

UNIDAD 1

1) Coerción Penal, prevención general y especial.

La coerción penal como medio para proveer la seguridad jurídica tiene dos aspectos:

- a) Objetivo: se encarga de la protección de los bienes jurídicos, asegura la coexistencia.
- b) Subjetivo: seguridad jurídica funciona como alarma social, prevención general, para que no se vuelva a delinquir.

Los delitos tienen múltiples consecuencias jurídicas, pero la única consecuencia penal, la pena. Un robo da lugar a la pena Art. 164 C.P. y a una reparación Art. 1077 C.C. pero la única consecuencia penal es la primera. La pena es la manifestación de la coerción penal, si hablamos de coerción penal **Structu sensu** – la acción de reprimir que el derecho penal ejerce sobre individuos que cometen delitos (material) y cuando hablamos de coerción penal **Lato sensu** – (formal) se ocupa de todas las medidas que dispone la ley penal prevista en el código, incluso en aquella en que no hay exteriorización o materialización de delito. Ej.: medidas administrativas o de las consecuencias del delito que no pertenece al ámbito penal ej.: reparación de perjuicio.

La coerción penal se distingue del resto de la coerción jurídica porque :

- Procura la prevención especial
- Procura la reparación extraordinaria.

El objeto de la pena:

la pena tiene el objetivo que le da la ley penal- proveer la seguridad jurídica, para la prevención de futuras conductas delictivas .

La prevención puede ser general o especial.

Se afirma que la prevención de futuras conductas delictivas puede lograrse mediante la prevención general o la prevención especial.

Prevención general: retribución ejemplarizante que se dirige a todo los integrantes de la comunidad jurídica. (Sanción retributiva, reparadora ordinaria fuera del ámbito penal). Así el orden jurídico cumple una función educadora y formadora de la ciudadanía, pero esta prevención general a veces es insuficiente y afecta a la seguridad jurídica, cuando se producen conductas antijurídicas y además de las sanciones retributivas se debe aplicar una pena, y que esta va a ser una prevención especial porque con la retribución no estaríamos satisfechos.

Para otros la prevención debe ser especial procurando accionar con la pena sobre el autor, para que aprenda a convivir sin realizar acciones que impidan o perturben la existencia ajena.

La prevención no puede ser rígida porque debe resolver distintos conflictos. Debe permitir una pluralidad de soluciones que se adecuen al conflicto exteriorizado en la criminalización, en un estado en que la prevención es un medio para proveer la seguridad jurídica; el límite de la prevención lo impone el mismo sentido de seguridad jurídica y va regularlo en la ley penal(Art. 41 C.P.P).

Prevención especial respecto al sujeto pasivo:

Nuestro derecho penal tiende a hacer muy poco por la víctima.

Cuando un sujeto sufre una lesión el Estado se preocupa de sancionar al autor, pero se olvida casi por completo del sujeto pasivo, el que debe reclamar su reparación por vía civil, dentro o fuera del proceso penal y, en el mejor de los casos detenerla cuando el autor sea solvente.

En nuestro país con la vigencia de la ley 24.316 la APROBATIO en donde se le da más importancia a la víctima Art. 76 bis 3° párrafo, trata de que repare el delito con penas no mayores de tres años. La APROBATIO suspende la pena pero realiza una actividad comunitaria.

2) Derecho penal de autor y de acto.

DERECHO PENAL DE AUTOR: es aquel que no probare el acto en sí mismo, sino el acto como manifestación externa de una forma de ser del autor y sería delictivo lo prohibido, reprochable, peligroso, sería la personalidad Ej.: no se condena tanto el homicidio como, el ser homicida, la violación como el ser delincuente sexual, etc.

No todo derecho penal de autor es derecho penal de peligrosidad sino que hay un concepción que es el derecho penal de culpabilidad y ésta parte de la base en que la personalidad inclinada al delito genera conductas, que en un momento fueron elegidas libremente y pretende que lo que se le reproche al autor no sea el acto, sino la personalidad que ese acto revela del individuo.

