el fundamento del BGH St11, 1, "Sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado". Por lo tanto, si el autor "rebasa" el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que era tolerable, crea necesariamente un riesgo que puede considerarse como prohibido. Contrariamente, hay quienes partiendo del principio "in dubio pro reo" entienden que sólo podrá imputarse el resultado si se prueba con certeza que el mismo no se hubiera producido en el supuesto que se ejecutará la acción adecuada al deber. Sin embargo, a esta posición no le asiste la razón pues, aunque el resultado no se produzca, toda contribución al peligro existente perjudica la situación del objeto de la acción. También se critica a este principio en que transforma a los delitos de resultado, en delitos de peligro. Esta crítica es entendida por Roxin[39]como incorrecta ya que más allá de la diferencia entre ambos, concurre un incremento del riesgo traducido en un riesgo prohibido receptado en el resultado típico.

4.4. Alcance del tipo

La imputación al tipo objetivo puede quedar excluido cuando el fin de protección de la norma típica (prohibición de matar, lesionar, etc), no abarca resultados como los producidos, en razón que no está destinado a impedir tales sucesos. Vg. 1) la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa. Caso en que "A" aconseja a "B" que atraviese un lago con hielo quebradizo. Si al hacerlo y sabiendo lo peligroso "B" muere; a A no se le puede exigir

38 Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.380

39 Cfme. Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997, pág.38

responsabilidad porque el fin de protección de la prohibición del homicidio no cubre casos de autopuesta en peligro. 2) Similar a ello son los casos de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste: alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia de riesgo. Vg. el acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. 3) La atribución a la esfera de responsabilidad ajena: el fin de protección de la norma no abarca casos en los que la evitación del resultado cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro. Vg. "A" conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin luz, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la multa correspondiente. A fin de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, un policía coloca una linterna con luz roja en la calzada. Finalizado ello, el policía quita la linterna de la calzada, y luego el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto muere.

5. La teoría de los roles

5.1. Sinopsis

- Roles
- Instituciones dogmáticas
    - » Riesgo permitido
    - » Principio de confianza
    - » Prohibición de regreso
    - » Competencia de la víctima

Jakobs fija su propia teoría la cual reposa sobre el rol, entiende que existe una idea del dominio causal a través del principio funcional sistémico de defraudación del rol asignado normativamente. Esto sucede cuando estando obligado por un deber no se evita un resultado. Se imputan por lo tanto las desviaciones respecto de las expectativas que se esperaba del portador del rol.

Ello así, los criterios de imputación objetiva buscarán garantizar la seguridad de expectativas conforme a roles, por lo que no podrá imputarse un comportamiento que se entienda como adecuado socialmente. Es ilustrativo el ejemplo citado por Jakobs, del agricultor que incorpora a su finca una nueva máquina; uno de sus peones la toca lleno de curiosidad y resulta lesionado. Desde la óptica de la imputación habrá distintas posibilidades de explicar la cuestión: 1) La víctima asume el riesgo de daño por tocar la víctima; 2) el que puso la máquina debe asegurarse que nadie se lesione y 3) el constructor o el que suministra las máquinas, debe ocuparse que las piezas sean seguras; 4) sin imputación: a ninguno de los intervinientes debe reprocharse nada: el diseño respeta el standard – la puesta en funcionamiento también – el trabajador curioso quiere saber – tuvo mala suerte. Infortunio. Imposible cubrir todas las desgracias. La solución correcta se contesta teniendo en cuesta el estado de desarrollo de la sociedad que se trate. En ese sentido la imputación como **forma**, reconduce a los inicios de la cultura humana, mientras como **contenido**, depende de cada contexto social, es decir que la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta. Vg. a) Una sociedad que prime la técnica, tolerará bastantes riesgos, exonerá al fabricante y el propietario o la víctima serán los sujetos obligados a garantizar la seguridad. b) Una sociedad técnica que valore en forma positiva al espíritu superador del adquirente de la máquina y la curiosidad del operario, arribará a la conclusión que medio una desgracia.

La imputación de un suceso reconoce un nexo entre este y el destinatario, de manera que a él le pertenece el hecho porque es él quien lo ha creado o lo ha permitido que tuviese lugar, ya sea para bien o para mal. Vg. matar en defensa - matar dolosamente. El nexo de causalidad acerca del por qué se imputa un determinado resultado a su autor vg. la muerte, podrá encontrar diversas repuestas, ya sea porque lo causó de modo adecuado o la causó dolosamente, según lo vea un causalista o un finalista. No obstante, la repuesta es insuficiente para fundar por sí la imputación. Al respecto, Jakobs señala que la causación sólo afecta el lado cognitivo de lo acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si desde un punto de vista cognitivo en todo contacto

social se considerara todas las consecuencias posibles, la sociedad estaría virtualmente paralizada. En la vida social, no se produce una mezcla completa de los ámbitos vitales de los intervinientes, sino una apertura limitada. Vg. el diseñador de automóviles lo hace conforme al standard; el productor de bebidas alcohólicas, observará el derecho alimentario, etc. Lo señalado permite una separación de los ámbitos vitales en conformidad a los cometidos de cada interviniente vg. el constructor de automóviles, es competente para que se cumpla los standars de seguridad, y no puede esperar que el adquirente realice pruebas al respecto. El propietario de un vehículo debe ocuparse de que funcione debidamente y no puede esperar que otros participantes en el tráfico velarán por su propia seguridad.

De manera que en la imputación objetiva se reprochan las desviaciones a las expectativas vinculadas al portador de un rol. El rol en sí, se trata de una posición definida normativamente en la cual participan las personas como protagonistas, por lo que al defraudar lo que se espera de él, se coligen consecuencias que producen una perturbación social. Por lo tanto, en la imputación de la acción, no se plantea la cuestión de si la acción se ha producido de un modo objetivamente imputable, sino si el hecho como tal constituya una acción jurídico penal relevante.

5.2. Instituciones Dogmáticas

Para el traslado de los fundamentos señalados al Derecho penal se emplea además del curso natural, el quebrantamiento del rol. Si llevamos ello al campo de la omisión, no todos responden por cualquier resultado lesivo, sino sólo aquél que está obligado como garante, es decir los titulares de posiciones de garantía vg. padre, madre, educador, policía, bombero, etc., quienes configuran el contenido del deber a través de roles estrictamente predeterminados, enmarcados dentro de la libertad de organización. Como bien señala Jakobs[40] "el derecho a la libre organización conlleva como sinalagma[41] al deber de ocuparse de que

40 Cfme. Jakobs, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal, Grijley, Lima, pág. 25

41 Sinalagma, proviene del griego "synallagma" significa contrato o estipulación que genera obligaciones recíprocas; precisamente estas

dicha organización no resulta lesiva". En esta medida, se trata del rol genérico de toda persona de reclamar derechos -libertad- y de reconocer los derechos de los demás.

Precisamente, en el ámbito de la omisión está implícito que el límite del rol implica el límite de la responsabilidad, vg. el médico no está obligado a evitar los daños patrimoniales de su paciente; el automovilista, si bien debe apartar su vehículo cuando éste se convierte en un obstáculo, no es garante general de la libre circulación, etc. Ergo, quien se mantiene dentro de la orbita debido de su rol no ocasiona menoscabo al bien jurídico. Ya en el ámbito de la acción, también es necesario describir límites a los roles, que harán procedente la imputación en la medida que sean superados, configuración para la cual es necesario recurrir a cuatro instituciones, a saber:

a) Riesgo Permitido: La sociedad está destinada a posibilitar las interacciones, por lo que la prohibición de cualquier peligro, haría imposible cualquier comportamiento social. Para poder hacer uso de los bienes, resulta necesario poner en peligro los bienes. Vg. Quien sale a la calle, ya con ello se pone en peligro.

La necesidad de un riesgo permitido no es contradictoria con la protección de bienes jurídicos, así, el trato de los padres hacia sus hijos no se asume sin riesgos permitidos: vg. poner a salvo a los niños frente a toda clase de peligros es imposible.

b) Principio de confianza: Para el desenvolvimiento de toda sociedad, se requiere la existencia de la división del trabajo vg: trabajo en equipos: quirófano, fábricas, etc. Dentro de ella cada persona es responsable del rol que ejerce y su cometido se encuentra comprendido dentro de un principio de confianza. Esto significa que en el desarrollo de ese rol se supone que el sujeto lo hará de una forma debida. De no aceptarse el principio de confianza haría que todos los seres humanos vivieran autocontrolándose con lo cual tornaría inviable la división trabajo. Por lo tanto, el principio de confianza tiene como fin hacer posible la división del trabajo, razón por la cual su uso lo es en todo ámbito de la sociedad, puesto que en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas.

---

obligaciones son las que caracterizan a una sociedad organizada.

c) Prohibición de regreso: Se trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que per se carece de sentido delictivo. Ej. el autor adquiere una barra de pan para envenenarla, o el autor toma como pretexto un juicio seguido en contra de un correligionario suyo para asesinar al Ministro de Justicia; o el autor va en taxi de X a Y para cometer en Y un asesinato. En todos los casos el panadero, el presidente del Tribunal y el conductor del taxi conoce lo que va a suceder. Al tratarse de conductas que resultan comunes a la vida diaria vg. hacer el pan, conducir un vehículo, se colige que se trata de comportamientos inocuos, en los que el tercero asume un rol limitado a la función que debe cumplir. Vg. el taxista debe conducir en forma correcta (puntualidad y sin peligro para terceros), no participa ni de las buenas o malas obras de sus pasajeros. Rige por lo tanto una prohibición de regreso, donde se excluyen los comportamientos inocuos.

d) Competencia de la víctima: Un contacto social puede vincular al autor y a la victima, habrá competencia de ella en aquellos supuestos en los que el propio comportamiento de la víctima determina que se le impute la consecuencia lesiva, y puede también que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por un infortunio. Ejemplo de ello es el consentimiento o el infortunio de la víctima. Un caso relevante es el que trata la desconexión de los aparatos que asisten a un moribundo en una terapia intensiva. Aunque la desconexión de los aparatos (actuar positivo), tenga efectos causales respecto de la muerte del paciente, el médico se mantiene en su rol y es una desgracia del paciente que esté organizado de tal modo que sea propenso a sufrir un daño. Otro supuesto común a este principio son los de acción a propio riesgo, en los que la víctima con su comportamiento da la razón para que la consecuencia sea imputada. Vg. el supuesto en que sin necesidad alguna le pide a una persona claramente ebria que realice un acto de cierta complejidad vg. conducir un auto por un trayecto, deberá adscribirse a las consecuencias negativas que resulten. De manera que en todos estos casos debe establecerse el rol de la víctima; si fue ese o si por el contrario fue una persona que actuó a propio riesgo.

6. Conclusiones

La teoría de la imputación objetiva reconoce como origen a la crisis del dogma causal que no daba soluciones adecuadas a las acciones imprevisibles. Para ello desarrolla una evolución de contenido normativo, buscando exceder la mera descripción del comportamiento[42]

En dicho sentido su objeción mayor radica en que es un desarrollo innecesario pues la teoría de la adecuación ya señalaba los presupuestos adicionales que deberían sumarse a la causalidad para que haya una relación jurídicamente relevante entre acción y resultado. Sin embargo, la teoría de la adecuación es insuficiente ya que, si bien puede resolver la eliminación de cursos causales inadecuados, no sucede lo mismo con cursos causales adecuados socialmente, pero que se desarrollan fuera del ámbito de influencia del autor un curso causal adecuado pero lejano. [43]. La teoría establece un principio: "la acción está típicamente prohibida cuando constituye la creación de un riesgo reprobado y este riesgo se realiza efectivamente en el resultado".[44] A su alrededor giran dos perspectivas funcionalistas como las de Roxin y Jakobs. Roxin fundamenta su tesis en el aumento y disminución del riesgo. Jakobs por su parte, ofrece una variante de esa definición, al fijar una idea de dominio causal a través del sistema funcional de defraudación del rol, asignado normativamente, reemplazando la prohibición por la defraudación de roles. Tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de roles, constituyen dos tesis que se imputan a la luz de la teoría preventivista de la pena, cuya consecuencia es adelantar el ejercicio del poder punitivo a estadios previos, anteriores a la lesión. Sin embargo, se trata de diferentes modos de obtener consecuencias para el tipo objetivo a partir de las teorías de la pena. La diferencia se centra en que

---

42 Cancio Meliá, Manuel, "Los orígenes de la teoría de la adecuación social" Universidad de Externado, Colombia, 1998, pág.61

43 v.Schünemann, Berdn, "Consideraciones sobre la imputación objetiva" en "Teorías actuales en Derecho Penal" 75º Aniversario del Código Penal, Ad Hoc, Bs. As. 1998, pg.228

44 Roxin, Claus, "Derecho Penal Parte General" t.1, 2da. Ed, Civitas,1997 pág. 346 - Jakobs, Günther, "La imputación objetiva en Derecho Penal, Grijley, Lima, pg.1/37

Roxin reformula la norma (no matarás pasa a ser no aumentarás el peligro para la vida), pero sigue teniendo como base al bien jurídico afectado. Mientras que Jakobs remarca la función del rol, entendido como deber jurídico, tendiendo a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás al cumplimiento de los deberes, es el único bien jurídico.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

1. Sinopsis

Tanto en el derecho comparado como en el argentino, durante mucho tiempo se sostuvo la inimputabilidad de la persona jurídica, lo que significaba que los entes ideales no podían ser pasibles de responsabilidad penal frente a un hecho determinado; ello dio lugar a la máxima jurídica conocida en doctrina como *"societas delinquere non potest"*. Sin embargo, en las últimas décadas se verifica una tendencia a admitir su imputación en distintos ordenamientos jurídicos de países europeos y americanos.

El caso de Argentina no ha sido la excepción, ya que en forma paulatina, a través de diversas legislaciones, fue adhiriendo a este cambio de paradigma que significó el abandono de aquella máxima jurídica de inimputabilidad de la persona jurídica, para dar lugar a un sistema que atribuye responsabilidad a aquellos que actuaron en nombre o representación del ente –teoría del actuar por otro-; y luego, más acá en el tiempo, por un nuevo modelo en el cual la persona de existencia ideal resulta, en forma directa, responsable penalmente por la comisión de determinados delitos taxativamente establecidos por la ley (en su mayoría de corte económico), lo que dio lugar a la aparición del "sistema mixto" o de "doble imputación". Ello será desarrollado a continuación.

2. Reseña histórica y derecho comparado

Un repaso histórico nos permite observar que, en Roma, se rechazaba la posibilidad de atribuir la responsabilidad en virtud del principio "*societas delinquere non potest*"; en la Edad Media y Moderna se admitió el consiguiente reproche a través de la posición de Bartolo de Sasoferrato[45] (Siglo XIV), quien llevó al ámbito del derecho penal la teoría de la ficción que le permitió construir una responsabilidad de la persona jurídica. Posteriormente a fines del siglo XVIII comienza a imponerse la posición contraria, es decir negar la responsabilidad penal, posición que se hace fuerte desde Feurbach, apoyada en el criterio romanista de Savigny y su teoría de ficción, por la cual la persona jurídica sólo es una ficción, un ente ideal, no pudiendo servir de sustento para un reproche penal. De modo, que sólo podrán ser alcanzados los hombres que detrás de la persona jurídica la operan o dirigen, paralelamente a lo dicho, razones de política criminal, propias de un derecho penal liberal exigen contar con el principio de personalidad de la pena.

Por su parte, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas fue sostenida por Von Liszt, fundado en la peligrosidad, sostuvo que la persona jurídica es un instrumento especialmente peligroso que enmascara a quienes se sirven de ella para delinquir. Con ello, hay que castigar a la persona jurídica, al menos con una modalidad especial.

Hoy en día se mantiene en la legislación penal común la regla relacionada a la irresponsabilidad de la persona jurídica, sin embargo, hay nítidas tendencias en Europa hacia la superación de la fórmula tradicional; así la legislación de los Países Bajos (1976), Noruega (1992), o (Francia 1993), son exponentes de sistemas en los que se admite la responsabilidad.

Mir Puig[46] en su obra señala que, en el derecho sajón, se acepta la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por razones pragmáticas. Que, a su vez en el continente europeo, se postu-

45 También conocido como Bartolo de Saxoferrato, quien tuvo una vida breve entre los años 1314 a 1357 (ver http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/553/13.pdf).

46 Cfme. Mir Puig ob. cit. Lec.7, paraf. 49-50, Págs. 171/172.

la la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitiendo casos como los citados, sumándole Portugal, con la salvedad que Alemania la admite en el campo del derecho penal administrativo, pero no en el del penal, sin perjuicio de futuras variantes.

Así, Roxin[47] refiere que: "*Tampoco son acciones conforme al derecho penal alemán los actos de personas jurídicas, dado que les falta una sustancia psíquico-espiritual, no pudiendo manifestarse a sí mismas. Sólo órganos humanos pueden actuar con eficacia para ellas, pero entonces hay que penar a aquéllos y no a la persona jurídica*". Por el contrario, Jakobs[48] sostiene que, para las personas físicas, la comprobación de la existencia de acción se resuelve ya no en el campo natural sino más bien, en la determinación valorativa del sujeto de la imputación, con lo cual *"las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de la persona jurídica*".

3. La asignación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en Argentina

3.1. Teoría del "actuar por otro"

En un principio, el derecho penal argentino, influenciado en el derecho continental europeo, rechazó tradicionalmente el concepto de la capacidad de las personas jurídicas para delinquir. La posición histórica y mayoritaria de la doctrina ha sido la de negar responsabilidad penal a los entes ideales (se sigue el aforismo *societas delinquere non potest*), sobre la base tanto en los postulados de la dogmática penal tradicional cuanto en el derecho constitucional vigente.

Ello resulta así, puesto que la responsabilidad penal se fundamenta en la culpabilidad del agente y no puede alcanzar a perso-

47 Cfme. Roxin, Claus: "Derecho Penal. Parte General Tomo 1. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito" trad. Por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Rémela, Civitas, Madrid, 1997, Págs. 258/259 parág. 55 b.

48 Cfme. Jakobs, "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación" trad. De Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Ediciones Marcial Pons, Madrid, 1995, Pág. 183 parág. 44.

nas que, como serían los demás integrantes de la asociación, no han tenido ninguna participación en el ilícito. Así Sebastián Soler ha dicho que "por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base al delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente"[49]. En el mismo sentido Núñez señala que el fin retributivo y preventivo que es inherente a una ley penal sólo puede realizarse si los destinatarios de él son personas físicas, únicas poseedoras de la conciencia y voluntad susceptibles de retribución y prevención.[50]

Conteste con este criterio, Zaffaroni[51], quien sigue una concepción personal de la acción, señala la imposibilidad de reproche penal en las personas jurídicas, pues sería desconocer el principio "*nullum crimen sine conducta*". Entiende que, desde el perfil óptico-ontológico, la persona jurídica no puede ser autora del delito porque no tiene capacidad de conducta propia, "*no se puede reconocer la existencia de una conducta donde falta la sustancia psíquica*", sostiene que el interés en la punición de sociedades mercantiles, descansa en el auge de la delincuencia económica. Las sanciones penales no son diferentes en sustancia a la sanción reparadora o restitutiva (civil) o administrativa, no pudiendo hacer el Estado a la persona jurídica otra cosa que obligarla a reparar o a restituir o intervenirla, aplicarle multas o disolverla.

A la luz de lo dicho, en un primero momento se consideraba imposible que a la persona jurídica se le reproche la comisión material de un delito, pues solo se trata de una ficción, de un ropaje formal destinado a la realización de diversos actos para los cuales fue creada como sujeto de derecho. En este aspecto, la concurrencia de un delito requiere el comportamiento de un hombre o de una mujer, es decir de acciones de seres humanos que pueden elegir en motivarse a cometer un ilícito o contra-

49 Soler, Sebastián "Derecho Penal Argentino" T. I Pág. 250 Tea, Bs. As. 1978.

50 Núñez, Ricardo C. "Manual de Derecho Penal Parte General", Págs. 114/115 Lerner Córdoba 1999.

51 Cfme. "Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar Bs.As. 5 edic. 1987, paráf. 189, Págs 339/340; "Manual de Derecho Penal Parte General", Zaffaroni, Alagia y Slokar, Pág. 324, Edit. Ediar 2005.

riamente, evitarlo. La persona jurídica, "a priori", carecería de las condiciones exigidas para considerarse como autores de un delito.

Así, conforme ha sostenido gran parte de la doctrina durante mucho tiempo, acompañada por la legislación que regía en esta materia hasta hace no más de diez años atrás, para concretar la atribución de la responsabilidad penal a una persona jurídica, se ha recurrido a la responsabilidad de los órganos de conducción, al considerarse que las personas jurídicas son estructuras jurídicas que poseen la voluntad que emerge de sus órganos de gobierno, quienes no son otra cosa que hombres y mujeres que piensan, sienten y quieren, nada más que lo hacen en función de determinadas normas que le propinan a ese quehacer un alcance diferente a aquél que realizan cuando actúan a título personal.

Este lineamiento ha tenido su correlato en la teoría del "actuar por otro", la que recibió acogida en nuestra legislación a través del art. 14 del antiguo Régimen Penal Tributario previsto en la Ley 24.769 ("*...Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal ...*"); o el art. 27 de la Ley N° 23.737 Régimen Penal de Estupefacientes ("*En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presentase éste sin la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica*"); o el art. 888 de la Ley 22.415 Código Aduanero *("Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición"*); entre otras leyes especiales.

De ello se desprende que a la persona física que actúa en nombre de una persona colectiva se le traslada toda la responsabilidad a los fines de ser pasible de sanción en orden al delito. La solución no es nueva, ya José Severo Caballero se ocupó de

la cuestión, admitiendo que en el código penal podían preverse supuestos como el del gerente o administrador quienes podían actuar a nombre y en interés de la sociedad, la que sin su obrar no podía ser castigada, por carecer de la calidad de autor que requieren los tipos. Esta función es la que satisface, por ejemplo, el mencionado art. 14 del antiguo Régimen Penal Tributario, pues no prevé una conducta delictiva autónoma, sino que se remite a los delitos contenidos en el régimen legal.

De esta manera, en razón de la falta de un componente subjetivo en la persona jurídica, se recurre a la teoría del "actuar por otro", lo que implica atribuir responsabilidad penal a quienes forman parte del directorio del ente ideal, o a sus gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, entre otros; quienes realmente serían los que infringen la ley. En este orden de ideas, nadie responde con pena si no tiene culpabilidad, como el loco, el menor de edad o el que obró en error. Lo dicho no es menor, pues la mayoría de las delincuencias económicas o tributarias exigen dolo común o dolo específico, es decir obrar "a sabiendas", con conciencia de delinquir o que se delinca o se contribuya en el delito ejecutado por otro; aspectos todos estos de los que la persona jurídica, en el ámbito del derecho penal común se halla exenta de responsabilidad.

3.2. La responsabilidad penal de la persona jurídica a la luz de la legislación vigente. La aparición del sistema "mixto" o de "doble imputación"

Ahora bien, más allá de la lógica dogmática fundada en el criterio tradicional vinculado a la responsabilidad, no se trata de averiguar si la persona jurídica tiene capacidad de acción real, identificable con el mundo físico, sino determinar si es legítimo imputarle acciones realizadas por quienes, sin duda, sí la tienen y actúan en su representación: sus órganos[52]. Como expresa David Baigún[53] hay un "*sistema de doble imputación*" en el que coexisten

52 Cfme. Rusconi, Maximiliano A. "*Persona Jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?* Pub. En AAVV, "El derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún", Edit. Del Puerto, Bs. As. Págs. 3/4

53 David Baigún "*Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema*

dos vías de imputación, por un lado, estará la imputación que le corresponde a la persona jurídica, y por el otro, la propia de las personas físicas que integran a la persona colectiva. Así, la responsabilidad se determinara a través de dos vías distintas, para las personas humanas con la aplicación de la teoría del delito, y respecto a las personas jurídicas a la luz de la "*acción institucional*" que reemplaza a la tradicional categoría de la culpabilidad por la de "*responsabilidad social*" , el cual se nutre de dos pilares, uno lo atribuible, reflejada en el acto institucional típico y otro, la exigibilidad, que encuentra sustento en el apartamiento de la acción institucional del mandato creado.

En este orden de ideas, lo cierto es que la legislación nacional ha sido más pacífica que la doctrina y, de manera gradual, junto a la responsabilidad penal de quienes actúan en nombre del ente ideal (teoría del "actuar por otro), ha ido estableciendo sanciones a las personas jurídicas en el marco de normas penales.

Así, como norma pionera en receptar la responsabilidad penal de los entes ideales, se puede mencionar al actual Código Aduanero –Ley 22.415-, en cuanto su el art. 888 establece: "*Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe (...)*".

No obstante ello, se han dado otra serie de normas que establecen sanciones y/o responsabilidad penal de las personas jurídicas; así a modo ejemplificativo pueden citarse la ley 11.683 de procedimiento fiscal; la ley 12.906, de represión de los monopolios; Ley 14.878, de Vinos; Ley de Fondos Comunes de inversión, Nº 15.885; Ley Nº 20.680, de Abastecimiento; Ley Nº 22.338, Régimen Penal Cambiario; Ley Nº 22.262, Ley de Defensa de la Competencia; Ley 24.192, Ley de Prevención y Represión de violencia en Espectáculos Deportivos; antigua Ley Penal Tributaria 24.769, entre otras normas.[54]

---

de la doble imputación" AAVV "Avances de investigación en Derecho y Ciencias Sociales, Mackinson-Ortega-Sandler (coordinadores), Dpto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Bs. As. 1996, págs. 1/5

54 Prado, Carolina, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas —Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401—", p. 3. Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/carolina-prado-responsabi-

Más acá en el tiempo, en el mes de junio del año 2011 fue sancionada la Ley 26.683, que establece una nueva legislación en materia de lavado de activos, e incorpora el artículo 304 al Código Penal, el que dispone una serie de sanciones penales para la persona de existencia ideal. Lo novedoso aquí, es que este tipo de sanciones fue introducido, por primera vez, dentro del articulado del Código Penal.

A modo ilustrativo, las sanciones previstas por el citado artículo, resultan las siguientes: 1) Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años; 4) Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Posteriormente, en el mes de diciembre de 2011, se sanciona la Ley 26.735, la que viene a modificar el Régimen Penal Tributario, e incorporó con un texto casi idéntico al del artículo 304 del Código Penal, el segundo párrafo del artículo 14, habilitando para los delitos comprendidos en ella la aplicación de sanciones a las personas jurídicas. Ello tiene su sentido, como bien sostiene Sequeira, en que se está ante una realidad inocultable ya que, si el ordenamiento legislativo los prevé para los delitos aduaneros, cambiarios, de defensa de la competencia y el lavado de activos, era lógico que ello se extendiera a las evasiones tributarias.

De este modo, el Régimen Penal Tributario –hoy previsto en la Ley 27.430-, viene a dejar de lado el criterio acerca de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, en razón que, si bien no pueden considerarse que realicen la conducta requerida por el tipo penal, no es menos cierto que son usadas para cumplir el fin delictivo.

---

lidad-penal-personas-juridicas (SAIJ: DACF190099)

La comisión de los delitos debe haberse realizado en "nombre" o "con la intervención" o "en beneficio" de la persona jurídica, como bien sostiene Sequeira en base a un criterio amplio de responsabilidad. En este sentido, corresponderá indagar en el funcionamiento interno de la persona jurídica, si es por decisión de los socios o han fallado sus órganos de control interno o la maniobra proviene de la defraudación cometida por alguno de sus empleados, con desconocimiento de sus órganos de dirección. El criterio de atribución de responsabilidad es amplio ya que cualquier hecho que se cometa por un sujeto o persona física, que haya actuado en nombre del ente, con su intervención o en su directo beneficio quedará atrapada por la normativa penal y tornara responsable penalmente al ente ideal.

Cabe expresar que las sanciones contenidas en el antiguo art. 14 (hoy art. 13 de la Ley 27.430), se pueden aplicar a los entes ideales de manera conjunta o alternativa, y queda bajo la estricta valoración de los jueces competentes.

Esto se da como necesaria derivación de la complejidad de las relaciones humanas y de las herramientas jurídicas que utilizan para ejercer actividades lucrativas, que obviamente, muchas veces quedan impunes a pesar de grave perjuicio que se le ocasiona a la hacienda pública. En este sentido, la responsabilidad de las personas jurídicas es un problema actual que debería ser congruente con las necesidades de política criminal. Ello es así, porque las personas jurídicas, aparte de satisfacer las necesidades económicas lícitas que constituyen la razón fundamental de su creación, pueden mostrarse como el ámbito apropiado para delinquir, coadyuvando a la presencia de los "*testaferros*" u "*hombres de paja*"; siendo característico en el mundo de los negocios, que cuando la licitud de una empresa es dudosa, el procedimiento indicado para eludir responsabilidades y encubrir el accionar, pasa por la creación de una persona jurídica ficticia vg. Sociedades, constituyendo un excelente medio para discurrir y tornar en inviables las consiguientes responsabilidades.

Siguiendo con la posición expresada, Marcelo Riquert[55] señala que la repuesta penal deberá orientarse a través de la doble

55 Marcelo Alfredo Riquert "Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario", Págs. 296/297, Ediar Bs.As. 1999.

vía de imputación, la cual permite comprender tanto la responsabilidad de la persona física como la jurídica, considerando la sanción reparatoria y pecuniaria como los instrumentos primordiales para cumplir con ese logro, pudiendo quedar sujeta a medidas preventivas y a la responsabilidad civil y comercial, resultando posible la imposición de medidas que van desde la suspensión, la clausura, pasando por la intervención o incluso llegando a la disolución de la entidad.

Por otro lado, algunos autores como Karina R. Perilli y Hernán H. Re sostienen que en atención que el hecho delictivo sea cometido "*en nombre*", "*con la intervención*" o "*en beneficio*" de una determinada persona jurídica se colige la voluntad del legislador de optar por reconocer capacidad de acción a la persona jurídica sobre esta clase especial de delitos[56].

De otro costado, se puede apreciar que lentamente, la realidad supera las discusiones doctrinarias, requiriendo de manera urgente no solo advertir que el problema existe y que a pesar de que nuestro sistema penal, en su entramado principal y general, no reconoce la responsabilidad de la persona jurídica, esto no implica la negación de que la misma tiene un rol institucional que debe ser sopesado, a efectos de no provocar un vacío normativo que permita su utilización para delinquir, facilitando con estas posturas extremas que el sistema penal se quede sin respuesta ante tal problema.

En ese sentido, y a modo ilustrativo, en España donde con anterioridad se tenía una posición contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el ordenamiento jurídico facultaba la aplicación de medidas de seguridad, útiles para salir al paso del supuesto peligro que implica la comisión de ilícitos usando el disfraz o fachada de un ente ideal. Precisamente, la legislación española diferenciaba las medidas de seguridad a imponer, distinguiendo según que el destinatario sea una persona física o jurídica. Esta posición fue dejada de lado ya que, en el año 2010, se modificó el Código Penal, introduciendo de manera clara y precisa, la responsabilidad de las personas jurídicas (L.O.

56 Autores citados, Reforma penal tributaria – aspectos generales, La Ley, Suplemento actualidad de fecha 14 de febrero de 2012.

N° 5/2010, reformada mediante la L.O. N° 1/2015, arts. 31 a 34). La legislación española, inclusive contiene exenciones para los casos que los órganos de vigilancia no hayan podido detectar la maniobra delictiva, que el órgano de control se encuentre regulado de manera autónoma o que los autores hayan eludido fraudulentamente los modelos de prevención y organización, entre otras exenciones de importancia.

Ahora bien, continuando con el repaso de normas que dan acogida a esta "teoría mixta" o de "doble imputación", se debe mencionar la sanción de la Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, publicada con fecha 01/12/2017. Con esta ley, Argentina ha dejado instaurado un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas —sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal—; ello como respuesta a la necesidad de una legislación que contemple la responsabilidad penal de los entes ideales en relación a aquellos delitos que quedaban fuera del alcance de los regímenes contemplados en diversas leyes especiales y en el Código Penal. De este modo, la Ley 27.401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas establece abarca aquellos delitos vinculados a actos de corrupción, puntualmente por delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional y transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y balance e informes falsos.

La citada norma fue por demás clara al fijar para estos delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas al expresar en su artículo 2do. *"… las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio".*

Se confirma así un sistema de doble imputación que alcanza tanto a la persona de existencia como a la física, supeditando la procedencia del reproche penal a la vinculación que exista entre actos sujetos, demostrativos que la persona humana se vale de la persona jurídica para delinquir.

Consideramos que las sanciones de suspensión de actividades de manera total, en algunos casos no resultaran procedentes en atención a la finalidad del ente ideal, como por ejemplo sucede con ciertas empresas que brindan prestaciones de salud o resultan concesionarios de un servicio público esencial (por ejemplo, agua potable, transporte, etc.). Quizás, en este punto la graduación de la sanción dependerá de una evaluación que realice el juez a la hora de que la pena no genere un perjuicio a terceros o usuarios de un servicio o actividad sensible.

Por otro lado, se advierte que el mayor problema al momento de aplicar estas sanciones, se encontrará en la "*forma*" de garantizar el derecho de defensa del ente ideal dentro del proceso penal, ya que no podría aplicarse una sanción por el tribunal de juicio sin que la persona jurídica sancionada pueda ejercer su derecho de defensa.

Este aspecto ha generado controversia a nivel doctrinario, máxime si en la práctica judicial no se observa que se aplique con habitualidad atribución de responsabilidad penal a entes ideales. Ello trae como consecuencia el interrogante en lo relativo al llamado a indagatoria de una persona jurídica, siendo que consiste en el primer acto que garantiza la defensa de cualquier imputado. Justamente la falta de previsión legal ha motivado la incógnita acerca de a quién (persona física) debe imponerse el hecho que se atribuye a la persona jurídica. Así, parte de la doctrina opina que la citación debería recaer en un tercero extraño, sin vinculación con la persona jurídica, a los efectos de no recaer en conflicto de intereses, y de resguardar el derecho de defensa y la garantía de no declarar contra sí mismo. [57]

Por otro lado, están quienes sostienen que la punibilidad para entes ideales supone el imperativo de contemplar en una norma procesal la declaración indagatoria de un representante legal suyo, a fin de evitar eventuales nulidades. No obstante ello, tal supuesto puede conllevar dificultades u obstáculos procesales; figúrese el hipotético caso que el mismo representante legal sea sindicado como coimputado junto a la persona jurídica, en el marco de la teoría del "actuar por otro", en tal caso la represen-

57 Prado, ob. cit., p. 8.

tación del ente debería ser asumida por un representante nuevo, designado por la mayoría accionaria. Este supuesto hace emerger una nueva hipótesis, que se vincula con que esta mayoría accionaria haya sido la que provocó convalidó la voluntad delictiva.[58]

4. La responsabilidad penal de los entes ideales en el Proyecto de Reforma del Nuevo Código Penal

El Proyecto de Reforma del Nuevo Código Penal, prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellos delitos que aparecen taxativamente detallados en la norma.

Esta nueva legislación, adopta los criterios de responsabilidad ya establecidos en la mencionada Ley 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Se trata de un criterio de responsabilidad vicarial[59], pero con la particularidad que procede la exención de pena en favor de la empresa cuando se hubiesen adoptado y cumplido los procedimientos de control y supervisión internos, idóneos para prevenir el delito de que se trate (más conocidas como normas de "compliance"). Las sanciones que se prevén resultan las mismas que las previstas en otras leyes o regímenes que receptan la responsabilidad penal empresarial.

A modo ejemplificativo, el art.39 prevé las penas que podrán imponerse a las personas jurídicas, en forma alternativa o conjunta, a saber: 1) Multa de DOS (2) a CINCO (5) veces el beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener; 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años; 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de DIEZ (10) años; 4) Disolución y liquidación de la personería, si hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios

58 Id. nota anterior, p. 8.

59 También llamado de transferencia o por representación. Requiere que una persona física cometa un delito y que posteriormente se pueda identificar un hecho de conexión con la persona jurídica.

estatales que tuviese; 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

En cuanto a los delitos alcanzados por esta normativa, como ya fuera dicho, resultan taxativamente enumerados por el art. 38, a saber: Trata de personas; delitos contra la administración pública; delitos contra el orden económico y financiero; terrorismo y financiamiento; delitos de narcotráfico y estupefacientes; delitos fiscales, aduaneros y cambiarios; delitos de tráfico de sangre, órganos y manipulación genética; delitos contra el ambiente; delitos contra el patrimonio arqueológico y paleontológico; delitos en el deporte y delitos contra la propiedad intelectual.

Finalmente, en relación a los criterios de aplicación de pena a un ente ideal, como nota particular, se establece una diferenciación en relación a las personas humanas. En este sentido, se prevé la posibilidad de reducción de la pena en caso que la persona jurídica colabore voluntariamente en la investigación.

La omisión

1. Introducción

En la teoría penal, se distinguen los tipos penales de acuerdo al modo en que puedan manifestarse, esto es la infracción de una prohibición de hacer (delitos de comisión); o en la desobediencia a un mandato de acción (delitos de omisión)[60].

En esencia, en los delitos de comisión, si bien se los describe en un hacer, se castiga la no realización de acciones que hubieran sido adecuadas al derecho; esto es cuando se reprime "al que matare", implícitamente se está castigando a aquél que no evitó

60 Recordar que el tipo penal se integra de un precepto o descripción acompañado de una sanción. Simultáneamente, reconoce como criterio señero orientativo una norma prohibitiva, cuyo contenido está más allá del derecho.

matar, con lo cual viola el mandato prohibitivo de la norma: esto es "no matarás".

Por su parte, en el delito de omisión (simple), descripto a través de una conducta pasiva, significa que el mandato imperativo que se desconoce u omite es el que impone un hacer. Ej. Quien omite auxiliar a un menor de diez años, perdido o desamparado, está desconociendo el mandato imperativo que lo obliga a asistirlo (un hacer) en resguardo a la vida e integridad de la salud del menor.

2. Las clases de omisión

Los delitos que admiten una forma omisiva se subdividen en delitos de **omisión propia** y **delitos impropios de omisión**. Ambos presentan una estructura similar: una situación típica, la ausencia de una acción determinada, la producción de un resultado y la capacidad de evitar dicho resultado. Solo para el caso del delito impropio se agrega la posición de garante que tendrá una función importante en orden al tipo.

- Situación típica
- Ausencia de acción determinada
- Producción de un resultado
- Comprender la capacidad de evitar el resultado
- Garante

A los de **omisión propia**, también se los denomina delitos de pura omisión o de omisión simple. Están descriptos en un tipo penal, se caracteriza por ser delitos de simple conducta cuya punición radica en una omisión que trae aparejado un peligro potencial o abstracto para el bien tutelado[61]. Por ejemplo, en el caso de una omisión de auxilio del art. 108 C.P., se pune la omisión, al considerarla un peligro potencial y no concreto, para la vida o la integridad física y psíquica del menor. Hay un mandato que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta a los fines

61 Carlos Creus, Derecho Penal Parte General 3º edición actualizado y ampliada. Astrea. 1992 – pág. 179; Enrique Bacigalupo Z. "Manual de Derecho Penal Parte General" Tercera impresión – Temis 1996 – pág. 226

de la tipicidad si esta evitó o no la lesión del bien jurídico. En el ejemplo citado, basta con omitir, pues el tipo no requiere en su descripción un resultado (lesión o muerte).