Todo derecho penal de personalidad, de derecho penal de autor y el derecho penal de culpabilidad puede ser de autor y de acto, jamás se puede pensar el ser de una persona sino en su hacer y no se puede penar a una persona por ser lo que eligió ser, sin que esto viole su determinación lo cual está garantizado en el Art. 19 C.N. ya que el derecho es un orden regulador de conductas humanas.

UNIDAD 2

3) Principio de legalidad y reserva.

El derecho penal es una rama del derecho público privado. En el derecho público el Estado tiene importancia; en el privado se regulan la relaciones entre los particulares y el Estado es un mediador, en cambio, en el derecho penal, derecho público, el Estado forma parte activa a través del juez imponiendo sanciones. Como tal debe compararse con el derecho madre (el derecho constitucional), que es el que organiza los poderes del estado y la relación del estado con los particulares.

Los principios de legalidad y de reserva se deben a que el derecho penal es una rama del derecho público y sus normas deben encuadrarse a los principios de la Constitución.

Estos dos principios los ubicamos en los Arts. 18 y 19 C.N. uno de los cuales prohíbe que haya penados sin juicio previo, esto se debe a la irretroactividad de la ley.

Principio de reserva: art. 19 C.N. la segunda parte es quizás más importante que la reserva. "Nadie puede estar obligado a hacer lo que la ley no mande..." es un principio que va a gobernar todo el derecho, y tiene relación con el tema de que en el derecho penal no hay lagunas, ya que lo que no está prohibido está permitido y esto se emparenta con la proscripción de la analogía. La analogía está proscripta porque el art. 19 la prohíbe.

Principio de legalidad: establece la irretroactividad, tiene una excepción en el art. 2 C.P.: "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 art., los efectos de la nueva ley se operarán de nuevo derecho. Esto tiene relación con el ámbito de validez de la ley penal".

4) Fuente de producción y de cognición.

La fuente de producción es de donde nace la ley, el ente del cual surge, de donde se produce: en nuestro país del poder Legislativo

Las fuentes de conocimientos son aquellas que permiten al juez, al intérprete, conocer el Derecho Penal, o el derecho en general. Dentro de estas fuentes de conocimientos la más importante es la ley Penal.

5) Ley penal en el tiempo. Principio general y excepcional. Concepto. Tiempo de comisión del delito.

Principio general y la excepción: La garantía de legalidad (Art. 18 C.N.) tiene el claro sentido de impedir que alguien sea penado por un hecho que, al tiempo de comisión, no era delito, o de impedir que a quien comete un delito se le aplique una pena más gravosa que la legalmente prevista al tiempo de la comisión. Puesto que esto es el objeto de la proscripción de la ley penal "ex – post facto", el principio general de irretroactividad de la ley penal reconoce una importante excepción (Art. 2 C.P.) consistente en la admisión del efecto retroactivo de la ley penal más benigna.

El tiempo de comisión del delito: Los límites temporales máximos que se toman en cuenta en el Art. 2 C.P. para determinar cual es la ley más benigna y, en consecuencia, aplicarla, son el de la comisión del hecho y el de la extinción de la condena.

Por duración de la condena entendemos que debe abarcarse cualquier tiempo en que persista algún efecto de la sentencia condenatoria.

Por tiempo de comisión del hecho se entiende al tiempo en que se realice la conducta y, en los casos en que la conducta puede excindirse el resultado. El tiempo de comisión es el de hacerse el voluntario.

La conducta tiene generalmente un momento inicial y un momento terminal. Ej.: un sujeto mata a otro con 10 dosis de veneno dadas en días sucesivos. La doctrina coincide en que el momento de la comisión es el del comienzo de la actividad voluntaria.

El Art. 2 C.P. no obliga a aplicar la ley más benigna de las que rigen desde que comienza la comisión, sino de las que rigen desde la comisión. Queda librado a la interpretación averiguar si se debe contar desde que comienza la comisión o desde que acaba. Por nuestra parte creemos que es desde que acaba.

La interpretación contraria nota también el principio de igualdad ante la ley (Art. 16 C.N.). Si dos individuos cometen el mismo hecho en el mismo tiempo y en el mismo lugar, es contrario este principio tratar más benignamente a uno porque comenzó a cometerlo antes que el otro.