Por su parte, en los **delitos impropios de omisión**, contrariamente a la simple omisión, se exige evitar la producción de un resultado. Es lo que sucede en los casos que el sujeto se encuentra en "posición de garante", es decir una situación jurídica que lo responsabiliza por la protección o tutela del bien jurídico lesionado. Hay por lo tanto un principio de confianza depositado en el sujeto con una función que muestra un doble aspecto: esto es una relación de resguardo o cuidado del bien y el poder del sujeto de evitar la lesión[62]. Se trata pues de un incumplimiento de un deber normativo de actuación al infringirse una norma prohibitiva de determinada conducta lesiva, equivalente a la realización activa.

El delito de omisión impropia, al no estar expresamente tipificado, se acude a una construcción dogmática para su interpretación[63]; agrega un elemento más, esto es la posición de garante, pues es la figura o engranaje que aplicada a un tipo penal permitirá concluir en la existencia de una inactividad del sujeto. Ej. la madre, es **garante** de la vida de su hijo recién nacido, al omitir amamantarlo y el niño muere, incumple con su deber de proteger la vida e incurre en un delito de homicidio al cometerlo por omisión.

Precisamente, la falta de descripción de la posición de garante en el tipo omisivo, trajo reproches acerca de su constitucionalidad - violación al principio de legalidad -, lo cual determinará en el futuro, prever los principales lineamientos en la parte general del código penal, que permitan establecer de las condiciones mínimas de aplicación de la figura de omisión impropia a fin evitar discusiones acerca de su validez[64].

---

62 v. Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González- Lerner Córdoba 1999 – pág. 134;

63 v. Enrique Bacigalupo, "Manual de Derecho Penal Parte General" Tercera impresión – Temis 1996 – pág. 225 - Allí el autor citando a Schmidhauser, señala que es un "tipo de interpretación".

64 Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág.345

Por lo tanto, si el garante viola su mandato de resguardo, ocasiona un daño al bien jurídico, así, la madre que mata al hijo al dejarlo de amamantar, viola el mandato que prohíbe matar, omitiendo hacer lo que estaba obligada y que obviamente habría impedido la muerte; lo mismo con la enfermera que no suministra el medicamento prescripto al enfermo que cuida, agravando su enfermedad, omitiendo de este modo el mandato que prohíbe lesionar. Estos ejemplos, ilustran la razón por las que esta gama de delitos además de ser denominados delitos de omisión impropia, también son llamados de **comisión por omisión**. Precisamente, el uso del adjetivo "impropio" en la denominación de la figura, alude a distinguir una modalidad que es extraña a las características de la omisión propia o simple: en ésta no se requiere un resultado, mientras que, en la omisión impropia, si bien implica la presencia de un omitir, sí lo exige.

3. Elementos de la Omisión

3.1. Situación típica

En la omisión propia, se trata de una situación de hecho que representa un peligro para el bien jurídico y de la que surge el deber de realizar una determinada acción. En el ejemplo de la Omisión de auxilio (at. 108 C.P.), la situación está descripta en su totalidad en el tipo penal: "encontrar a una persona necesitada de auxilio", de lo que se desprende un deber de actuar del agente que se encuentra con la persona necesitada de auxilio.

En la omisión impropia, cabe recordar que no hay un tipo específico que lo describa, por lo tanto, deberá ser interpretada con la concurrencia de los siguientes componentes: un tipo penal que describa la conducta; la figura de garante o protector del bien para que no sea lesionado el bien jurídico; y el resultado que se produce como consecuencia de una omisión de cuidado en que incurre el garante. Es el caso de la madre que no alimenta a su pequeño hijo: existe el marco legal de la figura de homicidio que sanciona "al que matare a otro"; la madre que por su vínculo es garante de la salud del pequeño y el resultado de muerte en

razón que la madre omitió alimentarlo y muere por desnutrición. En síntesis, la concurrencia del tipo de omisión impropia dependerá que se produzca un resultado.

3.2. Ausencia de acción determinada

Este elemento es común en ambas omisiones, se logra a través de comparar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar, de dicha situación se establece si la acción fue cumplida o contrariamente fue omitida o ausente.

3.3. Producción de un resultado

En ambas clases de omisión se requiere un resultado sea porque la omisión trae aparejado un peligro potencial o abstracto (omisión propia); sea porque concurre en razón que no se evitó la producción de un resultado (omisión impropia)

3.4. Comprender la capacidad de evitar el resultado

Se requiere que el obligado de realizar una acción mandada o en su caso evitar el resultado, tenga capacidad, esto es tanto el conocimiento de la situación generadora del deber, como la cognoscibilidad de los medios para realizar la acción y el conocimiento del fin de la acción

4. Fuentes de la posición de garante

Es sensible el valor de la posición de garante para la construcción de los tipos de omisión impropia. Ahora bien, ¿de dónde surge o cómo se determina?

Dos son las posturas que se sucedieron para explicar las fuentes de las que surge la posición de garante. Una, la clásica que es la teoría formal del deber jurídico, que sostiene como garante a aquél que tiene el deber de actuar en virtud de una fuente formal, estos son: la ley, el contrato y la conducta precedente; y la otra, la que se postula en la actualidad, esto es la teoría de las funciones que fundamenta la posición de garante en la relación

funcional-material existente entre el sujeto y el bien jurídico. Esta última, aparece ante cierta insuficiencia de la primera, por lo que se recurre a un criterio material que facilita un abanico de situaciones que permiten precisar la relación.

En la doctrina nacional, la teoría **formal del deber jurídico** es sostenida por autores como Nuñez y Soler entre otros[65]. Señalan que el garante es el sujeto que tiene la función de proteger el bien jurídico. Es una función de control de una fuente de peligro, con la obligación del sujeto de evitar la producción del resultado. La ley penal no lo prevé en su forma activa (Ej.: matar) y pueden ser realizados a través de una forma omisiva, al omitir el autor su deber de garante. Reconoce como fuente de garante a la ley, el contrato y el actuar precedente.

4.1. Presupuestos

A. Razón jurídica: hay una especial relación de resguardo del agente con el bien lesionado

B. Poder del agente de evitar la lesión

4.2. Fuentes de Posición del Garante

- Legal: cuando la ley obliga a evitar el resultado entre personas con vínculos familiares de dependencia (el padre es garante del hijo)
- Contractual: El sujeto se obliga – por contrato – a evitar la producción del resultado. Ej. enfermero- criado
- Actuación precedente: Si el sujeto ha creado una fuente de peligro o las circunstancias propicias para la producción de un resultado lesivo, está obligado a evitar su producción final. Ej. el que encerró inadvertidamente a otro debe resguardar su libertad

Por su parte, la teoría funcional material, sostiene que la posición de garante se da cuando corresponde al agente un rol espe-

65 v. Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Félix González- Lerner Córdoba 1999 – pág. 133; Cfme. Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino"T.2. Tea 1983- parag 44 pág.161

cífico, consistente en: la **protección del bien jurídico afectado**; o en la **función personal de control de una fuente de peligro**. En ambas situaciones, se espera del sujeto que sea garante de la incolumidad del bien jurídico de que se trate[66].

4.2.1. Función protección del bien jurídico afectado

Aquí se agrupa a aquellas situaciones en las que un sujeto es responsable (garante) de la protección de un bien jurídico. Esta relación puede provenir de una relación familiar, social o de una conducta voluntaria. Así surgen:

- Estrecha relación familiar
- Comunidad de peligro
- Asunción voluntaria

a) Estrecha relación familiar: son los supuestos en los que hay una relación familiar próxima que implica una **absoluta dependencia existencial** de unas personas respecto de otras. En particular tiene mayor cabida en tipos penales que resguardan bienes como la vida, la integridad física/psíquica, y la integridad sexual. Cito como ejemplos, el caso de los padres en orden a sus hijos recién nacidos y menores de edad[67], que no puedan valerse por sí mismo; o la dependencia de los padres ancianos respecto a sus hijos adultos; es nota común a todos estos casos la exigencia de una **efectiva y absoluta dependencia** de una persona respecto de otra y que el garante tenga la responsabilidad de proteger a la persona en el caso concreto. Por esa razón no es responsable los padres del hijo recién nacido, si la muerte se produce cuando el niño quedó internado a cargo de personal médico; o en el caso de los hijos respecto de sus padres ancianos y vulnerables, si la responsabilidad fue asumida por otra persona[68].

66 Santiago Mir Puig "Derecho Penal Parte General 5ta. Edición Tecfoto Barcelona 1998 – Lección 12 pág. 309 y siguientes

67 Caso de la madre que deja de alimentar a su niño recién nacido, o de niños enfermos; hijos quienes, por no atender a sus padres ancianos y enfermos, o ancianos que no puedan valerse por sí, provocan la muerte de ellos por desnutrición.

68 v. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 347

Es evidente que tiene cierta importancia la cercanía de la relación familiar y que cuando más se aleje, menor serán las posibilidades de que haya un vínculo de dependencia, pero siempre sin soslayar la necesidad que la dependencia al sujeto garante sea **absoluta**, pues si bien es cierto que la cercanía tiene su peso, la misma no es decisiva; porque puede estar presente el vínculo directo filial pero dependerse en modo absoluto de un pariente más lejano o un tercero, quien por distintas razones asumió la responsabilidad de ejercer la protección o resguardo del que lo necesita.

Además de la relación parental padres – hijos, pueden citarse, las relaciones entre cónyuges; los hermanos entre sí; incluso familiares lejanos; y las relaciones de comunidad de vida, como son por ejemplo las relaciones de pareja cuasi matrimoniales; siempre todas condicionadas a una dependencia absoluta de unos respecto a otros, la más de las veces motivadas por enfermedad o discapacidad física o psíquica[69].

b) Comunidad de peligro: Se trata de aquellos casos en los que la exposición a peligro afecta a un conjunto de personas que acometen una determinada actividad de peligro. Cabe determinar en el caso concreto la posición de los que intervienen, es decir, si uno tiene mayor jerarquía y es quien ejerce la posición de garante respecto a los demás; o si todos los intervinientes están en un mismo nivel de responsabilidad[70].

En el primer supuesto, asume la responsabilidad quien tiene a cargo el cuidado o resguardo de quienes guía o dirige.

En la segunda hipótesis, puede suceder que los intervinientes de modo tácito se obliguen a socorrerse entre sí en caso que suceda un accidente relacionado con el riesgo propio de la actividad llevada a cabo, situación en la que todos los demás asumen la

69 Cfme. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 350 - Los autores también citan en posición de garante, la protección de los agentes estatales, funcionarios o empleados públicos y no gubernamentales, que tienen bajo resguardo niños internados u hogarizados en instituciones públicas o privadas; adultos privados de libertad en cárceles y centros de detención policiales

70 v. Santiago Mir Puig, "Derecho Penal Parte General", 5ta. Edición Tecfoto Barcelona 1998 – Lección 12 pág. 309 y siguientes

posición de garante de aquél que resultó accidentado: ej. Escalar una montaña de elevada altitud por parte de montañistas.

c) Asunción voluntaria: Se trata de una función de protección o cuidado de bienes que se asume en ejercicio de la autonomía de voluntad. Puede o no ser a través de alguna formalización, como es el caso del contrato: son ejemplos, la obligación de cuidado contraída por niñeras, guías de excursión, enfermera, cuidadores de personas enfermas o ancianos. No basta con su existencia formal, sino que el contrato e incluso un vínculo de hecho, deben establecer el específico deber de actuar del sujeto, de lo contrario su omisión generará responsabilidades de otra índole distinta a la penal[71].

Se supone que quien asume voluntariamente un cuidado debe cumplir con ese fin y no incurrir en actos que lo perjudiquen, entre ellos los omisivos, lo cual sería una notable contradicción. Al respecto, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema quien dijo: "… nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior, deliberada y jurídicamente eficaz"[72]. En esencia, se trata de la teoría de los actos propios, en los que el sujeto por su propia decisión asume una función enmarcada con un principio general del derecho, esto es la buena fe[73].

En este sentido, hay una expectativa sensible acerca de quien asume y acepta una responsabilidad, hay un principio de confianza que el sujeto debe mantener en vigencia, esto es proteger y no dañar.

4.2.2. Deber de control de una fuente de peligro

Existen necesariamente fuentes de riesgo hacia los bienes jurídicos. Ello demanda responsabilidad por quien ha creado la fuente de peligro o en su defecto se atribuyó la vigilancia. El

71 Cfme. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 352 – Puede ser laboral, civil, etc.
72 LL 1984-A-871/72
73 Cfme. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 353

sujeto es garante acerca del ejercicio de un control de vigilancia. Se desprenden supuestos, a saber:

- Actuar precedente
- Deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio
- Responsabilidad por la conducta de otras personas

a) Actuar precedente: Quien provocó una situación de peligro para bien jurídico, está obligado a evitar que el peligro se concrete en un daño o lesión. De modo, que si el sujeto ha creado el riesgo quedará en posición de garante. Por lo tanto, si omite su cuidado y se produce una lesión al bien, la conducta del garante incurre en omisión impropia. Quedan excluidos aquellos resultados que se producen por un caso fortuito.

b) Deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio: El sujeto que dentro de su esfera de dominio posee una fuente de peligro para bienes jurídicos, es un garante y responsable que el peligro no se produzca. Por lo tanto, le compete realizar un control para evitar situaciones que dañen al bien jurídico. Ej. El conductor de un vehículo debe frenar, cuando se cruza un peatón, y si omite hacerlo, la lesión o muerte de la víctima le será atribuida; si un sujeto tiene en su casa un perro considerado peligroso y omite cerrar la puerta de ingreso, le será atribuido el homicidio o la lesión en perjuicio de la víctima que fue atacada en la acera por el animal, quien salió a atacarlo cuando aquella pasaba caminando.

c) Responsabilidad por la conducta de otras personas: Son los casos de hijos menores, o de enfermos mentales peligrosos, incluso de los presos; en todos ellos hay un deber de vigilancia y control del garante, quien responderá por los daños que pudieran causar, si omite cumplir con su deber de cuidado.

5. Ausencia de la acción debida. Relación de causalidad

Respecto a la **ausencia de la acción debida**, debe tenerse en cuenta la clasificación de delitos de mera actividad[74] y delitos

74 Ejemplo de mera actividad: omisión de auxilio, allanamiento de

de resultado[75], según requiera o no, que la acción vaya seguida de un resultado separable espacio-temporal de la conducta. Así en el delito de mera actividad, basta con realizar la acción típica; mientras que, en los delitos de resultado, es necesario comprobar no sólo la existencia de la acción sino también la existencia de un peligro para el bien jurídico protegido.

Ello así, en los delitos de omisión propia basta con la ausencia de acción, por esa razón son tipos de mera actividad, así en el delito de omisión de auxilio basta con la omisión de ayuda, sin exigencia de resultado alguno. Por su parte, en los de omisión impropia, son tipos de resultado porque además de la acción en sentido negativo es necesario que sea acompañado por un resultado, ej.: La muerte en el caso de la madre que omite alimentar al recién nacido.

Es necesario que el autor haya podido evitar el resultado de haber realizado la acción que de él se esperaba y determinará así la concurrencia de relación de causalidad ya sea porque con su no hacer produce el resultado (acción natural) o bastará que el sujeto haya podido evitar dicho resultado, siendo posible la aplicación de reglas propias de la imputación objetiva.

En orden a la relación de causalidad, en la omisión (propia e impropia), se produce un resultado sea porque el autor lo crea con su comportamiento, en este caso negativo; o porque en la posición de garante en que se encuentra, por su omisión, corresponde atribuírsele responsabilidad por el resultado[76].

Tanto en la omisión propia como impropia, el autor claramente domina el no actuar, toda vez que podría haber adoptado la actitud contraria: el hacer; de modo que tiene señoría de hecho como quien lo comete de propia mano.

Más allá de las discusiones doctrinarias, lo cierto es que puede señalarse conclusiones útiles respecto a la omisión impropia:

a) Surge, la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitar el resultado, denominada "causalidad hi-

morada, etc.

75 Ejemplo de delito de conducta: el homicidio o la lesión, en los que a la acción debe acompañarse un resultado o consecuencia.

76 Carlos Creus, Derecho Penal Parte General 3º edición actualizado y ampliada. Astrea. 1992 – pág. 184;

potética. Se denomina así, ya que alude a la acción que hubiere concurrido en el caso hipotético que hubiese podido evitar el resultado[77].

b) Para determinar la relación de causalidad, puede también echarse mano – en el caso de la omisión impropia – de la imputación objetiva del resultado. Ante cierta insuficiencia de una relación de causalidad naturalística y teniendo en cuenta que la "posición de garante" del sujeto; la imputación objetiva pone al alcance herramientas normativas que facilita encontrar una solución al caso concreto.[78]

77 Esto es un hacer, que vale tanto para la omisión simple y la impropia. Ej. Auxiliar; alimentar al hijo, etc.

78 Cfme. Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 352. Sin dudas, conceptos como riesgo permitido, prohibición de regreso o roles predeterminados, entre otros, permiten visualizar la relación de causalidad.

Capítulo 4

El tipo delictivo

Generalidades

1. Concepto

La primera de las categorías que constituyen la teoría del delito es el tipo delictivo, también denominado tipo penal, tipo legal o figura delictiva. Cabe precisar que no es identificable con el hecho punible, sino sólo uno de sus elementos; el hecho punible reúne además otros elementos que permiten sostener su punición (Nuñez, 2009). [1]

El tipo tiene una función relevante. A través de una descripción abstracta, determina el hecho (acción u omisión) que resultará merecedor de pena y, además, es el elemento sobre el cual a su vez giraran las demás categorías del delito (antijuricidad, culpabilidad y la punibilidad).

2. Funciones del tipo penal

La descripción del hecho típico permite conocer lo que está prohibido y por ende también al no estar prohibido, aquello que está permitido. Cumple un rol pedagógico dirigido a la comunidad y al intérprete de la ley, permitiéndoles conocer el alcance de un determinado comportamiento, aspecto no menor, pues se traduce en una verdadera declaración de las "reglas del juego" a las que todos deberemos observar.

Esta función garantizadora deriva del principio de legalidad (art. 18 CN.) -nullum crimen sine lege- que asegura que sólo los comportamientos descriptos previamente en la ley penal serán

1 Como acertadamente lo distingue Núñez: no son sinónimos y tampoco debe confundirse el tipo con el artículo, inciso, párrafo, parte o disposición legal que lo que contiene.

sometidos a castigo -ni más, ni menos-, sólo lo que está descripto en el tipo.[2]

Además de la función de garantía que cumple el tipo penal, debe tenerse en cuenta que ésta misma garantía apareja otros aspectos que pueden traducirse en otras funciones del tipo penal. Ellas son:

a. Indiciaria: El tipo es un indicio, una circunstancia acerca que el comportamiento descripto podría ser antijurídico. Se dice así que el valor indiciario del tipo penal es ratio cognoscendi[3] de la antijuridicidad, categoría que para concretarse es necesario la no concurrencia de una causa de justificación (ej. Matar a otro va en contra del derecho siempre que por ejemplo no lo haga en legítima defensa).
b. Vinculante: El tipo es vinculante porque es la base o cimiento sobre las que se realizaran todas las demás disquisiciones jurídico penales. Beling decía al respecto que, sin el tipo, «toda disquisición jurídico penal cae en el vacío» (Beling, 1944). Es indudable que esta función vinculante, cobra mayor nitidez en institutos de la parte general del derecho penal como puede ser la tentativa o la participación criminal ya que para analizar la procedencia de las condiciones de aplicación de los mismos se requiere precisamente contar con el tipo penal cuya redacción permitirá determinar en la tentativa, cuándo hay comienzo la ejecución de un delito; o, delimitar el rol de aquellos que interviene en un delito.
c. Didáctica: Esta función se vincula directamente con el fin de prevención general de la pena. Busca que los sujetos que integran una comunidad, al conocer la descripción de la acción prohibida, se motiven a abstenerse a realizar el comportamiento prohibido, pues de lo contario, sufrirán una sanción que les acarreará la pérdida de un bien.

2 Para cumplir con el fin garantizador, la redacción deberá reunir estos requisitos: a) precisión, con lenguaje adecuado; incriminación de la conducta específica (derecho penal de acto); c) afectación de bienes jurídicos (– desvalor de acción – desvalor de resultado)

3 Significa "la razón sabe". Es decir, lo descripto en el tipo supone anticipar o anunciar la antijuridicidad.

d. Limitadora: La conformación de un cuerpo punitivo como lo es un código penal, implica que el legislador para redactarlo llevó adelante una operación de observación para determinar aquellos intereses o bienes que para una sociedad resultan sensibles, todo ello a fines de ser protegidos por los tipos penales que posteriormente creara. Sin dudas esta actividad de valoración del legislador es por demás importante, pues si bien limita la plena libertad de las personas[4], lo hace para precisar las acciones prohibidas, estableciendo aquellas conductas que atentan contra los bienes jurídicos. Al respecto, son indiscutidos intereses como la vida, la integridad física y moral de las personas, el honor, la libertad, la integridad sexual, la propiedad, la seguridad común, el medio ambiente, la administración pública, entre otros. Estos bienes que son objeto de delito son los que pueden ser lesionados o colocados en peligro de sufrirlo por la realización de un comportamiento prohibido productor de una consecuencia. De este modo, la lesión de un bien jurídico apareja un disvalor de acción (conducta) y un disvalor del resultado (realización de la lesión).

El tipo doloso de comisión

1. Construcción compleja del tipo

Se llama tipo complejo al tipo penal que comprende la descripción objetiva-subjetiva de la conducta (tipo objetivo y tipo subjetivo). Asimismo, en este último se encuentran dos planos: el doloso y el culposo.

4 Se entiende que sólo es lo necesario. Se denomina así criterio de «intervención mínima o de ultima ratio» esto es, las sanciones penales se han de limitar a lo indispensable, no debiendo actuar cuando hay la posibilidad de usar otros medios efectivos para la protección de los bienes de la sociedad.

En el tipo doloso la realización del tipo es querida por el autor, por lo tanto, hay coincidencia entre los dos planos que lo integran: el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

En el tipo culposo, se da una situación distinta, porque no hay correspondencia entre lo acontecido y el aspecto interno del sujeto, esto es lo conocido y querido por él.

1.1 Tipo objetivo

Está compuesto por el aspecto externo del comportamiento humano, que está prohibido por la norma, esto es su descripción a través de un verbo, y por valoraciones de diversa índole.

Queda al margen todo sustento subjetivo, esto es que haga referencia a la espera anímica del autor, la que es tratada en el plano subjetivo.

Está compuesto de elementos descriptivos y normativos. Los primeros, elementos objetivos o descriptivos, son el núcleo o componente principal del tipo, constituido por la conducta o acción descripta por un verbo (matar, dañar, apoderarse, contaminar, falsificar, etc.), la cual puede verse acompañada de circunstancias o características relacionadas con personas o cosas, tiempo, lugar y modo en que se ejecuta la acción.

Los segundos, elementos normativos, son aquellos elementos que no son susceptibles de ser percibidos por medio de los sentidos y sólo se pueden captar por un «acto de valoración» que requiere un conocimiento distinto. Esta valoración puede ser de índole jurídica, cultural o científica.

Cuando la valoración es de índole jurídica, la referencia remite a conceptos jurídicos que pueden definir objetos, como en el caso del cheque (art. 175 inc. 4; 302 C.P.); la cosa mueble total o parcialmente ajena (art. 162 C.P.); o el instrumento público y privado (art. 292 C.P.); o conceptos jurídicos que adelantan la antijuridicidad del hecho al momento del examen de la tipicidad y que en principio son incompatibles con la concurrencia de causas de justificación[5]. Ej. Ilegítimamente (art. 162 CP); ilegal-

5 Puede proceder una causa de justificación de legítima defensa en favor de aquél que a fin de defenderse de un intento de homicidio en su perjuicio hace uso de un arma de fuego para cuya tenencia o porta-

mente (arts. 141, 145, 249 C.P.); indebidamente (arts. 143 incs. 2 y 3, 153, 155 CP); sin causa de justificación (art. 250 CP.); contrarias a la ley (art. 269 C.P.). Estas últimas valoraciones son importantes para la configuración del tipo pues se refieren a disvalores del derecho respecto a la acción, son conceptos que señalan una disconformidad de la acción con el sistema jurídico. Se discute si estos elementos integran el tipo o la antijuridicidad en virtud de su naturaleza, soslayando que hay en la vida diaria numerosos actos que podrían ser calificados como delitos si no se usara un concepto jurídico que permitiera su adecuada solución.[6]

Por otro lado, hay tipos que contienen valoraciones de significado cultural, ej. el carácter pornográfico de imágenes, material o espectáculos (art. 128 CP); gravemente ultrajante (art. 119 par. 2 CP); exhibiciones obscenas (art. 129). En los ejemplos, la valoración cultural gira en torno a la mirada de ética sexual de que una sociedad tiene en un momento histórico determinado.

Finalmente hay tipos que requieren juicios de índole científica por parte de profesionales de la salud, ej. lesiones graves (art. 90 C.P.) que demandan el diagnóstico médico para determinar si la lesión produjo un «debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra»; o la evaluación que del atentado contra la integridad sexual resultó un grave daño a la salud física o mental de la víctima (art. 119 C.P.)

1.2. Tipo subjetivo

Según la actitud subjetiva del sujeto y la dirección de su voluntad, hay dos clases de tipos penales: doloso y culposo. También en este plano se encuentran elementos que siendo distintos del dolo, reconocen una presencia subjetiva en su composición.

---

ción no está autorizado (art. 189 bis incs. 1 par. 3,2 C.P.)

6 Un ejemplo claro de lo dicho: «como ocurre respecto de la privación de la libertad ya que podrán resultar incluidas modalidades lícitas y normales en el trato social (no dejar bajar del transporte de pasajero cuando no es una "parada"; no permitir salir de un área de un aeropuerto hasta que se chequee el equipaje y otras múltiples situaciones del acontecer» (De La Rúa, J. Tarditti, A. (2014) Derecho Penal Parte General. Vol. I. Buenos Aires: Hammurabi. 2014, p. 283).

En particular, podemos decir que en el tipo doloso la acción está dirigida por la voluntad contra la norma que prohíbe dañar al bien jurídico (matar, robar, abusar). El sujeto es consciente de que su actuar lesiona el bien jurídico y quiere afectarlo. En el tipo culposo, en cambio, solo se infringe una norma de cuidado. El sujeto, en principio no pretende lesionar el bien jurídico pero la conducta descuidada ocasiona su lesión. Ej. Conducción de un vehículo a alta velocidad a fin de llegar pronto a un destino ocasiona la muerte de un peatón que cruzaba la calle.

Queda definir los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, que hoy también integran el tipo subjetivo, pero para ello debemos distinguir dos momentos en la historia de conformación de la teoría del delito. Durante la etapa clásica o previa al tipo complejo, en la que no se incluía en el tipo cualquier sustrato de índole subjetivo, tanto el dolo como todo otro elemento subjetivo, integraban la categoría de la culpabilidad. Sin embargo, este esquema rígido fue sufriendo cambios con el normativismo que reconoció la existencia de elementos internos de los seres humanos en la tipicidad. Estos elementos considerados subjetivos son aquellos que tienen un claro contenido interno de la persona humana; a su contenido se lo caracteriza como «psíquico, emocional, o volitivo, un querer, un saber, una motivación, un deseo, aunque no se vinculen exclusivamente con el dolo» (De la Rúa, 2014, pág. 250). Núñez, sintetiza su concepto al señalar que aluden a una situación anímica del autor del delito, cualquiera sea su naturaleza. (Nuñez, 2009)

En nuestra opinión, elementos de esta naturaleza cumplen una función importante respecto a la configuración de delitos considerados graves, donde es necesario acentuar el componente anímico, lo que se logra a través de la admisión de elementos de naturaleza subjetiva. De este modo, mediante estos elementos, se delimita la conducta comprendida en el tipo y su distancia con el dolo o la culpa. Ejemplos de elementos subjetivos del tipo son: en el secuestro extorsivo (art. 170 CP), el sujeto activo obra con el propósito de sacar rescate; en el secuestro extorsivo de cadáver (art. 171 CP), se obra con la intención de «hacerse pagar su devolución»; en el homicidio calificado (art. 80 inc. 4to.

C.P.) requiere que se obre «por placer, codicia, odio racial o religioso»; etc.

1.2.1. El dolo

En el contenido subjetivo del tipo, el dolo constituye un elemento esencial en cuanto a su valor respecto a la comisión de un delito. Se define como el conocimiento y voluntad de realización el tipo penal. En otras palabras, el sujeto sabe lo que hace y quiere hacerlo.

De esa definición pueden desprenderse los elementos que lo componen: conocimiento, este es su elemento cognitivo o intelectual y voluntad, elemento volitivo.

El dolo puede asumir diferentes modalidades:

1. Dolo directo: la acción o el resultado típico es el objetivo perseguido por el sujeto. Ej. quiero matar a otro y lo mato.
2. Dolo indirecto: abarca los resultados no queridos directamente por el autor, pero que aparecen unidos de modo necesario e ineludible al resultado comprendido en la intención del sujeto. Ej. A fin de cobrar un seguro a nombre de un sujeto, el beneficiario pone una bomba en el avión en que viaja a fin de matarlo y cobrar el seguro. Ahora bien, es ineludible que mataría a otros ocupantes, incluso destruye el avión.
3. Dolo eventual: Esta modalidad se caracteriza por ser un espacio mínimo dolo. Aquí el autor reconoce la eventualidad del resultado, pero éste le resulta indiferente y continúa su accionar. El dolo eventual presenta un sensible problema en su distinción con la culpa consciente o también denominada culpa por imprudencia consciente o con representación. Para precisar la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente se desarrollaron tres teorías (De la Rúa, 2014). Una de ellas es la llamada «teoría de la voluntad o del consentimiento», para la cual lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor se haya representado la posibilidad o probabilidad del resultado lesivo y en su esfera interna consiente el re-

sultado, es decir lo aprueba. Por lo tanto, es importante la actitud ante dicha representación. Hay dolo eventual si aun representándose un resultado lesivo, consiente su realización. Contrariamente, habrá culpa consciente si confía en que el resultado no acontecerá.[7] La segunda teoría es la llamada «teoría de la probabilidad o de la representación», según la cual es decisivo el grado de probabilidad del resultado (lesión) advertido por el autor. Aquí se prioriza el elemento intelectual, ya que le basta con prever el resultado, hay dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad que se produjese el resultado; mientras que la culpa consciente será cuando la posibilidad del resultado es reconocida por el autor como lejano. En esta teoría, lo que importa no es la actitud interna del autor, que es de difícil determinación, sino que, no obstante conocer el grave peligro que su obrar ocasionaría al realizar el resultado, elige seguir actuando implicando con ello su conformidad con el resultado.[8] Hay una tercera posición intermedia que combina la conciencia de la peligrosidad de la acción con la voluntad: el sujeto «toma en serio la posibilidad del delito y, por otra parte, que el mismo se conforme con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto» (Mir Puig, 1998, pág. 248). En otras palabras, acepte y lo quiera.

4. Dolo específico: También pueden existir en el tipo un conocimiento específico o una intención especializada del dolo. En el caso hay una marcada intencionalidad que sin dudas elimina cualquier posibilidad de aplicar una figura de dolo eventual, menos aún a título culposo. Son ejem-

7 A esta teoría expuesta por Beling se le han formulado algunas críticas: una está dada por la dificultad que importa determinar cuál es la actitud interna del autor, la otra crítica es que prima la actitud interna del autor, lo cual no es coherente con un derecho penal democrático o liberal, que no cree lícito castigar la esfera íntima del autor, sino sólo sus actos externos.

8 Si bien en principio, esta teoría formulada por Von Liszt es la aceptada, se critica la dificultad de establecer el porcentaje de posibilidad de una acción y porque no basta con el conocimiento de la peligrosidad de la acción, sino que es necesario probar la concurrencia de la voluntad.

plos: matar a su ascendiente, descendiente, o cónyuge sabiendo que lo son (art. 80 inc.1 CP); en el secuestro extorsivo, la sustracción, retención u ocultación tienen que obedecer a la intención del autor de sacar rescate (art. 170 CP).

2. Atipicidad

En primer lugar, debe señalarse que atipicidad no es lo mismo que falta de tipo penal. En este último, no hay descripción de una conducta en el sistema jurídico penal. Contrariamente, en la atipicidad, sí hay tipo, sin embargo, la conducta del sujeto no se adecua al tipo penal pues no siempre un hecho acontecido puede encuadrar en un tipo penal. Esta tarea de analizar el hecho y subsumirlo en el tipo penal permite establecer si se encuentran presentes todos los elementos previstos en el tipo penal supuestamente afectado.

Si el hecho no se adecua a la descripción contenida en el tipo penal, sea objetivo o subjetivo, determina que la conducta del sujeto es atípica, excluyendo la delictuosidad penal, dejando subsistente su ilicitud y la posibilidad de la procedencia de la responsabilidad civil resarcitoria.

Respecto al tipo objetivo, son casos de atipicidad aquellos en los que el comportamiento del autor y el resultado de su conducta, no coincide con el descripto en el tipo penal; por falta de sujeto activo: oficial público, jefe de prisión, funcionario o empleado público, padre, madre, etc.; falta de sujeto pasivo, como el caso que la persona no sea menor de edad o no sea un incapaz de valerse, relacionado esto con delincuencias en perjuicio de menores o personas incapacitadas con nula posibilidad de valerse por sí solo; por falta de circunstancias temporales o espaciales: en tiempo de guerra, en el mar o en ríos navegables; templos, establecimiento educativo, etc. ; por carencia del medio: fuerza en las cosas o violencia física en las personas, tal como lo prevé el delito de robo; intimidación en delitos como la extorsión.

En lo atinente al tipo subjetivo, son casos de atipicidad aquellos supuestos en los que, al no proceder el tipo objetivo, con-

secuentemente tampoco concurre la tipicidad dolosa, quedando subsistente sólo para el caso que existiese, el tipo penal culposo siempre en la medida que la conducta del sujeto encuadre en él. También es atípico si no concurre el elemento subjetivo distinto al dolo ej. «con la intención de menoscabar su integridad sexual» (art. 130 C.P.)

3. Tipicidad conglobante

Se trata de una concepción propia del jurista argentino Zaffaroni que concibe a la par de una tipicidad legal, una tipicidad conglobante. (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2005). Para el autor, no toda conducta comprendida por la tipicidad legal es penalmente típica, sólo lo será cuando sea conglobantemente típica, es decir, además de estar descripta en el tipo legal deberá estar prohibida por la totalidad del ordenamiento jurídico.

Una conducta puede adecuarse al tipo penal pero no puede considerarse prohibido cuando otra norma del ordenamiento jurídico lo permite u ordena. Ej. hay acción típica, pero está justificada por alguna causa de justificación: legítima defensa, cumplimiento de un de deber, ejercicio de un derecho, etc. Por lo tanto, la conglobación como operación determinante de la lesividad es una función normativa, es decir que una acción es típica, no solo cuando reúne los caracteres particulares exigidos por el tipo sistemático, sino también cuando es antinormativo, es decir viola la norma que se deduce del tipo y con ello lesiona un bien jurídico.

En síntesis, es un razonamiento que une a los distintos elementos y su vinculación (tipo-antijuridicidad-causas de justificación), en un solo concepto al que denomina tipicidad conglobante.

Clasificación de tipos delictivos

La doctrina es numerosa en realizar clasificaciones de los tipos penales. Con la finalidad de ilustrar como es la integración y carac-

terística de cada figura, hemos seguido en este aspecto a los autores cordobeses De la Rúa y Tarditti, fijando las principales distinciones. (De la Rúa, 2014)

Relación entre los tipos delictivos. Concurso aparente de leyes

Se llama concurso aparente de leyes, concurso de leyes o relación de tipos penales cuando en orden a una misma situación de hecho aparecen dos o más disposiciones legales que pretenden regirla al mismo tiempo, siendo que, en atención a la relación que hay entre ellas, la aplicación de una determina la inaplicabilidad de las otra. (Soler, 1983, pág. 193)

Se lo denomina concurso aparente pues contrariamente a lo que sucede con el concurso de delitos (arts. 54 y 55 CP.), se está en presencia de tipos penales que están relacionados entre sí, es decir una concurrencia de normas que podrían regir el caso, pero que se excluyen recíprocamente. No se trata de un problema de unidad o pluralidad de delitos, sino de la forma correcta de subordinar un hecho a la ley. Entonces, a fin de establecer si se está ante la presencia de un concurso aparente o un concurso de delitos, hay que determinar en primer lugar si estamos ante disposiciones concurrentes que se excluyen entre sí, pues en este caso se está ante la presencia de un concurso aparente de leyes. O, por el contrario, si no hay exclusión entre ambas, deberá acudirse a la solución prevista en el concurso de delitos.

Beling, señala que «el problema del concurso de leyes es una cuestión previa al esclarecimiento de los casos de concurso de delitos, puesto que para poder afirmar que existe un verdadero concurso, es indispensable haber establecido si el hecho encuadra efectivamente en más de una figura legal, lo que supone haber examinado las relaciones que median entre las varias figuras concurrentes, y decidido que al aplicarse simultáneamente no se excluyen ente sí» (Soler, 1983, pág. 193/194)

La doctrina mayoritaria reconoce cuatro relaciones entre tipos penales, a saber:

1. Alternatividad: Existen dos tipos que se excluyen por incompatibilidad al regular el mismo hecho, pero desde el aspecto estructural difieren en los componentes que lo integran. Por ejemplo: el hurto (art. 162) y la apropiación indebida (art. 173 inc. 2), regulan el apoderamiento de las cosas ajenas, pero la aplicación de uno excluye la otra. Para una parte de la doctrina es considerado un problema de superposición y no una relación de tipos penales.[9]
2. Especialidad: Si entre dos figuras media una relación de especialidad, la ley especial desplaza a la general (lex specialis derogat legi generali) y en consecuencia es la única que debe aplicarse. ¿Cuándo hay especialidad? Hay especialidad cuando el tipo que una figura contiene (tipo general) está íntegramente contenido en el tipo de otra figura (tipo calificado o atenuado). Esto significa que el núcleo principal contenido en el tipo general y básico (Ej. art. 79: «matare a otro») se reproduce en la figura especializada, agregándole circunstancias que lo agravan o atenúan (ej. art. 80 inc.1: «ascendiente, descendiente, etc». Repárese que el tipo específico es, el tipo genérico más uno o más elementos -especializados- que se le agregan para configurar una solución legal más restringida que la del tipo general. Asimismo, cuando el hecho encuadra en la figura específica, la genérica no puede ser aplicada subsidiariamente. Sin embargo, si no procede el encuadre en la figura específica, puede ser aplicada la figura general.Por último, si el hecho queda encuadrado en el tipo específico, el cual contiene al tipo genérico; las causas de exclusión de la pena para el específico más lo son para el general.
3. Consunción: Se trata pues de hipótesis de consunción entre figuras delictivas en los que una de ellas es algo imperfecto y no concluido, respecto de otro que es perfecto y concluido, razón por la cual desplaza al imperfecto. Ciertos autores cordobeses consideran que esta relación se da

9 Cfr. De La Rúa, J. Tarditti, A. (2014) *Derecho Penal Parte General*. Vol. I. Buenos Aires: Hammurabi. 2014, p. 275, nota de pie de página nro. 68

«cuando un tipo absorbe en su estructura el contenido de otro. El tipo de la estructura más abarcativa, desplaza a los que describen sólo una parte de aquel suceso» (De la Rúa, 2014, pág. 276). Soler, por su parte, fundamenta la solución al entender que resulta así «porque en uno de los tipos hay una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realiza la función punitiva no sólo por cuenta propia sino por cuente del otro tipo» (Soler, 1983, pág. 175). Los supuestos en que se produce son:

- Si uno de los tipos, sin mediar una relación de especialidad, comprende estructuralmente al otro (art. 167 inc. 3 comprende el daño – art. 183)
- Si en un mismo contexto delictivo, el autor realiza dos o más tipos que implican ofensas de gravedad progresiva, ej. primero lesiona y luego mata a la misma persona.
- Si en un mismo contexto delictivo el autor realiza tipos imperfectos y tipos perfectos: el que realiza actos de instigación y además de autor, es autor; el que instiga y, además obra como cómplice secundario, es instigador; el que auxilia o coopera y luego ejecuta el delito, es autor.