Las leyes desincriminatorias anómalas: Leyes de Amnistía:

Una ley de Amnistía es una ley que desincrimina el delito, no es una ley desincriminatoria común, sino anómala, puesto que se trata de una desincriminación temporaria.

Debe ser una ley dictada por el congreso puesto que solo puede desincriminar una conducta quien tiene la facultad de incriminarla.

Las amnistías deben ser *generales*, lo que significa que deben tener carácter impersonal. Una ley puede amnistiar por ej., todos los delitos contra la propiedad cometidos entre determinadas fechas.

No pueden amnistiarse delitos que la Nación tiene el deber internacional de sancionar, como el genocidio.

Tratándose de una ley desincriminatoria pueden dictarse antes o durante el proceso, o bien, después de la condena. De su naturaleza de ley desincriminatoria se deducen sus efectos:

- a) Extingue la acción penal
- b) Cuando media condena; la hará cesar la condena y todos sus efectos con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares ya que no afecta la responsabilidad civil.
- c) La amnistía no puede ser rechazada por el beneficio puesto que los beneficios de una ley desincriminatoria se operan de pleno derecho.
- d) La condena por delito amnistiado no puede tenerse en cuenta a los efectos de la reincidencia.
- e) La condena por delito amnistiado no impide la concesión de la condenación condicional.
- f) La amnistía del delito cometido por el autor, elimina también la tipicidad de la conducta de los cómplices e instigados.
- g) La parte de pena cumplida hasta la desincriminación lo ha sido conforme a derecho, de modo que no puede pedirse la restitución de la pena pagada.

El autor puede beneficiarse de la amnistía siempre que persista algún efecto de la condena, e incluso puede hacerlo sus herederos a condición de acreditar legítimo interés en ello.

6) Ley penal en el espacio. Sistema. ¿Cuál es el método utilizado en nuestro Código?

Ámbito espacial de la ley penal: El tema es saber en que espacio de territorio se aplica nuestra ley penal, o la ley penal de un estado determinado.

Existen 4 sistemas de atribución de éstas fórmulas:

- a) Principio de territorialidad: se enuncia diciendo que la ley del estado se aplica a todos los delitos cometidos dentro del territorio.
- b) Principio real o de defensa: se enuncia diciendo que no solo se aplica a los delitos cometidos en el territorio, sino también a aquellos que cometidos en el extranjero produzcan un efecto en el territorio.

- c) Principio de nacionalidad: establece que la ley penal aplicable a la persona que cometió el delito es el de la nacionalidad. Los países que adoptan este sistema juzgan no solo los delitos cometidos en el territorio del estado, sino aquellos cometidos fuera por nacionales.
- d) Principio universal: sostiene que se aplica la ley del estado que apresó al delincuente, sea cual fuere el lugar de comisión.

Sistema. Método: El código adopta los dos primeros sistemas, el principio de territorialidad y el real o de defensa.

Art. 1 C.P.: 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 el desempeño de su cargo.

UNIDAD 5

7) Delito. Definición. ¿Cuál es el sistema utilizado en la teoría finalista. Diferencia en el causalismo.

Delito: es una conducta típica, antijurídica y culpable.

- ◆ **CONDUCTA:** es algo o una parte de la realidad. No la crea la ley. Ocurre en la realidad. La ley penal solo la desvalora: dice que es mala y le pone una pena.
- ◆ **TIPICIDAD:** la posibilidad de adecuar esta conducta y encajarla en algunas de las descripciones que la ley penal hace en algunos de sus artículos. Tiene relación directa con el principio de legalidad: no hay delito sin ley. Por el contrario, la conducta atípica es la que no encaja en ninguna ley penal.
- ◆ **ANTI JURICIDAD:** que sea contrario al orden jurídico, que no esté permitida. Si ya mato a otro me quiere matar y lo hago para defenderme, yo he realizado una conducta (siempre que hay conducta hay voluntad) que es típica, pero no va a ser antijurídica, porque yo matando en legítima defensa no voy contra el orden jurídico, sino que hago uso de un permiso que se llama legítima defensa. Cuando ese permiso no existe, la conducta es antijurídica. Cuando la conducta es típica y antijurídica, estamos ante lo que se llama injusto penal.
- ◆ **CULPABILIDAD:** tengo la culpabilidad cuando este injusto se lo puede reprochar, imputar a una persona, cuando existe la culpabilidad estamos ante un delito: cuando hay delito la conducta es típica, antijurídica y culpable.