En todos los casos, el tipo más grave o en igualdad de gravedad, el más perfecto excluye la aplicación del otro.

1. Subsidiariedad: Esta especie de relación no depende la estructura de los tipos, sino que la dispone la ley cuando supedita la aplicación de uno de ellos a que no resulte aplicable otro más grave (arts. 104 par. 2 y 150). A diferencia de lo que sucede en el caso de la relación de especialidad, la impunidad del tipo principal no excluye el subsidiario.

Error

1. Concepto

El error determinará la ausencia del tipo cuando suponga el desconocimiento, por parte del autor, de alguno o todos los ele-

mentos del tipo o tipo de injusto. En su modalidad esencial es aquel que recae sobre: a) elementos constitutivos del tipo delictivo (simple o agravado), b) circunstancias constitutivas de la justificación del hecho y c) circunstancias constitutivas de la inculpabilidad del autor. Tal es la esencia del error de tipo, que se distingue del error de prohibición en que éste último no supone el desconocimiento de un elemento de la situación descripta por el tipo, sino sólo del hecho de estar prohibida su realización (representan una falsa noción acerca de la no recepción del tipo -cree que su acción no es una infracción- o de la recepción de una eximente en el derecho positivo -está convencido que su comportamiento está justificado por una circunstancia-)

La terminología «error de tipo» ha sustituido en la doctrina actual, la anteriormente empleada «error de hecho», del mismo que la expresión «error de prohibición» ha desplazado a la anterior de «error de derecho». La distinción originalmente obedecía a que sólo los errores de hecho excusaban pues, principalmente, se consideraba que no podía el justiciable alegar desconocimiento del derecho y en consecuencia se le vedaba la posibilidad de sostener en su defensa haber actuado inmerso en un error de prohibición. En una etapa intermedia de la evolución de la teoría del error, la doctrina aceptó que, además del error de hecho, excusara también el llamado «error de derecho extrapenal», es decir, aquel que recae sobre el conocimiento de una ley distinta a la penal que le sirve de fundamento. Ej. el autor del hurto cree que la ley civil le atribuye la propiedad de la cosa o que lo autoriza a apoderarse de ella. Por su parte, el «error de derecho penal» que recae sobre el desconocimiento de la existencia de la ley penal, no excusaba. Actualmente se considera que ambos deben ser considerados, aunque opere cada uno en distintos niveles de la teoría del delito y con efectos, similares, pero no idénticos.

A través de un ejemplo simple, puede advertirse con facilidad la diferencia entre uno y otra clase de error. Quien dispara sobre un cazador tomándolo equivocadamente por una pieza de caza incurre en error de tipo, pues desconoce un elemento esencial del tipo de homicidio, que requiere, de conformidad al art. 79 CP., que se mate a otro (ser humano). De otro modo, quien

creyendo erróneamente en que la ley lo permite, da muerte a un delincuente que huye, actúa en error de prohibición, pues conoce los elementos del tipo (que mata a otro), pero entiende que su realización no está prohibida.

Debe tenerse en cuenta que el conocimiento de la prohibición y su consiguiente supresión por efecto del error actúa en modo distintos según lo que sostienen cada una de las escuelas: causal y finalista.

Para la teoría causal el tipo se integra por la descripción de la conducta con su consiguiente indicio de antijuridicidad, sin ningún componente subjetivo. La culpabilidad se integra por la capacidad y el dolo, esto es, conocimiento de los hechos y conocimiento de la antijuricidad. Para esta escuela, el error se explica a través de la llamada «teoría del dolo», según la cual el error solo podrá operar a nivel culpabilidad (excluyéndola) porque es allí donde está inserto el dolo.

En la otra posición, teoría finalista, el tipo se integra por la descripción de la conducta más el dolo del hecho (natural) y la voluntad de realizarlo. Vemos que el dolo se desplazó al tipo, mientras que en la culpabilidad quedó la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuridicidad. El error es explicado por esta escuela según la «teoría de la culpabilidad» que permite la exención de responsabilidad eliminando el dolo del tipo (pudiendo quedar subsistente la modalidad culposa cuando el delito lo permita) en el supuesto de error de tipo y disminuir o excluir la culpabilidad cuando el error recaiga sobre el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

2. Tratamiento jurídico

Cuando la tipicidad se ve afectada por el error que el autor tenga sobre los elementos esenciales del tipo, pueden suceder dos cosas según el error sea vencible o invencible. Error vencible es aquel que el autor hubiese podido evitar si hubiera observado el debido cuidado, el error operó por imprudencia del propio agente. En este caso se excluirá el dolo, pero no la imprudencia por lo que de ser punible ésta en el delito de que se trate, corres-

ponderá su imputación. Error invencible, es, por el contrario, el que no hubiese logrado evitarse ni aun aplicando la diligencia debida. Éste excluye tanto el dolo como la culpa, por lo que en principio dará lugar a la impunidad, pues en el derecho positivo general sólo se prevén tipos dolosos o tipos culposos, de modo que la pura causación de un resultado lesivo sin dolo ni imprudencia resulta atípica.

El error de prohibición no tiene regulación expresa en el Código Penal Argentino no obstante actualmente nadie objeta su relevancia a la hora de determinar la culpabilidad de un sujeto sometido a juzgamiento. A diferencia de lo que ocurre con el error de tipo, el error de prohibición sólo se elimina la culpabilidad si el error es invencible o inevitable puesto que, lógicamente, en esa situación se hará imposible la comprensión de la criminalidad del acto. Si el error de prohibición es vencible, sólo podrá hablarse de atenuación de la culpabilidad.

ERROR	TEORÍA DEL DOLO (CAUSALISMO)	TEORÍA DE LA CULPABILIDAD (FINALISMO)
DE TIPO	Evitable: excluye el dolo y deja subsistente la culpa, en la medida que exista el respectivo delito culposo. Inevitable: excluye dolo y culpa	
DE PROHIBICIÓN	El conocimiento antijuridicidad integra el dolo, ubicado en la culpabilidad. Si el error es: Evitable: excluye el dolo y deja subsistente la culpa, en la medida que exista el respectivo delito culposo Inevitable: excluye dolo y culpa	El dolo es desplazado a la tipicidad, solo queda en la culpabilidad el elemento valorativo del dolo (conocimiento de la antijuridicidad). Si el error es: Evitable: atenúa la responsabilidad en delitos doloso y culposo. Inevitable: excluye la culpabilidad En ningún caso el error influye sobre el dolo y la culpa

Modalidades de errores de tipo accidentales

Existen casos en que se produce una desviación del curso causal de la acción planeada por el autor. Se trata de casos en los que hay tipicidad objetiva pero cabe preguntarse -en virtud de esa modificación del curso causal- hasta que punto cabe atribuirle el dolo al autor cuando la conducta que él planeo no se plasmó en la realidad tal como lo había imaginado. Esta gama de errores, que recaen sobre distintos componentes accidentales del tipo penal son considerados irrelevantes para eximir el dolo.

1. Error sobre el objecto y error in persona: Son ejemplos de estos supuestos que el autor haya querido apoderarse del abrigo de Juan y lo hace respecto del perteneciente a Pablo. O confunde la víctima, tomándola por otra, tengo la intención de matar a Juana, me confundo y mato a una mujer distinta. En ambos casos el error es considerado irrelevante, toda vez que el autor tuvo la intención de sustraer una prenda y matar a una persona, siendo suficiente para el delito de hurto simple o el de homicidio simple que el autor haya voluntariamente desarrolle las acciones. Prima, por lo tanto, la intención del sujeto.
2. Error sobre el proceso causal: Aquí se quiere causar el resultado, el cual se da, pero por otro proceso causal, distinto al elegido. Ej. Pedro quiere matar a Juan para lo cual decide emplear un disparo dirigido al corazón da en otra parte vital -cuello- y mata a la víctima. Si lo analizamos en ambos casos hay un riesgo similar que permiten producir el resultado de matar a una persona, por lo que el modo equivocado, si bien distinto, no altera la gravedad del hecho típico.
3. Aberratio ictus (o desviación del golpe): Se diferencia del error in objecto en que no supone la confusión del objeto por otro, sino que erra la dirección del ataque (golpe) y se diferencia del error en el proceso causal en que el objeto lesionado, en la aberratio ictus es distinto al que se quería lesionar. Ej. Pedro sabe que aquél a quien apunta el arma de fuego es Juan, pero no dio en el blanco y la

bala alcanzó a otra persona. Para la doctrina tradicional se considera que existe un único homicidio doloso porque se tiene en cuenta el fin que tuvo el autor (fin homicida). Actualmente, se mantiene el criterio de considerar un homicidio doloso tentado respecto del resultado buscado y no alcanzado, y homicidio culposo consumado en relación al resultado logrado.

4. Dolus generalis: El procedimiento causal es puesto voluntariamente por el auto, aunque sin conocimiento de que éste ha sido el mecanismo que produjo el resultado propuesto. Ej. quiero matar a otro, le disparo y creyéndolo muerto, cuando en verdad sólo estaba herido, lo arrojo al río para ocultar el cadáver, muriendo ahogado. El error también es irrelevante y en consecuencia corresponde la imputación por homicidio consumado.

El tipo culposo. La preterintencionalidad

1. Concepto

En la legislación, los códigos penales contienen tipos dolosos, en los que la finalidad del autor está dirigida a la realización de un resultado prohibido típico. También existen supuestos en los que el autor, realiza el tipo sin quererlo, como consecuencia de su obrar descuidado; son los tipos culposos, en los que el fundamento de la imputación es el desprecio que el autor demuestra hacia los bienes jurídicos al infringir el cuidado debido.

Como es sabido en el plano subjetivo la regla es el dolo y la excepción es la culpa; siendo el primero más grave, lo cual se corrobora al constatar la entidad de las escalas penales con las que se reprimen los delitos.

La naturaleza del tipo culposo es la de un tipo abierto, ya que requiere de una complementación, no bastando el contenido del tipo objetivo. Esta circunstancia ha llevado a que parte de la doctrina objete que tipos culposos violen el principio de legalidad (nullum crimen sine lege), habida cuenta que deriva de ese

principio la exigencia que el tipo describa con cierta precisión la conducta prohibida (nullum crimen sine lege stricta).

Ahora bien, si bien en principio un planteo de inconstitucional pareciera procedente, lo cierto es que la técnica de construcción del tipo penal culposo que es de naturaleza abierta tiene su asidero en que no resulta accesible la construcción de un tipo cerrado que permita describir de antemano cual será el comportamiento culposo, razón por la cual se emplean sustantivos como imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia, los que para determinar si concurren, el juez deberá evaluar y comprobar que la acción del autor se realizó sin el debido cuidado exigido, ocasionando un resultado o peligro para el bien jurídico. Precisamente el tipo desarrolla una función delicada que es la de una función sistemática, esto es individualizar cual es la acción que debe reprocharse y en consecuencia el contenido subjetivo que le corresponde en razón de esa acción descripta.

Bien lo señala Gabriel Pérez Barberá, si se compara el tipo doloso de homicidio del art. 79 y el culposo del art. 84; se colige que «el que matare a otro» no es más cerrada que «el que causare a otro la muerte por imprudencia». Concluye agregando que no pueden los tipos culposos ser considerados violatorios del principio de legalidad por el solo hecho de ser «abiertos» porque no es posible pensar otra manera de concretar o completar esos tipos que no sea a través de la tarea de los jueces. (Pérez Barberá, 2002)

Respecto al contenido de la culpa, es dable compararlo con el dolo donde su contenido está integrado por un elemento cognitivo y otro volitivo. Su conformación cognitiva es inferior a la del dolo, es un conocimiento de naturaleza potencial de parte del autor acerca de su destreza o capacidad y circunstancias que rodean su acto a fin de considerar si dicho comportamiento supera un riesgo mayor al tolerable o permitido y en consecuencia podría ocasionar daños a bienes jurídicos descriptos en el tipo objetivo. Admite la posibilidad que el elemento cognitivo sea alterado o no esté presente como sucede con la culpa consciente y culpa inconsciente. El elemento volitivo está vinculado con el elemento cognitivo, precisamente dada su naturaleza, este as-

pecto volitivo no podrá ir más allá del conocimiento del acto, pues al no estar presente en el sujeto, el conocimiento acerca de la posibilidad de una consecuencia dañosa de su comportamiento, mal se puede pensar que existe una decisión acerca de su realización. Si existiese se estaría ante la presencia de un acto doloso. (De la Rúa, 2014)

Por último, sin perjuicio del tratamiento que realizaremos más adelante, nos hallamos con los delitos preterintencionales, aquellos en los que el comportamiento del autor es doloso, sin embargo, el resultado se produce culposamente, ya que va más allá de lo que quiso realizar. Por ejemplo, aquél que tiene dolo de lesionar una persona, quien al caer se desnuca al golpear su cabeza con el cordón de la vereda y fallece.

2. Sistema del Código Penal

Pueden regularse los delitos culposos a través de dos formas, una a través de una cláusula en la parte general en la que se da cuenta que cada delito doloso podrá ser cometido a título de un comportamiento culposo; la otra, es que en la parte especial se prevean los tipos penales que sí admitan un tipo culposo, esta alternativa es denominada «numerus clausus» y es respetuosa del principio de legalidad, toda vez que sólo se admiten los tipos culposos expresamente descriptos (art. 18 CN.). [10]

El código penal argentino tiene un sistema cerrado –numerus clausus– sin prever una regla general en la parte general pero sí conteniendo en la parte especial todas aquellas conductas específicas que se adecuen a hipótesis de acciones culposas y que podrán ser realizadas mediante una acción o omisión (impropia). Los modos culposos usados en el Código Penal son cuatro (negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de ordenanzas y deberes a su cargo), los cuales son empleados de distintas maneras, esto es a veces se cita a las cuatro formas (ej. art. 84 CP) u otras, se opta por una o dos de las formas mencionadas (ej. art. 204 bis, 255 CP).

10 Esta última modalidad es la que predomina en el derecho comparado. Ej. Código penal español

3. Estructura del tipo culposo. Sus elementos constitutivos

El tipo culposo se conforma por una parte objetiva y otra subjetiva. La objetiva supone la violación de una norma de cuidado (desvalor de acción) y la consecuente lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado).

En la subjetiva, se requiere dos elementos, uno positivo y otro negativo. El elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general podría producir (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente); y el elemento negativo, de no haber querido el sujeto cometer el hecho resultante.

3.1. Tipo objetivo

Como expresamos, dentro del tipo objetivo del delito culposo encontramos la infracción a la norma de cuidado y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

3.1.1 Infracción de la norma de cuidado (desvalor de acción)

La infracción de una norma de cuidado es la inobservancia del cuidado que puede exigirse en un caso concreto. Esto significa, que, en cada caso, deberá establecerse o concretarse cuál era el deber de cuidado que incumbía al autor. (Bacigalupo, 1996)

Respecto a la determinación del deber concreto de cuidado se plantearon dos posiciones. Una de índole objetiva que prescinde del autor concreto y sólo toma en cuenta el deber que hubiera puesto un hombre consciente y prudente en la situación. Se trata del cuidado que todos en general debemos guardar. Ej. En el tránsito vial, el deber de cuidado es común a todos, es el mismo que le compete a un corredor de F. 1 profesional como a un conductor común, no hay distinción alguna. La otra posición, tiene en cuenta un criterio individual, considera que es relevante el conocimiento y capacidad especial que puede tener un sujeto. Ej. El médico cirujano que dispone de una capacidad excepcio-

nal, que, de haberla usado, habría evitado la muerte del paciente, habrá obrado de modo típico, al infringir el deber de cuidado, si solo empleó la capacidad propia del cirujano medio.

Este último criterio, es el que se ajusta más a la realidad, toda vez que al tener en cuenta las condiciones especiales del autor, permitirá determinar con mayor precisión si de acuerdo a sus capacidades y conocimientos, no podría haber evitado la realización del tipo, es decir no violar el deber de cuidado.

¿Cómo se compone el deber de cuidado? Reconoce dos aspectos:

1. El deber de cuidado interno: en toda actividad hay un deber de examen previo, es decir una cierta obligación de advertir la existencia de un peligro y en su caso, la gravedad del mismo.
2. El deber de cuidado externo: aquí el sujeto advierte la existencia de un peligro, por lo tanto, hay un deber de comportarse (externamente) respetando la norma de cuidado, pues precisamente advirtió la posibilidad de un riesgo cierto. Presenta tres manifestaciones:

- Deber de omitir acciones peligrosas: Hay acciones que de por si son consideradas como de alta peligrosidad, es decir, que su ejecución supone un alto riesgo de violación de la norma de cuidado. Por lo tanto, su realización supone conocimientos o cuidados necesarios por parte del que lo ejecuta. Aquí tiene cabida el ámbito de las oficios o profesiones. Ej. Conducir a alta velocidad en rutas sinuosas exige pericia o idoneidad de parte del conductor; una intervención quirúrgica, supone conocimientos técnicos y prácticos del médico; etc.
- Deber de preparación e información previa: Antes de realizar acciones que pueden resultar peligrosas, hay un deber de adoptar medidas externas cuya realización permite cumplir con la labor de modo adecuado, evitando el acaecimiento de resultados dañosos. Se trata de un deber de preparación e información. Ej. Ante de una intervención quirúrgica, el médico debe ordenar estudios de

rutina que permite determinar estado del paciente y su capacidad de resistencia de su organismo.

- Deber de actuar con cuidado en situaciones peligrosas: El desenvolvimiento de la vida moderna implica la realización de actividades consideradas útiles para la sociedad; sin embargo, para su consecución se requiere desarrollar actividades consideradas riesgosas, razón por la cual deben adoptarse medidas de máxima atención. No se trata aquí de una omisión de normas de cuidado, sino el de realizarla con el máximo cuidado a fin de evitar resultados dañosos. En otras palabras, que el sujeto sea diligente. Ej. El tráfico vial diario; el desarrollo de la actividad industrial; la construcción de casas o edificios; etc. Se habla así de un riesgo permitido o tolerable socialmente toda vez que el comportamiento trae beneficios para la sociedad. Contrariamente, será típico cuando ese límite sea superado y entonces se esté ante la presencia de un riesgo no permitido.

3.1.2. Causación del resultado (desvalor del resultado) e imputación objetiva

La infracción al deber de cuidado debe tener como resultado la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido (Mir Puig, 1998). El resultado de lesión se da en los delitos de resultado, ej. homicidio y lesiones culposas; mientras que la puesta en peligro se condice con los delitos de peligro, ej. tenencia de explosivos, tenencia de armas.

Para el delito culposo, es importante la producción del resultado, aunque más lo es la transgresión de la norma de cuidado que resguarda un bien jurídico, pues es éste el que determina la mayor o menor gravedad de la norma violada.

Se exige que el resultado pueda imputarse a una acción culposa (imprudencia, negligencia, inobservancia, impericia), lo que implica una relación de causalidad entre acción y resultado; y que la causación del resultado se relacione con la finalidad de protección de la norma de cuidado violada, posibilitando la imputación objetiva del resultado.

La relación de causalidad se resuelve según las teorías con sus consiguientes correcciones; mientras que la imputación objetiva del resultado requiere la creación de un riesgo típico que se realice en el resultado y que esté contenido en la finalidad de protección de la norma de cuidado violada.

En este sentido, se sabe que en la vida social moderna hay riesgos permitidos, es decir hay una tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. Ej. La conducción de vehículos trae aparejado un grado mayor de accidente que la circulación de a pie, pero es evidente que trae beneficios a la vida social. De ello se desprende que quien obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe normas de cuidado y por lo tanto no obra típicamente; y que quien supera ese margen de riesgo permitido, su accionar configurará un riesgo no permitido y en consecuencia será típico. (Bacigalupo, 1996)

Todo ilícito es consecuencia de un acto que desemboca en un resultado. Hay un nexo de causalidad. Ahora bien, en los ilícitos doloso y culposo, la doctrina se ha preguntado quien contribuye a su producción prevista en modo abstracto en la ley: ¿la acción o el resultado?

Hay dos posiciones, la subjetivista, línea que surge del finalismo que niega que el resultado cumpla un rol en la conformación del ilícito. Y la objetivista, que contrariamente, entiende que sí le otorga al resultado un papel en su constitución. También hay una tercera posición que, sin ser subjetivista, también niega que el resultado forma parte del ilícito.

Dentro de la posición subjetivista, la doctrina se divide en dos posturas, una menor que tiene en cuenta la naturaleza de la norma jurídico penal y en consecuencia afirma que la norma (de determinación) manda o prohíbe acciones y no resultados por lo que lo determinante será el rol que cumple la acción, sea dolosa o culposa. El resultado tendrá una función de condición objetiva de punibilidad quedando fuera del ilícito.

Otra, la mayoritaria, que entiende que lo fundamental pasa por la acción, sin embargo, el resultado también conforma el ilícito y explica que la norma jurídico penal no es solo una nor-

ma de determinación, sino que además es una norma de valoración social. Es decir, no sólo manda o prohíbe, sino que lo hace porque entiende que el hecho tiene una valoración negativa al atentar contra aquellos intereses de la sociedad y dado este significado busca determinar a que las personas, sus destinatarios se determinen a no matar, no robar, no secuestrar, etc.[11]. Para esta postura, el resultado no es fruto del azar o de la casualidad, sino que es consecuencia de la acción dolosa o culposa realizada por el autor, acción que resulta disvaliosa según la norma jurídico penal (Pérez Barberá, 2002, pág. 342). En síntesis, hay un nexo indiscutible entre acción y resultado, con un tinte de mayor peso en favor de la acción, como fundamento principal del ilícito, sin desconocer que ambos -acción y resultado - integran su constitución.

3.2. Tipo subjetivo

En primer lugar, destacamos un elemento positivo: haber querido la conducta descuidada, la cual se muestra a través de dos modalidades, esto es la culpa consciente e inconsciente, existiendo entre ambas un criterio de diferenciación que pasa por lo cognitivo.

En la culpa consciente (o con representación) no se quiere causar la lesión, pero se advierte su posibilidad, y sin embargo se actúa. En otras palabras, el autor reconoce el peligro de la situación, sabe que con su conducta supera el riesgo permitido y, aun así, confía en que no se producirá un resultado lesivo.[12] Ej. correr con su automóvil en calles de intenso tráfico, confiando en su habilidad de manejo.

La culpa inconsciente (o sin representación) no quiere el resultado lesivo y ni siquiera se prevé su posibilidad: es decir, no se advierte el peligro. Esto demuestra que falta el conocimiento

11 Stratenwerth precisamente caracteriza a las normas jurídico penales como «normas de valoración entendidas imperativamente» (Cfr. Stratenwerth, G. (2008) *Derecho Penal Parte General. El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi)

12 El autor puede confiar en que el resultado no acontecerá por su destreza en la que confía; o en error imputable, ej. cálculo errado de sobrepaso de otro vehículo, invadiendo la contramano. Si el sujeto deja de confiar en ello, será dolo eventual.

actual respecto a que el comportamiento supera el riesgo permitido. Esta falta de conocimiento se produce por imprevisión del autor. Por ejemplo, dejar la cocina encendida sin pensar que puede apagar y producirse una explosión en la que termina muerto el vecino

El Código Penal, a efectos de aplicar una sanción, no distingue si la culpa es consciente o inconsciente; igual sanciona la conducta como un delito culposo si está prevista en la ley como tal. Sin embargo, sí es de suma utilidad, por la entidad de la escala penal, distinguir entre la culpa consciente y el dolo eventual, toda vez que la sanción de este último será mayor.

También se distinguen grados en la culpa: grave/temeraria o leve/insignificante. La primera, obviamente, es la manifestación más intensa de la culpa y comprende aquellas situaciones en las que se crea un riesgo alto para los bienes jurídicos. Ej. conducir vehículo a alta velocidad bajo estado de ebriedad causando lesiones graves o muerte en otros. Por su parte, la culpa leve o insignificante, se trata de un riesgo no permitido pero cercano al riesgo permitido o socialmente tolerable, la más de las veces o encuentra una salida en la justicia restaurativa[13] o dando lugar a contravenciones o faltas menores. Ej. No guardar la distancia suficiente entre vehículo colisionando el vehículo de atrás al de adelante y ocasionando una lesión de escasa entidad a su acompañante.

Ahora bien, completa el tipo subjetivo del delito culposo otro elemento, uno negativo que radica en que el autor no haya querido cometer el hecho resultante. Sucede que hay una dependencia del elemento volitivo al elemento cognitivo. El sujeto tiene el conocimiento acerca que su comportamiento crea un riesgo no permitido, pero no abarca a las consecuencias de su accionar, por esa razón al no estar alcanzadas cognitivamente no puede pensarse en que existe una decisión relativa a ellas (De la Rúa, 2014, pág. 499/500).

13 La justicia restaurativa o reparadora es aquella que coloca su atención en la necesidad de la víctima y no en el castigo a los autores del delito.

4. Clases de culpa

Por razones de sistematización de los tipos penales, cada expresión (negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de ordenanzas y deberes a su cargo) tiene su contenido propio que la diferencia, aspecto no menor teniendo en cuenta el debido respeto al principio de legalidad.

Sin perjuicio de ello, las formas de negligencia e imprudencia engloban a las restantes, pues el contenido de la impericia o la inobservancia no dejan de identificarse con comportamientos negligentes o imprudentes del o los autores, pues también son en esencia modalidades de descuido.

Analizaremos a continuación el contenido de cada una de las modalidades de culpa:

1. Imprudencia: Núñez caracteriza al comportamiento imprudente como aquel que «con arreglo a las circunstancias es atrevido, riesgoso o peligroso para las personas o los bines ajenos, salvo que se trate de un riesgo permitido de acuerdo a las exigencias prácticas de la vida en sociedad» (Nuñez, 2009, pág. 195). Suele definirse la imprudencia como la acción positiva contraria a la buena previsión, se trata de un obrar de más acerca de lo aconsejable, transgresor de elementales pautas de cuidado.

Desde el perfil del tipo objetivo, un obrar así descripto crea un riesgo no permitido que puede ocasionar una lesión a un bien jurídico. Por su parte, en el tipo subjetivo la imprudencia se conecta con la culpa consciente, habida cuenta que el comportamiento es contrario a los riesgos normales que se desarrollan de la práctica de las actividades en sociedad. Ej. Transito vial, actividades industriales, etc.

Frente a la representación del resultado delictivo, el autor decide obrar sólo por su esperanza de que el delito no suceda. Solo de este modo su decisión de obrar no es una indiferencia o insensibilidad dolosa (eventual) acerca del resultado.

Son ejemplos de esta modalidad culposa: dar un empellón a un pasajero que va en el estribo de un colectivo de pasajeros; conducir un vehículo a alta velocidad colisionando y ocasionan-

do la muerte o lesiones a terceros; conducir alcoholizado un vehículo sea o no a alta velocidad, conducir un vehículo a excesiva velocidad en condiciones de mala visibilidad ocasionando la muerte o lesiones a terceros; manipular un arma de fuego sin conocimiento de su manejo en sitio donde hay otras personas, hiriendo a una; cruzar con un niño tomado de la mano por sitio indebido de una calle, siendo embestido por un vehículo que lesiona al menor.

2. Negligencia: Se lo caracteriza como el comportamiento que, de acuerdo a las circunstancias es considerado como descuidado (Nuñez, 2009). En otras palabras, la negligencia es la omisión por el autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros[14].

Se trata pues de una culpa sin previsión o culpa inconsciente, pero referida a la falta de saber respecto al estado de peligro creado o afrontado.

Desde el tipo objetivo, se advierte la realización de un comportamiento que crea un riesgo no permitido que puede vincularse con la culpa inconsciente, en la cual puede no advertirse el peligro por una razón imputable al no prever el resultado.

Citando a Rivalora, Núñez decía que la negligencia indica una inacción, una falta de haber obrado para evitar el daño. En este sentido, se puede decir que la negligencia es una culpa in omittendo. La ligereza del negligente, dice Núñez, a diferencia del imprudente, no es en sí misma peligrosa, sino que su peligrosidad es siempre relativa a otro acto del autor, conducta de tercero o hecho externo (Núñez, 1960). Ej. la falta de vigilancia de la conducta de los presos en una evasión (art. 281); el descuido de la madre que no advierte la pérdida de gas asfixiara a su hijo.

En síntesis, se está ante la presencia de un obrar de menos que refleja una falta de cuidado y en consecuencia la realización de un resultado.

14 Núñez señala como precedente a la «Olvidanza» de los españoles (Partida 7º, Introducción), término con el cual da cuenta de la idea que gobierna a esta clase de culpa. (Cfr. Núñez, R. C (1960) *Tratado de Derecho Penal Argentino Parte General II*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. pág. 80/79)

Son ejemplos de negligencia: el autor olvidó revisar el arma que no tiene puesto el seguro; dejar enchufada una plancha eléctrica; dar marcha atrás un vehículo sin cerciorarse si hay peligro para terceros; no controlar la existencia de fuego ante de arrojar combustible; la persona que construye una vivienda, sin conocimientos exigibles, la cual se derrumba ocasionando la muerte de un tercero ocupante; el sujeto que conduce un automóvil sin atender la señalización del semáforo, que no le habilitaba continuar el paso, embistiendo a una anciana; la omisión del enfermero que no proporciona la medicación al enfermo según lo ordenado por el médico.

3. Inobservancia de reglamentos, ordenanzas o deberes[15]: Se trata de actividades que pertenecen a distintos ámbitos, los cuales están reglados por normas extra penales cuya finalidad es dotar de pautas de cuidado para evitar la realización de riesgos no permitidos y en consecuencia ocasionar consecuencias dañosas hacia bienes. Este modo culposo consiste en la transgresión de reglamentos, ordenanzas o deberes pudiendo dar lugar a una imprudencia o negligencia, por ejemplo, circular a velocidad superior a la permitida o desatender un semáforo por distracciones.

En consecuencia, es una forma de culpa en que la precaución o la prudencia exigible está predeterminada por normas reglamentarias u ordenatorias de actividades o cargos; por lo tanto, si las conductas la omiten son susceptibles de ocasionar daños o lesiones a los bienes jurídicos.

En sustancia, es correcto señalar que la culpa por inobservancia es una culpa presumida «juris et de jure». En este sentido, Núñez explica que «ocurrida la inobservancia, la ley presume la culpa, sin que sea necesario probar las condiciones concretas de una negligencia o imprudencia» (Núñez, 1960, pág. 89)

Tanto el reglamento como la ordenanza están definidas en el art. 77 C.P. Por su parte, los deberes corresponden a una función o empleo público o privado.

15 La expresión reglamentos u ordenanzas, comprende todas las disposiciones de carácter general dictas por la autoridad competente en la materia de que traten (Cfr. Art. 77 CP.).

4. Impericia: El Código Penal argentino se refiere a impericia aclarando «en su arte o profesión», por ejemplo, en los arts. 84, 94 189, 196, etc. Es decir, siempre se incurre en el oficio propio del sujeto involucrado.

Por oficio se entiende a la actividad laboral habitual que puede consistir en un simple arte, como lo son los del chef, mecánico, guía de montaña, bañista de colonia de vacaciones, conductor, etc.; o en un arte que requiere una habilitación especial de aprendizaje o idoneidad, es decir, conocimientos adquiridos en una institución o por la dedicación habitual al oficio. El oficio puede ser también una profesión, cuando esté sometidas a una currícula que hace a la carrera y una autorización estatal. Ejs: abogado, médico, ingeniero, arquitecto, psicólogo, etc.

Debe señalarse que la procedencia de la figura de impericia no depende de la expedición de un título oficial o una autorización habilitante, sino del saber y de la habilidad o idoneidad verdadera del titular del oficio. Se trata pues de una culpa profesional por impericia en el oficio y no de una culpa que en su práctica el sujeto incurra por negligencia, imprudencia, o inobservancia. (Núñez, 1960, pág. 84). El saber o idoneidad del profesional es importante pero más lo es el cuidado que debe aplicar en su tarea diaria, pues también hace a su formación y al debido ejercicio de su trabajo sin exponer a terceros a peligros o lesiones concretas.

Tomemos como ejemplo al profesional médico quien puede ser sólido respecto a sus conocimientos, sin embargo, puede ser negligente si hace un diagnóstico prescindiendo de los procedimientos o estudios técnicos aconsejables y de los que puede servirse; o descuidando las condiciones de asepsia en la realización de una intervención quirúrgica o en prácticas de estudios. El médico puede ser sabio y hábil, pero puede ser imprudente, si a sabiendas, somete al paciente a prácticas o tratamientos innecesarios, riesgosos y evitables o actúa en condiciones que aumentan los riesgos.

¿El médico puede incurrir en violación de sus deberes o de los reglamentos que regulan su actuación? La respuesta es afirmativa. El profesional médico incurre en culpa profesional por

violar sus deberes, ej. no seguir atendiendo al paciente sin razón que lo justifique debidamente, transgrediendo su deber de continuar con la atención del enfermo; Lo mismo sucede cuando inobserva los reglamentos que rigen su actuación, ej. no observar los reglamentos internos hospitalarios o de la clínica donde interviene.

Realizadas estas aclaraciones, la impericia ¿en qué consiste? Sostiene Núñez que «consiste en la actuación en el propio arte o profesión sin el saber, experiencia o habilidad mínimos exigibles para su ejercicio beneficioso» (Nuñez, 2009, pág. 195). Por lo tanto, la impericia es una ausencia o insuficiencia de conocimientos teóricos o prácticos de la materia propia de un oficio, pues no sólo es importante para no ocasionar daños a terceros poseer un saber teórico, sino que este sea acompañado por el saber práctico pues el obrar imperito puede ser por falta de habilidades y prácticas al no tener capacidad ni experiencia para actuar.

En sustancia, el reproche radica en una cuestión de saber aquello que el profesional no le está permitido ignorar. La figura no alcanza aquellas consecuencias dañosas que son consideradas dentro de lo opinable en el arte o profesión de que se trate, pues los oficios y las profesiones pueden manejarse dentro de una diversidad de métodos, opiniones y resultados, no siendo misión del derecho penal reprochar a uno en desmedro del otro (Núñez, 1960, pág. 87)

Sintetizando, la impericia es sinónimo de ignorancia o inhabilidades en el propio arte o profesión que excluyen la posibilidad de un ejercicio beneficioso y debido, comprendiendo los casos en general como las situaciones excepcionales. Un error de diagnóstico no implica una culpa por impericia, debe producirse por un error grosero por falta de un saber mínimo e indispensable para el correcto ejercicio de la labor de que se trate.

5. Atipicidad. Concepto

Al igual que el tipo penal doloso, la ausencia de algún elemento descriptivo impide la adecuación de la conducta al tipo culposo.

Habrá también atipicidad culposa cuando un resultado no era previsible para el autor, ya sea porque se hallaba más allá de su capacidad de previsión, tal los supuestos de ignorancia inevitable o caso fortuito o porque se encontraba en un estado de error de tipo invencible.

6. La preterintencionalidad. Los delitos calificados por el resultado

Hay figuras penales consideradas complejas en cuanto a la culpabilidad, estos son los llamados delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado. En ellos, el autor al realizar su conducta produce otro resultado, que es más dañoso para los bienes jurídicos que aquél que inicialmente persiguiera. (Creus, 1992)

Hay, por lo tanto, supuestos en los que puede haber una combinación de los componentes dolo y culpa. El autor quiere producir un resultado, pero ocasiona uno de mayor gravedad que no quiere, resultando el autor sancionado con pena mayor que la prevista para el delito querido, siempre en la medida que el resultado más grave fue consecuencia de un obrar negligente del autor. Tal es el caso del homicidio preterintencional (art. 81 inc. 1 b. CP.) en el que se fija una pena atenuada.

En los delitos agravados por el resultado que se aplica una pena mayor, como ocurre en el abandono de personas (art. 106 párr. 2 y 3 CP.), se requiere que el resultado sea una consecuencia directa e inmediata de la acción inicial, sin que la serie causal se vea interrumpida por otras causas independientes y preponderantes. Son también resultados preterintencionales, respecto de los cuales el autor no obró con dolo directo, indirecto o eventual, pues de haber sido así, se debería aplicar la figura respectiva.

Cabe señalar que las penas impuestas en cada caso, son congruentes con el principio de culpabilidad, toda vez que el resultado más grave tiene que ser previsible. Precisamente, si falta la atribución del resultado más grave porque no fue previsible, la figura compleja es inaplicable y por lo tanto el autor sólo responderá por la acción dolosa ejecutada. Ej. en el caso del homi-

cidio preterintencional, el resultado de muerte cuando no sea previsible, sólo podrá ser castigado como autor de lesiones; en el delito de abandono si los resultados de «grave daño en el cuerpo o en la salud» o de «muerte» no eran previsibles, sólo podrá ser castigado con la pena de la figura básica (art. 106 parr. 1 CP.).

Contrariamente, si se aplicase otro criterio, esto es el de la pena por el resultado más grave, prescindiendo de respetar al principio de culpabilidad, sería un caso de responsabilidad objetiva, no receptada en el nuestro derecho penal.

La doctrina actual establece parámetros para aplicar las figuras complejas, a saber:

1. Objetivo: Debe existir una conexión inmediata entre la acción de carácter dolosa y el resultado más grave. A su vez, este resultado mayor no debe estar separado de la acción inicial ya sea por la intervención de un tercero o de la propia víctima.
2. Subjetivo: El peligro del resultado mayor debe ser previsible. Desde el perfil de la culpabilidad, la repuesta es idéntica para los delitos preterintencionales o calificados por el resultado, en ambos la pena depende de la culpa respecto del resultado «no querido», es decir del que está más allá de la intención (preterintencional). Bien señala Bacigalupo, que los delitos preterintencionales y los delitos calificados por el resultado, aluden a un mismo objeto, pero desde puntos de vistas diferentes: uno desde la intención del delito menor (doloso) mientras que el otro, desde el resultado más allá de lo querido (preterintencional). (Bacigalupo, 1996)

Capítulo 5
La antijuridicidad

Generalidades

1. Consideraciones de las normas jurídico-penales. Naturaleza valorativa o determinativa

La doctrina distingue dos clases de normas:

a. Norma primaria (norma de conducta): Dirigida a los ciudadanos en general en la que se establece la forma en que deben comportarse (no matar, no robar).
b. Norma secundaria (norma de sanción): Dirigida a los jueces, establece como decidir los diferentes casos y como castigar (8 a 25 años de prisión a quien viole la norma primaria que prohíbe matar).