No siempre se puede reprochar o imputar esta conducta: supongamos que, al realizar esta conducta hubiera actuado bajo un estado de perturbación psíquico o confusión mental, congénito o adquirida, y que no se le podrá reprochar ese injusto al autor porque ese autor ni pudo comprender lo que hacía, o porque actuó con error, puede haber un error de previsión, creer que algo está prohibido y no lo está o se cree que una conducta está justificada y no lo está.

Art. 34 inc. 1 C.P.: no son punibles:

El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieron peligroso.

Teorías:

- Teoría causal de la acción.
- Teoría final de la acción.

Ambas tienen la misión de definir al delito. La cátedra es finalista pero habrá que optar por una u otra.

La teoría causal de la acción es la más antigua es la que abunda en el causalismo, ya sea doctrinariamente como justinianamente. Los autores clásicos de derecho penal son causalistas, los jueces en su gran mayoría también; los finalistas son los más modernos. La trae al país el doctor Zaffaroni, su máximo expositor, al que le siguen varios. Ambas teorías parten de la misma definición de delito: Conducta típica, antijurídica y culpable.

Conducta es el movimiento: es decir, hay una escena: Juan mata a Pedro; la escena es vista por dos jueces que deben decidir, uno es causalista y otro es finalista.

Diferencias entre CAUSALISMO y FINALISMO

CONDUCTA

CAUSALISMO	FINALISMO
Si hubo movimiento voluntario o abstención, dirá que hay conducta, simplemente con esa afirmación; quiere decir que al juez causalista no le interesa el fin que tuvo el sujeto al mover el brazo, simplemente se limita a verificar si hubo movimiento; si lo hubo seguirá analizando el tema.	No sólo observará si hubo movimiento, sino si éste movimiento respondió a una finalidad; si estuvo presente el aspecto interno y el aspecto externo.

TIPICIDAD

CAUSALISMO	FINALISMO
Concibe a la tipicidad en un punto menormente objetivo, porque la tipicidad es, para la teoría causal, la descripción que da la conducta prohibida hace la norma: al que matare se le impondrá una pena, tipicidad objetiva: si Juan mueve el brazo, es conducta, si esta conducta dispara el arma con el resultado muerte, es prevista por una descripción de la norma (Art. 79 C.P.)	Para estos es compleja porque el tipo para el finalista es objetivo y subjetivo, y esto se compadece con el espíritu de la tarea fina se introduce más en la esfera del pensamiento del individuo, por eso es que la tipicidad para el finalismo es objetivo – subjetivo, es decir, no sólo es descripción de la conducta prohibida sino que a demás el tipo penal contienen esa descripción; la intención del sujeto que la comete. Objetivo: descripción de la conducta. Subjetivo: que contiene la intención o no del sujeto que la comete. Entonces, frente a este caso de Juan mata a Pedro, el juez finalista ya sabe si es doloso, intencional o no intencional – culposo.

ANTI JURICIDAD

CAUSALISMO	FINALISMO
Para ambas no hay diferencias.	Igual

CULPABILIDAD

CAUSALISMO	FINALISMO
En la culpabilidad vas a analizar si Juan actuó con dolo o culpa, es decir, con intención o con negligencia; lo que el juez finalista ya había analizado en la tipicidad. Es para el causalismo una relación psicológica entre la conducta y el resultado. Es saber si actuó con o sin intención.	Esto ya lo había analizado, o sea, si Juan actuó con dolo o culpa. Entonces queda un tema que es el reproche. La mera responsabilidad de la conducta típica y antijurídica. Va a analizar si la conducta típica y antijurídica puede serle reprochada.

UNIDAD 6

8) Concepto de conducta. Naturaleza.

La conducta tiene que ser un acto voluntario, no puede ser un acto de conocimiento.

Hay doctrinas que dicen que las conductas las crea la ley, pero la mayoría de las doctrinas modernas dice que está en la realidad. La ley solo desvalora ciertas conductas ejemplo: cuando alguien mata a otro infiriéndole una puñalada ese es un hecho de la realidad y el derecho penal lo que hace es desvalorarlo y ponerle una pena.

La conducta es la base del reproche "nullum crimen sine conducta" (no hay delito sino no hay conducta.).

La conducta tiene que ser un acto voluntario transformador de la realidad, no basta con conocer o pensar algo.

Solamente las personas humanas pueden tener voluntad y por esto las personas jurídicas carecen de responsabilidad penal, en este caso hay que encarcelar por ejemplo al director, gerente, etc.

9) Acto de voluntad y acto de conocimiento.

ACTO DE VOLUNTAD: es aquel que produce una transformación en el objeto sobre el cual recae. Se está transformando una realidad.

ACTO DE CONOCIMIENTO: simplemente sabe como es ese objeto pero no lo modifica. Lo investiga.

El Derecho y la conducta humana:

Tenemos bien claro que la conducta es un acto voluntario realizado por el hombre, el derecho penal sólo analiza esa conducta y la desvalora, el derecho nunca puede modificar la conducta, solo tiene que conocerla y si la modifica solo desvalorará una conducta distinta a la original.

El Derecho es un orden regulador de conducta. El derecho debe respetar la estructura óptica de la misma, es decir, el *ser* de la conducta.

El Derecho en general se limita a agregar un desvalor jurídico a ciertas conductas, es por esto que el Derecho no puede crear un concepto de conducta y debe tomar el óptico-ontológico de ésta.

No hay delito sin conducta:

Principio: ***nullum crimen sine conducta*** esto quiere decir que no hay crimen sin conducta. Si esto se rechaza se podría penar al pensamiento, a la forma de ser, a las características personales, etc.

No obstante esto, hubo quienes quisieron omitir este principio, pero aquel que quiere defender el Derecho Penal para que reconozca un mínimo de dignidad humana, debe defender este principio y reconocer que la base del delito es la conducta.

Conducta, acción, acto, hecho:

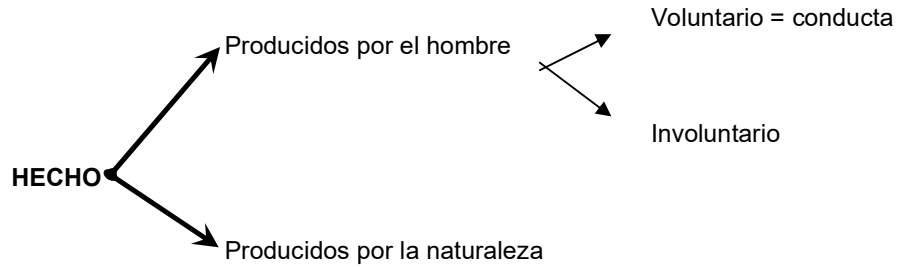
Conducta, acto y acción

1. Hay autores que consideran a la *acción* y al *acto* como sinónimos, también consideran a la acción como un hacer activo y a la omisión como un no hacer lo debido. A nivel de conducta, antes de analizar la tipicidad, no hay omisión, sino que todos son acciones.
2. Hay autores que denominan *acto* y *acción* y se niegan a relacionarlo con la conducta, haciendo incapié en que conducta se refiere a un comportamiento más continuado que un acto o acción.

Hecho

1. Hay autores que utilizan la voz *hecho*, considerando hecho a toda conducta más el nexo causal más el resultado. Para el Derecho Penal la definición de hecho es la misma que para el Derecho Civil: " todos los acontecimientos susceptibles de adquirir, extinguir, modificar o transferir derechos u obligaciones."

HECHO: conducta + nexo causal + resultado.



11) Conducta, voluntad o voluntad libre

VOLUNTAD Y DESEO: Toda conducta debe ser voluntaria, sin voluntad no hay conducta.