Existe acuerdo de la doctrina en que la norma secundaria es una norma imperativa porque le ordena al juez lo que debe hacer. La discusión se plantea respecto a la norma primaria. ¿Es una norma de determinación o una norma de valoración?

Una norma es sólo de valoración cuando se limita a expresar a un juicio de valor sin imponer ningún imperativo a su destinatario (es buena la vida, es malo matar). No pretende determinar la conducta de sus destinatarios.

Una norma es sólo de determinación si es la expresión de un mandato o prohibición que intenta determinar la conducta de su destinatario (prohibido matar, prohibido robar). Son normas que se imponen de modo imperativo o directivo.

Dado que vivimos en sociedad, es preciso que la misma funcione sin conflictos, respetando a todos sus componentes. Por ello, se considera que la función de la norma primaria es de determinación. Sin embargo, y al mismo tiempo, el derecho juzga como objetivamente desacertada la conducta del autor que viola

la norma primaria, por lo que realiza una valoración de esa conducta.

Conclusión: la norma primaria es una norma de determinación y de valoración. En este sentido, el derecho penal intenta influir sobre la conducta humana con la finalidad de asegurar la paz social y garantizar a todos la participación en los bienes creados por la sociedad.

Así podemos realizar el siguiente análisis:

a. Norma primaria: Integrada por norma de determinación y de valoración. Ej. No matarás porque es buena la vida o es malo matar.
b. Norma secundaria: Comprende a la norma primaria, porque precisa que se den los requisitos de aquella para que el juez pueda aplicar la norma secundaria.

Finalmente, no debe olvidarse que el delincuente no viola la ley penal, sino que actúa conforme a ella, porque para ser castigado debe realizar algo que se ajuste a la descripción. La descripción del tipo (el que matare a otro) no es una norma, pues ésta expresa: «no matarás».

Conclusión: lo violado por el homicida no es la ley penal, sino la norma jurídico penal, norma que se diferencia de las restantes normas que componen el orden jurídico porque posee la característica de amenazar con pena a quien la viole. Por ello, no es la violación de la ley penal, sino la de la norma penal la que imprime al hecho su carácter ilícito.

Ello es así, porque el hecho además de ser típico debe ser antijurídico.

2. Antijuridicidad

La teoría del delito funciona como un sistema de filtros, de manera tal que sólo cuando comprobamos que una categoría procede pasamos a analizar la próxima.

En ese sentido, hay tres preguntas esenciales que debemos realizar a los fines de verificar si nos hallamos ante la presencia de un delito.

a. ¿El hecho está prohibido por la norma? Su respuesta la encontramos en la categoría de tipicidad.
b. Si el hecho se encontraba prohibido por la norma, en las circunstancias en que se realizó ¿Estaba autorizado por algún precepto legal? Su respuesta la encontramos en la categoría de antijuricidad.
c. Si el hecho estaba prohibido por la norma y no se encontraba autorizado por un precepto legal, el autor ¿Es responsable de ese hecho? Su respuesta la encontramos en la culpabilidad.

De este modo, al observar que un hecho es típico sólo hemos comprobado que se violó la norma primaria que surge del tipo. Sin embargo, la violación de esa norma primaria que es la realización del tipo, no es suficiente para establecer la ilicitud del comportamiento, porque para que exista ilicitud se requiere que la realización del tipo no se encuentre jurídicamente autorizada.

Ello es así, porque el ordenamiento jurídico no sólo contiene normas prohibitivas, sino que también existen permisos otorgados por el legislador para realizar un hecho típico. Estos permisos se conocen como causas de justificación.[1]

Conclusión: Una conducta es típica si con ella se infringe una norma, y será antijurídica si no está justificada por una causa de justificación.

En consecuencia, una conducta es antijurídica si no existe una causa de justificación que excluya la antijuridicidad del comportamiento.

La admisión de una causa de justificación no implica afirmar que la conducta deba valorarse positivamente, sino sólo que la conducta no es desaprobada por el ordenamiento jurídico y que es aceptada por éste, pero realizar otros juicios de valor sobre el hecho excede los cometidos del derecho penal. Así matar en legítima defensa justifica el hecho de matar a otro, pero la muer-

1 v. Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 387 y sigts.; Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Felix González- Lerner Córdoba 1999 – pág.153

te de una persona por otra sigue siendo un hecho que no puede valorarse como algo valioso.

Por lo tanto, la relevancia de la antijuricidad radica en verificar, o no, la existencia de una causa de justificación que la excluya.

2.1. Concepto

No hay un concepto uniforme de antijuridicidad, depende la escuela dogmática desde la que se lo analiza.[2]

Para el positivismo jurídico, la antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición con el derecho.

Cuando se alude a «calidad del hecho», se indica que al hecho típico se le asigna una cualidad especial: su oposición con el derecho, y ello es la antijuricidad misma.

De este modo, la calidad de antijurídico de un hecho no existe porque el hecho sea simplemente típico. Ej. Quien mata en legítima defensa realiza un hecho típico. Sin embargo, ese comportamiento no es antijurídico porque en esas circunstancias el hecho se encuentra justificado. Es decir, la justificación quitó esa «calidad del hecho que determina su oposición con el derecho» o sea, la antijuridicidad.

En cambio, quien mata sin que concurra una causa de justificación obra antijurídicamente porque la calidad de antijurídico del hecho no fue excluida por una causa de justificación.

Para el normativismo, la antijuridicidad es un juicio de desvalor sobre el hecho, donde lo injusto se concibe como infracción a la "norma de valoración" del hecho objetivo. En otras palabras, no sólo debe matarse, sino que ese acto sea valorado por la sociedad como dañoso.

Para el finalismo, la antijuridicidad es un juicio de valor objetivo porque se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el orden jurídico.

El tipo es mixto, esto es contiene una parte objetiva dada por los elementos de la descripción legal y subjetiva, esto es el

2 Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 379/380

dolo de la acción. Este tipo será antijurídico salvo que opere una norma permisiva.

Por último, el funcionalismo moderado sostiene que la antijuricidad es el ámbito de las soluciones sociales de los conflictos, el campo en el que chocan los intereses individuales opuestos, o las exigencias sociales con las necesidades del individuo. Se trata siempre de la regulación de intereses contradictorios en que se enfrentan diariamente los intereses de los individuos entre sí o de los individuos y la sociedad.

2.2. Unidad de la antijuridicidad

La doctrina mayoritaria afirma que el juicio de antijuricidad es un juicio unitario que hace referencia a todo el orden jurídico. Ello significa que cuando una conducta es considerada lícita en un ámbito del derecho (civil, penal, administrativo), no puede ser considerada ilícita en otro. Para quienes sostienen que la antijuridicidad es una oposición del hecho con todo el ordenamiento jurídico no existe una especial antijuridicidad penal.[3]

Se razona que la determinación de la antijuridicidad mediante el principio regla-excepción (la regla es la antijuridicidad y la excepción es la concurrencia de una causa de justificación), no conduce a la existencia de una especial antijuridicidad penal diversa de la antijuridicidad que integra todo el orden jurídico, ya que si bien el tipo penal es una selección de hechos que por su dañosidad social el legislador declara dignos de pena, esa selección no los excluye del sometimiento al juicio unitario de todo el orden jurídico positivo (unidad de antijuridicidad).

Se postula que esta unidad resulta necesaria en aras de la armonía del orden jurídico a los fines de excluir toda posible contradicción; contradicción que podría presentarse si una conducta es considerada lícita por una rama del derecho, e ilícita por otra.

Esta postura sostiene que si el derecho posee unidad y congruencia se debe deducir que lo ilícito en algún sector del derecho lo será para todo el ámbito del derecho. De este modo,

3 Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Felix González- Lerner Córdoba 1999 – pág.157/159

la ilicitud surgida en cualquier área del derecho (civil, penal, comercial, etc.), trasciende a todos los restantes. Sin embargo, ello no significa que todo hecho ilícito sea castigado por todas las ramas del ordenamiento jurídico.

Así, cuando se produce un robo o un homicidio, el hecho trasciende de la esfera civil hacia el derecho penal, pero esa trascendencia de la esfera penal a la civil exige mayores precisiones. Ej. Cuando se produce un daño como consecuencia de un choque entre dos vehículos, generalmente la colisión es el resultado de una conducción imprudencia de alguno de los automovilistas, y de este modo nos encontramos frente a un hecho antijurídico.

De acuerdo a lo planteado, el ejemplo nos llevaría a concluir que la ilicitud del hecho se extiende a todo el orden jurídico. Sin embargo, ese hecho, que como dijimos es un hecho antijurídico, no genera consecuencias penales. Ello es así, porque en el derecho penal se exige la tipicidad, y el delito de daño no se encuentra tipificado en forma culposa en nuestro código penal, que sólo lo prevé en forma dolosa (art. 183). Por lo tanto, si aplicamos una pena a quien embiste a otro vehículo en forma imprudente, estaríamos violando el principio de legalidad previsto en el art. 18 CN. De todos modos, la calidad de ilícito del hecho subsiste, aunque el derecho penal no imponga sus graves sanciones. Podrá asignársele un reproche del derecho civil.

La categoría de la antijuridicidad penal exige una ilicitud típica, es decir que el hecho, además de ser ilícito, debe encontrarse receptado en el código penal. No todo lo ilícito es delictivo, pero todo lo delictivo es ilícito.

Esto conduce a esta postura a sostener que entre tipo y antijuridicidad existe independencia, puede existir antijuridicidad sin tipo y puede existir tipo sin antijuridicidad (cuando concurre una causa de justificación).

2.3. Clasificaciones[4]

2.3.1. Antijuridicidad general y antijuridicidad penal

La antijuridicidad penal, a diferencia de la general, no se refiere a toda conducta humana, sino sólo a aquella que previamente ha sido calificada como típica. A ello se suma que la antijuridicidad penal tiene la misión de verificar si cabe excluir el contenido de injusto que el tipo ha establecido inicialmente. En ambos casos hay un plano valorativo, en el tipo predomina los intereses de la víctima mientras en la antijuridicidad predominan los intereses del autor. Son ejemplos de exclusión de la antijuridicidad penal, la superación de los límites temporales de la legítima defensa por no concurrir la actualidad del ataque. Otro, los casos en que se superan los límites del derecho de corrección de padres y educadores.

2.3.2. Antijuridicidad objetiva

Es el simple choque objetivo del hecho con el derecho, prescindiendo de todo elemento subjetivo como serían las intenciones del sujeto. Es una concepción positivista.

Este criterio aprecia el hecho en forma independiente de la voluntad del autor, la cual será analizada en la culpabilidad. Por esa sencilla razón se señala que el juicio de antijuridicidad es objetivo porque se refiere al hecho con independencia de la persona que lo ha ejecutado.

2.3.3. Antijuridicidad subjetiva

Esta postura parte de la concepción finalista, y sostiene que como el hecho está dirigido por la conducta del autor, y el núcleo de esa conducta es la acción que es una acción final, en el actuar del sujeto existe una intención.

---

4 v. Las distintas clasificaciones en: Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Feliz González- Lerner Córdoba 1999 – pág.153/155; Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 538 y sigts; Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 383 y sigts.

A partir de ello, se razona que la ilicitud es insostenible sin aportes subjetivos, y por ello la antijuridicidad subjetiva es intención contraria a la norma primaria (no matarás) dirigida al individuo. Esa intención es manifestada a través del hecho externo.

2.3.4. Antijuridicidad formal

Este criterio sostiene que sólo el derecho positivo mediante la formulación de los tipos y las reglas de las causas de justificación constituye la fuente de la antijuridicidad. Es decir, existe antijuridicidad cuando el hecho ha sido cometido contrario a la norma del tipo sea comisión u omisión, sin que concurra una causa de justificación.

2.3.5. Antijuridicidad material

Esta posición es sostenida por el normativismo, quien plantea que el derecho penal posee un contenido material ya que por medio de él se expresan valoraciones del hecho.

A partir de este pensamiento se rechaza la concepción formalista de la antijuridicidad (oposición formal del hecho con el derecho), y se la hace residir en la falta de adecuación del hecho a determinadas pautas decisorias.

Así, se vincula a la antijuridicidad a criterios valorativos, manifestando que una acción es antijurídica si no se presenta como el medio adecuado para lograr el fin reconocido como legítimo por el legislador.

Para explicar el contenido de la antijuridicidad se apeló a principios como el de no constituir el medio justo para un fin justo (Von Lizt); aquel obrar que procura a la comunidad más daño que utilidad (Sauer); concebir las normas de cultura como contenido de la norma jurídica (Maier).

Cuando esta posición define a la antijuridicidad como conducta socialmente dañosa, se está señalando que las normas protegen intereses vitales de la comunidad que se elevan a la categoría de bienes jurídicos. De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es antijurídica cuando contradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico, por lo que la acción será materialmente adecuada a derecho (aunque

afecta intereses jurídicos) si se corresponde con los fines de la vida común.

Crítica: A partir de esas premisas es fácil advertir que esta tesis encuentra la materia de la antijuridicidad en criterios ajenos al derecho positivo, en franca violación al art. 19 C.N., el cual reconoce la autonomía del sujeto frente a lo que no esté prohibido o mandado por las leyes.

De este modo, este concepto de antijuridicidad encierra graves peligros en un estado de derecho donde funcione el principio de reserva, debido a que se comienza aceptando causas supralegales de justificación, y de allí no hay más que un paso para admitir injustos supralegales en los casos en que la antijuridicidad abarque conductas que sean formalmente antijurídicas, pero que agreden los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico.

2.3.6. Síntesis

- Positivismo jurídico: La antijuridicidad es formal y objetiva
- Normativismo: la antijuridicidad es material y objetiva
- Finalismo: la antijuridicidad es formal y subjetiva

2.4. Las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad

La opinión dominante considera que la tipicidad y la antijuridicidad son dos planos de análisis diferentes que no deben mezclarse, ya que constituyen dos momentos valorativos distintos.

Se razona que la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad porque la comprobación de la tipicidad no implica todavía la antijuridicidad del hecho, el cual puede encontrarse justificado, en cuyo caso, el hecho será típico, pero no será antijurídico debido a que la tipicidad se determina con independencia de la antijuridicidad.

Es este uno de los aspectos de la teoría del delito en que positivistas y finalistas están de acuerdo. Así, el positivismo sostiene un tipo valorativamente neutro con relación a la antijuridicidad, concluyente que aquél tiene un carácter puramente descriptivo

y es sólo indicio de la antijurídica; mientras que el finalismo argumenta que, si el autor realizó en forma objetiva y subjetiva el hecho típico, ha actuado en forma antinormativa. Esa tipicidad y la consiguiente antinormatividad, es un indicio de antijuridicidad del hecho.

Sin embargo, y a pesar de la independencia existente entre tipo y antijuridicidad, su relación es muy estrecha porque excepcionalmente un hecho típico no es antijurídico, y es por ello que se afirma que el tipo es indicio de antijuridicidad.[5]

2.5. Límites del efecto indiciario de la tipicidad

Si bien la doctrina mayoritaria sostiene que la tipicidad es indicio de la antijuridicidad, existen básicamente dos situaciones en las que la conducta atrapada por un tipo penal no es todavía indicio de que la misma sea antijurídica.

La primera de estas situaciones es la aplicación del criterio de la adecuación social. Se afirma que un hecho atrapado formalmente por un tipo penal no es típico si el comportamiento es socialmente adecuado. El fundamento de esta postura radica en que para que un comportamiento sea típico debe caer fuera del orden social debido a que esa conducta es un peligro jurídicamente desaprobado. Así, la tipicidad no es sólo formal, sino que tiene un contenido: su contrariedad al orden social.

Uno de los ejemplos usados para ilustrar la adecuación social, es aquel en que una persona envía a su tío en un viaje en avión con la esperanza que se produzca un accidente para de este modo heredar su fortuna. Respecto a este ejemplo, se dice que enviar a una persona en un viaje en avión es una conducta socialmente adecuada que no puede ser atrapada por el tipo del homicidio. Modernamente, la doctrina considera que este tipo de compor-

---

5 Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 379 y sigts; Jorge De La Rúa Aída Tarditti Derecho Penal Parte General 1 Hammurabi José Luis Depalma editor. 2014 – pág. 538 y sigts; Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 383 y sigts. Ricardo C. Nuñez, "Manual de Derecho Penal Parte General" 4ta ed. Actualizada por Roberto Spinka y Feliz González-Lerner Córdoba 1999 – pág.153

tamiento no supera el análisis de la imputación objetiva, porque el hecho no supera el riesgo permitido, salvo que se tengan conocimientos especiales, como, por ejemplo, saber que en el avión se colocó una bomba.

El otro supuesto en que se percibe un límite al efecto indiciario de la tipicidad es el de los tipos abiertos, que son aquellos que no describen suficientemente la conducta prohibida, debiendo ser completados para su aplicación por el juez.

El clásico ejemplo lo brinda el delito de coacción descripto por el segundo párrafo del art. 149 bis del C.P. Amenazar a alguien para que haga algo no es por sí solo un comportamiento que caiga fuera del orden social. Así, quien amenaza a sus compañeros con no concurrir a una partida de naipes si no comienzan a una hora más tarde de lo programado, no coacciona a pesar su adecuación formal a la conducta descripta por el tipo. Ello es así, por la falta de reprochabilidad de la amenaza con relación al fin perseguido. Distinta sería la situación si quien quiere retrasar la partida de naipes amenaza con poner una bomba en caso que se acepte su pretensión, porque en este caso, el uso de la amenaza implica el anuncio de un daño de carácter ilegítimo, idóneo y futuro, mientras que en el primer caso no se dan esas características.

2.6. El tipo de injusto. La teoría de los elementos negativos del tipo[6]

Como contrapartida a la postura que sostiene que la tipicidad es indicio de la antijuridicidad nació la teoría de los elementos negativos del tipo. Esta teoría afirma que la tipicidad y la antijuridicidad no constituyen dos momentos valorativos diferentes, y por ello, tampoco dos diversos planos de análisis, por lo que resultaría lógico reunirlos en una misma categoría, incluyendo en el tipo los presupuestos de las causas de justificación.

En este orden de ideas, se postula que las circunstancias de una causa de justificación forman parte del tipo penal como elemento negativo del tipo. Así, el tipo penal está compuesto

6 Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 388

por elementos positivos (la acción de matar a otro, el resultado muerte y la imputación objetiva del resultado) y elementos negativos (circunstancias de la legítima defensa).

Como consecuencia de este razonamiento la tipicidad es antijuridicidad tipificada, cuya comprobación requiere que se verifique la concurrencia de los elementos positivos, y la ausencia de los elementos negativos. De esta forma, una conducta justificada no es típica, y de allí su nombre de "tipo total de injusto".

Mientras la doctrina tradicional construye la teoría del delito a partir de tres categorías: tipo, antijuridicidad y culpabilidad; la teoría de los elementos negativos del tipo estima que la teoría consta de dos partes: un tipo total de injusto y culpabilidad.

TIPICIDAD = TIPO DE INJUSTO (compuesto)

Acción
Causas de Justificación

ELEMENTOS POSITIVOS + ELEMENTOS NEGATIVOS
(descripción del tipo) + (causas de justificación)
Hipótesis:
Descripción del tipo <u>EXCLUÍDO</u> por una causa de justificación
Resultado = acción típica jurídica
Descripción del tipo <u>NO EXCLUÍDO</u> por una causa de justificación
Resultado = acción típica antijurídica

El tipo total de injusto consta de dos momentos, lo que no significa dos estratos diferentes, sino todo lo contrario. El primer momento corresponde a la parte positiva: Concurrencia de los elementos que configuran la conducta típica (la acción de matar a otro en el homicidio, el apoderamiento en el hurto, etc.); mientras que el segundo momento corresponde a la parte negativa: ausencia de causa de justificación. En nuestro ejemplo,

que no se haya matado en legítima defensa, ni se haya hurtado en estado de necesidad.