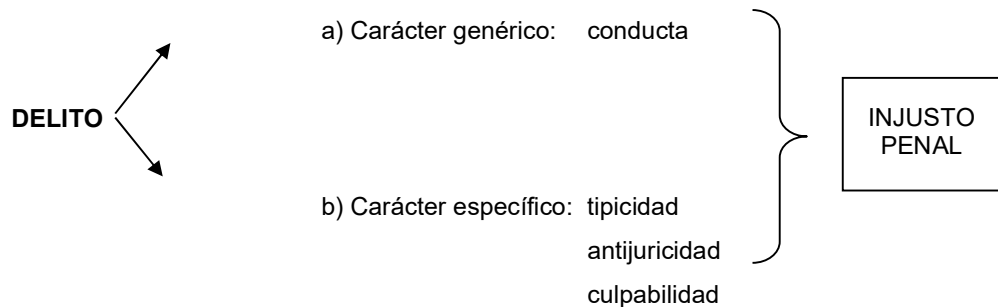
Voluntario es el **querer** activo, el querer que cambie algo, en tanto que **desear** es algo pasivo, que no se pone en movimiento para cambiar nada. El que **quiere** (tiene voluntad) se mueve hacia el resultado el que **desea** solo espera el resultado.

Se puede tener voluntad sin deseo.

VOLUNTAD Y FINALIDAD: la voluntad implica siempre una finalidad porque no se concibe que haya voluntad de nada o para nada, siempre la voluntad es voluntad de algo, es decir, siempre la voluntad tiene un contenido, que es una finalidad.

VOLUNTAD Y VOLUNTAD LIBRE: que una acción sea voluntaria no implica en modo alguno que sea **libre**: lo **querido** no siempre es **libremente querido**. El loco puede querer matar a alguien, su acción será voluntaria pero no puede decirse que sea libre, precisamente por su incapacidad psíquica.

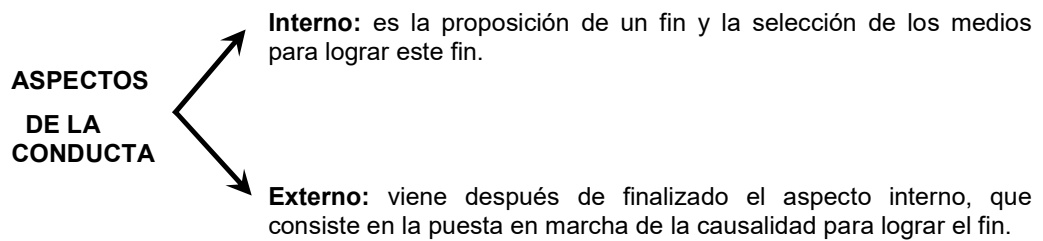
Voluntad libre es un problema de culpabilidad del tercer carácter específico del delito y no del carácter genérico. Para que haya conducta basta con que haya voluntad.



Estructura de la conducta

La anticipación bio-cibernética

La conducta no se compone de una suma de elementos, pero si tiene aspectos; uno interno y otro externo:



la bio-sibernética ha puesto de manifiesto que en toda conducta hay una programación a partir de la anticipación del resultado, es decir, a partir de la planificación que nosotros hacemos mentalmente para lograr el fin, indicando etapas o procesos a seguir. Todo esto es lo que se llama **anticipación bio-sibernética del resultado**.

La estructura de la conducta según el concepto ontico- ontológico:

La estructura de la conducta que ya hemos visto es igual al concepto ontico-ontológico, esto quiere decir que el concepto ontico-ontológico y el concepto jurídico-penal de la conducta son idénticos, o bien quiere decir que no hay un concepto jurídico-penal de conducta.

12) Conducta, voluntad o voluntad libre

¿Qué importancia tiene la conducta en nuestra sociedad?, o ¿Cuál es la finalidad de la conducta en nuestra sociedad en relación al derecho penal?

El derecho penal no hace más que juzgar conductas del hombre. Las conductas están en la realidad no la crea la ley. La ley sólo desvalora ciertas conductas y les pone una pena.

DERECHO PENAL COMO DIFERENCIADOR DE CONDUCTAS: si uno se pone a pensar en todas las conductas antijurídicas de la sociedad, se dará cuenta que no todas esas conductas están dentro del derecho penal. El derecho penal diferencia ciertas conductas antijurídicas y las desvalora solo aquellas que para el legislador son conductas que afectan bienes jurídicos esenciales para la vida social, para la coexistencia.

DERECHO PENAL EMINENTEMENTE SANCIONADOR

No hay derecho penal sin sanción. El código penal del art. 79 en adelante describe una conducta y aplica una pena (plush sancionatorio).

El derecho penal tiene un asegurador.

Asegurador de la posibilidad de goce de los bienes jurídicos esenciales.

El fin del derecho penal es el logro de una seguridad jurídica mínimo para que la convivencia en una sociedad sea factible.

CONTROL SOCIAL: a través de un control explícito y otro implícito el estado controla la conducta de sus integrantes, hace que no haya conductas que afecten los bienes jurídicos esenciales.

FORMAS DE CONTROL SOCIAL IMPLÍCITAS: sin estar escritas nos hacen comportar de determinada manera ejemplo: manera de vestir, música, etc.

FORMAS DE CONTROL SOCIAL EXPLÍCITAS: Algunas están institucionalizadas como ser: policía, poder judicial, servicio penitenciario, poder legislativo

UBICACIÓN DEL RESULTADO Y DEL NEXO CAUSAL: está discutida la posición que dentro de la teoría del delito deben ocupar el resultado de la conducta y el nexo de causalidad que une a la conducta con el resultado. Sabemos que cuando un sujeto dispara un balazo contra otro para matarle (conducta homicida) y éste muere como resultado de los

balazos tres días después, hay una relación de causa – efecto entre la conducta homicida y el resultado muerte. Ésta es la relación o nexo de causalidad.

Algunos autores sostienen que el resultado (muerte) y el nexo de causalidad (explosión de pólvora que tiene por efecto que el proyectil salga disparado, que es la causa que tiene por efecto la herida que atraviesa el pulmón que es la causa que tiene por efecto la hemorragia que es la causa que tiene por efecto la muerte de la víctima), deben ser considerados junto con la conducta a nivel pre-típico, en tanto que otros entienden que el resultado y el nexo causal deben ser considerados en la teoría del tipo.

Es necesario precisar algunas distinciones:

- a- Debemos distinguir la previsión de la causalidad de nexo de causalidad. La previsión de la causalidad pertenece a la conducta y no puede separarse de ella, el nexo de causalidad es algo pasado, histórico que el juez comprueba después del hecho.
- b- Conforme a esta distinción, la previsión de la causalidad pertenece a la conducta, pero el nexo de causalidad y el resultado se hallan fuera de la conducta la acción de arrojar una bomba sobre Hiroshima y el resultado Hiroshima arrasada son cosas diferentes. Hiroshima arrasada no pertenece a la acción de arrojar la bomba si no que es solo su resultado.

Nexo de causalidad y resultado, si bien no forma parte de la conducta

La acompañan como una sombra.

Esto a determinado que algunos autores han buscado un concepto que englobe a los tres: conducta –nexo – resultado. Algunos han llamado a este conjunto **hecho**. Los Italianos **evento**.

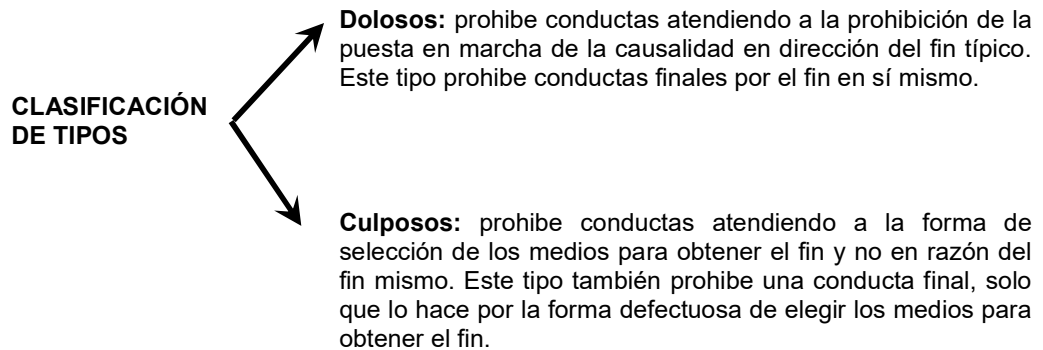
Por nuestra parte, creemos que la palabra más adecuada **pragma** expresión de origen griego con la que varios filósofos designan precisamente a la acción que incluye lo por ella alcanzado.