Corolario de la teoría de los elementos negativos del tipo sería el siguiente: Si bien las causas de justificación se encuentran en la parte general por razones de técnica legislativa, el tipo del homicidio previsto por el art. 79 C.P. habría que leerlo del siguiente modo: Se aplicará prisión de 8 a 25 años al que matare a otro, salvo que obre en legítima defensa.

La doctrina mayoritaria critica afirmando que lo prohibido es dar muerte a una persona, y que la legítima defensa no anula la prohibición sino la antijuridicidad de la conducta típica. Si como producto de una causa de justificación anulamos la tipicidad, desaparecerían las diferencias esenciales de valor entre lo permitido (matar a una persona en legítima defensa) y lo jurídicamente irrelevante (matar a un insecto).

Esta es la crítica más fuerte que se le realiza a la teoría, porque si la misma es consecuencia con sus postulados, sería lo mismo matar a un insecto o a un hombre en legítima defensa, puesto que en ambos casos la conducta sería atípica.

Sin embargo, la verdadera distinción radica en que matar a un insecto es una facultad otorgada por la segunda parte del art. 19 C.N.; facultad que puede utilizarse en cualquier circunstancia, y, por ende, la conducta de matar a un mosquito se encuentra excluida del ámbito de la tipicidad, y dentro de lo que denomina un obrar irrelevante. En tanto, matar a un hombre en legítima defensa es un permiso que puede utilizarse en situaciones específicas, por lo que nos encontraríamos frente a un obrar lícito.

2.7. La teoría del injusto personal[7]

Desvalor de resultado = lesión o peligro B.J.P.

Desvalor de acción = acción desaprobada por el orden jurídico

Partiendo de las críticas que el finalismo realizó al concepto causal de acción, comenzó a distinguirse entre lesión o puesta

7 Fabián Balcarce en Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h). Advocatus 2002 pág 3392/393.

en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) y la acción desaprobada por el orden jurídico (desvalor de acción)

En este orden, se razona que lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligado en su contenido de la persona del autor (como sostenían los positivistas), sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado.

Sin duda que en la mayor parte de los delitos es esencial una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sin embargo, ello sólo constituye un momento parcial de la acción antijurídica, pero nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (desvalor de resultado) tiene relevancia en el derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción).

Y ello es así, porque el desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción. Ej. Tentativa inidónea o delito imposible previsto en el art. 44 última parte C.P.; Realizar un aborto sobre una mujer no embarazada.

El fin que el autor le asignó al hecho, la actitud con que lo cometió, y los deberes que lo obligan a respetar el bien jurídico, determinan lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es «injusto personal». Por ello, lo injusto de un mismo hecho puede tener diversa gravedad para los diferentes concurrentes, como ocurre en participación criminal.

Como corolario de esta postura se elaboró el concepto personal de lo injusto: la acción es antijurídica como obra de un autor determinado. Ese autor le asignó una finalidad a su hecho, y esa finalidad es ilícita, por ello, lo injusto es injusto personal. Así, la tipicidad de un hurto no se agotará en el desapoderamiento de una cosa ajena como sostiene el positivismo, sino que se deberá establece que el autor quiso realizar la acción (desvalor de resultado y desvalor de acción).

De esta manera, la antijuridicidad dejó de tener únicamente un carácter objetivo, porque su exclusión no dependía ya sólo de la concurrencia de elementos objetivos de las causas de justificación (valor de resultado), sino también de la concurrencia del elemento subjetivo de la justificación (valor de acción).

Estado de necesidad

1. Concepto

Estado de necesidad es aquel en el que se encuentra quien: « causare un mal a un bien ajeno, por evitar otro mayor inminente a un bien propio o ajeno al que ha sido extraño» (art. 34 inc. 3 del C.P.).

2. Fundamento y clases

Para fundamentar esta eximente la doctrina discute si el estado de necesidad supone o no que los intereses en juego sean desiguales o equivalentes. Dichas posiciones se pueden encuadrar entre:

- Teorías diferenciadoras: según las cuales un conflicto entre bienes o intereses desiguales se enmarca entre las causas de justificación (eliminando de esta manera la antijuridicidad), y en el caso contrario, es decir si estos conflictos de intereses son equivalentes, se ubica dentro de las causas de exculpación (excluyente de la culpabilidad).[8]

- Teorías unificadoras, pretende abarcar todos los casos de estado de necesidad, siendo indiferente que el bien ó interés en conflicto sea mayor o menor.[9]

8 De la Rúa Jorge y otro. Derecho Penal, Parte General 2. Ed. Hammurabi, 2014.
9 Lascano, Carlos Julio (h) "Derecho Penal – Parte General, Libro de estudio", 1° edición, reimpresión, Ed. Advocatus.

Núñez (1999) por su parte, encuentra el fundamento de este instituto en el principio del interés preponderante, es decir la mayor cuantía-valor de un bien protegido por el ordenamiento jurídico (causa objetiva de justificación).[10]

Este autor lo ubica dentro de las causas de justificación, considerando a estas como un permiso para cometer en determinadas circunstancias un hecho penal típico.

3. Requisitos[11]

A partir de la definición dada, es necesario analizar cada uno de los requisitos que la conforman para comprender qué evaluará el juez al momento de determinar si un hecho fue realizado -o no- en estado de necesidad, y en el caso que así sea, no imponerle pena.

3.1. Elementos objetivos

a. Mal causado: cuando se habla de mal, se hace alusión al daño o puesta en peligro de un interés ó de un bien, propio o ajeno. Tal conducta debe estar tipificada en el código penal, ya sea que se realice con dolo o culpa.

Por ejemplo, si jugando a la pelota una persona daña un vidrio o espejo de un auto ajeno, en principio estaría realizando una conducta típica, es decir prevista en el código penal por más que sea sin querer. Ahora bien, si la rotura de ese vidrio se realizó para retirar a un bebé que la madre ó padre se dejó olvidado al rayo del sol en pleno verano y lleva varias horas allí, encontrándose en peligro su vida, ese daño ocasionado al vehículo, encuadra en una conducta típica – prevista para el delito de daño– , pero no es antijurídica, atento a que la ley le permite al sujeto cometer ese daño menor, para evitar un daño mayor – la muerte del bebé–.

---

10 Núñez, Ricardo C., "Manual de Derecho Penal – Parte General 4° edición actualizada por Roberto Spinka y Félix González", Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba Año 1999.

11 Lascano, Carlos Julio (h) "Derecho Penal – Parte General, Libro de estudio", 1° edición, reimpresión, Ed. Advocatus.

b. Mal evitado: hace referencia al peligro que se pretende evitar y puede ser para proteger intereses ajenos o propios. Aquí se deben tener en cuenta dos requisitos: la entidad, o sea, que el mal evitado sea mayor y que el ordenamiento jurídico le reconozca esa mayor apreciación, y la oportunidad, es decir que el mal sea inminente, próximo a ocurrir, no es suficiente una mera posibilidad ya que sería anticipada, ni tampoco posterior.

Volviendo al ejemplo anterior y en relación a la entidad, la vida del bebé tiene mayor valor para el ordenamiento jurídico que el daño que se le pueda causar a un bien material, en este caso un vidrio del rodado. En cuanto a la oportunidad, si los padres no están próximos al vehículo, persiste esa situación y el calor está por descompensar al niño, el mal se considera inminente, próximo a suceder.

3.2. Elementos subjetivos:

a. Finalidad: evitar otro daño mayor. Esto quiere decir que el sujeto que lleva a cabo esta acción, debe hacerla con el fin exclusivo de impedir el mal mayor. No constituye estado de necesidad, si su acción no fue realizada con ese motivo.

Retomando el ejemplo anterior, si el que realiza un mal (rotura de la ventanilla del vehículo) lo hace para sustraer un estéreo, y como consecuencia de ello, comienza a bajar la temperatura en el coche por el ingreso del aire, oxigenando de este modo al bebé e impidiendo que se descompense, no actúa en estado de necesidad, atento a que el fin era cometer un delito, no evitar un mal mayor.

A. Que el autor sea extraño, lo que implica que no haya participado en la producción del daño mayor.

B. Que no esté obligado a soportarlo, esto es, teniendo en cuenta su profesión o posición de garante.

4. Clases: estado de necesidad justificante y disculpante

El primero de ellos es el que se desarrolló en el punto anterior (cuando existe una supremacía entre el daño evitado y el causado).

4.1. Conflicto de bienes iguales. Estado de necesidad disculpante[12].

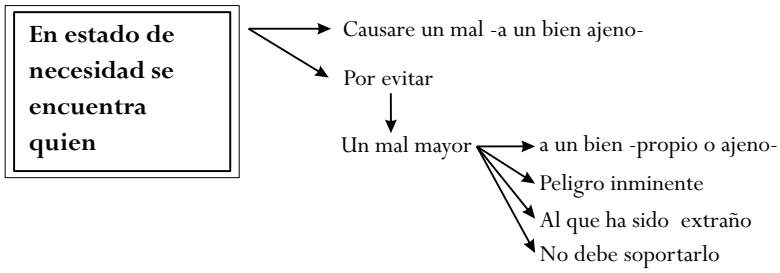
Cuando ante determinada situación se ponderan los intereses en juego y se advierte igual valor relativo, se hace muy difícil determinar cuál es de mayor valía, por lo que existe un conflicto de bienes iguales o equivalentes.

No es el típico caso de estado de necesidad en el que hay ponderación de un bien, pese a su denominación y a que la consecuencia es la misma –la no aplicación de pena–.

Aquí el sujeto, al estar obligado a elegir entre bienes iguales (ya no entre realizar un mal menor para evitar otro mayor) se encuentra coaccionado. Esta situación está prevista en el art. 34 inc. 2 C.P., y se lo denomina estado de necesidad disculpante.

Un ejemplo de ello, puede ser el padre que se encuentra ante una situación límite y tiene que elegir entre salvar un hijo u otro. Ambas vidas tienen el mismo valor, por lo que en esas circunstancias ningún padre tendría libertad de elección.

5. A modo de síntesis



12 Lascano, Carlos Julio (h) "Derecho Penal – Parte General, Libro de estudio", 1° edición, reimpresión, Ed. Advocatus.

6. Proyecto de reforma del Código Penal. Tratamiento

El proyecto de reforma tiene una redacción similar –no idéntica–: prevé las mismas condiciones que la letra actual.

Por ejemplo contempla: la realización de un daño para evitar otro mayor; la existencia de un peligro inminente y extrañez por parte del sujeto que lo lleva a cabo.

Asimismo, incorpora: la necesidad y adecuación del hecho para apartar el peligro, como así también que el autor no estuviese jurídicamente obligado a afrontarlo (art. 34 inc. 3 del Proyecto de reforma).

Sin pretender profundizar en el análisis de este artículo, se puede apreciar que se incorporan a la reglamentación varios de los requisitos tratados y analizados ya por la doctrina y jurisprudencia, plasmándolos ahora en la legislación, pero conservando en líneas generales las características de la norma vigente a la fecha.

La Teoría General del Delito

Esta teoría se compone de la concurrencia de elementos también denominados categorías, con la característica que sí el elemento procede el razonamiento sigue con el análisis del siguiente y así sucesivamente hasta finalizar. En caso que cualquiera de las categorías no concurra, el razonamiento queda interrumpido y no se pasa al siguiente, con lo cual no habrá delito. En consecuencia, para que haya un delito es necesario la concurrencia de todos estos elementos, si uno de ellos falta, deja trunco el razonamiento y por lo tanto no hay delito.

ASPECTO POSITIVO	CATEGORÍA	ASPECTO NEGATIVO
Ejercicio de actividad	ACCIÓN / OMISIÓN OMISIÓN IMPROPIA	Causas de exclusión De la acción
Adecuación Típica	TIPICIDAD	Atipicidad Error de Tipo
Actuación contraria A derecho	ANTIJURIDICIDAD	Causas de Justificación
Imputabilidad y conocimiento de la Antijuridicidad	CULPABILIDAD	Causas de Inimputabilidad
Aplicación de la pena	PUNIBILIDAD	Excusas Absolutorias Condición Objetiva Punibilidad

CONSECUENCIA JURIDICA

Referencias bibliográficas

Anitua, G. (2004) *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto.

Arocena, G.A; Balcarce, F.I y Cesano, J.D (2015) *Derecho penal y neurociencias*, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.

Bacigalupo, E. (1996) *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

Bacigalupo, E. (1998) *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis.

Baigún D. (1996) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema de la doble imputación*. Buenos Aires: Dpto. de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Balcarce F. (2002) *Derecho Penal Parte General, director Carlos J. Lascano (h)*. Córdoba: Advocatus.

Bauman, Z. (2003) *Modernidad Liquida.* Argentina: Fondo de Cultura Económica.

Beling, E. (1944) *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo.* Buenos Aires: Depalma.

Bernal del Castillo, J. (2011). *Derecho Penal Comparado. La definición de delito en los sistemas anglosajón y continental.* Barcelona: Atelier.

Berner, A.F (1857) *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* p. 138 y ss., sobre "La teoría sistemática del derecho penal"

Cancio Meliá, M. (1998) *Los orígenes de la teoría de la adecuación social*. Colombia: Universidad de Externado.

Cardenal Motraveta, S. (2002) *El tipo penal en Beling y los Neokantianos*. Barcelona: Universitat de Barcelona.

Creus, C. (1992) *Derecho Penal. Parte General 3º ed*. Buenos Aires: Astrea.

De la Rua J. y Tarditti A. (2014) *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.

Diez de Velazco Vallejo, M. (1997) *Instituciones de Derecho Internacional Público, 11º Ed.* Madrid, España: Tecnos.

Fierro, G. (1977) *La ley penal y el derecho internacional*. Buenos Aires: Depalma.

Fontan Balestra, C. (1998) *Derecho Penal. Introducción y Parte General.* Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Frank, R. (2002). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad.* Buenos Aires: B de F.

Gelli, M. A. (2004) *Constitución de la Nación Argentina –Comentada y concordada-, 2ª Ed. ampliada y actualizada*. Buenos Aires: La Ley.

Gómez Pavajeau, C.A (enero-junio de 2010). La impronta genética de Ihering en la dogmática penal. *Revista de Derecho Penal y Criminología.* XXXI.

Hassemer, W. (1984) *Fundamentos de Derecho Penal.* Barcelona: Bosch.

Jakobs, G. (1995) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo*. Madrid, España: Marcial Pons.

Jakobs, G. (1997) *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid, España.

Jakobs, G. (2001) *La imputación objetiva en Derecho penal, traducción de Cancio Meliá*. Lima, Perú: Grijley.

Jiménez de Asúa, L. (1945) *La Ley y el delito.* Buenos Aires: Andrés Bello.

Kramer, H. y Sprenger, J. (2016) *Malleus Meleficarum* ó *El martillo de los brujos: el libro infame de la Inquisición*. Barcelona, España: Universitas.

Lascano (h), C. (2002) *Derecho Penal Parte General*. Córdoba: Advocatus.

Lascano (h), C. (2005) *Derecho Penal Parte General*. Córdoba: Advocatus.

Mir Puig, S. (1998) *Derecho Penal Parte General, 5 edición.* Barcelona: Tecfoto.

Mir Puig, S. (2000) *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*. *Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Lerner.

Mir Puig, S. (2011) Bases Constitucionales del Derecho Penal. Madrid, España: Iustel.

Negretto, G. *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*. Buenos Aires: Abaco.

Nuñez, R. (1984) *Tendencias de la Doctrina Penal Argentina. Opúsculos de Derecho Penal y Criminología Nro. 1*. Córdoba: Lerner.

Núñez, R. (1999) *Manual de Derecho Penal Parte General*, *4 ed. actualizada por Roberto Spinka y Félix González*. Córdoba: Lerner.

Núñez, R. (2009) *Manual de Derecho Penal Parte General*, *5 ed.* Córdoba: Lerner.

Núñez, R. C (1960) *Tratado de Derecho Penal Argentino Parte General II*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

Nuñez, R. *Derecho penal argentino. Parte General, Tº 1*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica*. Guatemala: Datascan S.A.

Piñero, J. R. (2002) *Derecho Penal Parte General – director Carlos J. Lascano (h)*. Córdoba: Advocatus.

Prado, C. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas —Aspectos procesales, a propósito de la Ley 27.401—". Recuperado de: http://www.saij.gob.ar/carolina-prado-responsabilidad-penal-personas-juridicas (SAIJ: DACF190099)

Riquert M. A. (1999) *Cuestiones de Derecho Penal y Procesal Penal Tributario*. Buenos Aires: Ediar.

Roxin, C. (1979) *Teoría del tipo penal*. Buenos Aires: Depalma.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal: parte general. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito (Vol. I). Madrid: Civitas.

Roxin, C. (2012) *El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania"Indret: Revista para el análisis del Derecho (4)*

Roxin, C. (2014). Derecho Penal Parte General. Madrid: Civitas, pp. 210 y ss

Rusconi, M. A. *Persona Jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación? Pub. En AAVV,"El derecho Penal Hoy. Homenaje al Prof. David Baigún*. Buenos Aires: Del Puerto.

Sancinetti, M. (1998) *Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Schünemann, B. (1998) *Consideraciones sobre la imputación objetiva en Teorías actuales en Derecho Penal, 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Serrano-Piedecasas, J. R. (2001). *El conocimiento científico en Derecho Penal.* En L.A Arroyo Zapatero, & I. Berdugo, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos:"In memoriam"* (Vol. I, págs.659-698). España: Universidad Castilla de La Mancha – Universidad de Salamanca.

Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: J M Bosch.

Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Buenos Aires: BdeF.

Soler, S. (1978) *Derecho Penal argentino.* Buenos Aires.

Soler, S. (1983) *Derecho Penal argentino.* Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Soler, S. (1992) *Derecho Penal argentino. Actualizado por Guillermo Fierro.* Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Stratenwerth, G. (2008) *Derecho Penal Parte General. El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi.

Suarez, M. (2007) *Teoría de la Ley Penal*. Recuperado de http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48113-teoria-ley-penal.

Welzel (1962) *Más allá del pensamiento natural y del positivismo jurídico*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

Welzel (1970) *Derecho Penal alemán, Parte General 11 ed. Trad. Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Welzel (2001) *El nuevo sistema del derecho Penal, traducción y notas José Cerezo Mir*. Montevideo: B de F.

Zaffaroni E., Alagia A. y Slokar A. (2005) *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zaffaroni, R. E (1998) *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia* en Teorías Actuales en el Derecho Penal. Ad Hoc: Buenos Aires.

e-book

Colección PASATEXTOS

Lecciones de Derecho Penal I

Carlos Ochoa, Jael Arias Shocrón,
Agustín Tenaglia y María Virginia Marini

La presente publicación se encuentra destinada a constituir un material complementario a la bibliografía general de la cátedra Derecho Penal I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Río Cuarto, sin perjuicio del abordaje de los autores y obras indicados en el programa de la asignatura. Con esta finalidad, los integrantes de esta cátedra han analizado diversos temas que resultan de interés en la formación de los alumnos. Por este motivo, contiene conceptos esenciales tanto para el estudio del derecho penal como para el análisis del Código Penal.

Conformado por cinco capítulos, se abordan temáticas tales como el desarrollo, la historia y la teoría del pensamiento penal; el hecho —o la acción, en un sentido más amplio—; el tipo delictivo, sus generalidades, sus clasificaciones y sus relaciones, y, además, la antijuricidad, entre otras relacionadas con las mencionadas.

ISBN 978-987-688-475-4

UniRío editora
Secretaría Académica

Universidad Nacional de Río Cuarto
50 Años