- c- Quedando claro que el resultado y el nexo causal no forman parte de la acción pero la acompañan y los tres conceptos se pueden abarcar en el de **pragma**, lo cierto es que la causalidad y el resultado en forma pre - típica no son un problema del derecho penal.

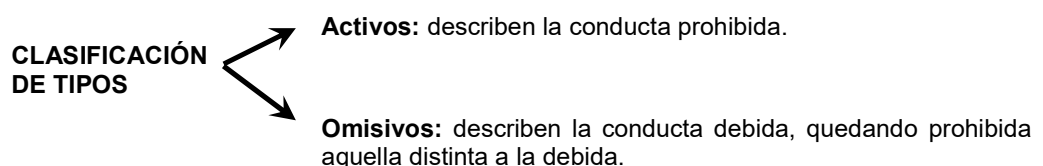
El problema jurídico - penal está en la forma en que el derecho penal revela el resultado y la causalidad a los efectos de la prohibición legal de la conducta.

Carácter común para las formas típicas dolosas y culposas:

El concepto de conducta que hemos visto sirve de base a todas las formas de tipos. Estos tipos las adoptan para individualizar conductas y prohibirlas.



Carácter común para las formas típicas activas y omisivas:



Ambos tipos describen conductas finales.

UNIDAD 7

13) Fuerza física irresistible. Concepto. Tipificación legal.

FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE: aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una simple masa mecánica.

Ejemplos:

- I- Art. 183 C.P. no hay delitos de daño cuando: un sujeto que está delante de una vitrina llenas de cristales y porcelanas es empujada contra la misma, causando un destrozamiento del cristal de la vitrina y de los objetos de cristal y porcelana.
- II- Art. 79 C.P. no hay homicidio cuando: un sujeto es empujado por un grupo de cincuenta personas contra una anciana que queda apretada entre él y la pared, muriendo asfixiada.
- III- No hay lesiones leves (art. 89 C.P.) cuando: por parte de un sujeto que está sentado al borde de la piscina si recibe un empujón que lo hace caer dentro de la piscina causando lesiones a un bañista.
- IV- No hay homicidio culposo por parte de quien va conduciendo un vehículo, si su acompañante les toma las manos haciendo le desviar el volante.

Supuestos de la fuerza física irresistible: la fuerza física irresistible puede provenir de “la naturaleza” o de “la acción de un tercero”.

Hay fuerza proveniente de la “ naturaleza “ cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por el agua, etc...

Hay fuerzas provenientes de *la acción de un tercero* en los 4 ejemplos anteriores mencionados.

Queda claro que sólo se da en el que sufre la fuerza física irresistible, pero no en el que la ejerce, que opera con voluntad y, en consecuencia, es autor de una conducta cuya tipicidad, antijuricidad y culpabilidad habrá que investigar para saber si es un delito.

La fuerza física irresistible y la consiguiente ausencia de conducta se dan en el que:

- I- es empujado contra la víctima.
- II- es presionado contra la anciana.
- III- es arrojado a la piscina.
- IV- es forzado a girar el volante.

Pero ninguna duda cabe en cuanto a que hay acciones por parte del que:

- I- empuja
- II- de los que presionan.
- III- Arroja.
- IV- Presiona las manos.

La ausencia de conducta se limita a la causación del resultado pero colocarse bajo los efectos de una *fuerza física irresistible* es una **conducta** y debe investigarse también su **tipicidad, antijuricidad y culpabilidad** para determinar si hay **delito**.

Ejemplos:

I- También habrá **conducta** y será típica de daños dolosos por parte de quien se coloca frente a la vitrina para que otro le empuje contra la misma para destrozarla.

II- Si el sujeto que causa la muerte de la anciana por asfixia ve avanzar la multitud y se coloca delante, permaneciendo allí para tomar fotografías, realiza una **conducta** que es la de “colocarse frente a la multitud que avanza”.

III- Si el que está al borde de la piletta participa de un juego violento de manos entre varios sujetos que tratan de arrojarse mutuamente a la piletta en que hay niños, hay **conducta**.

V- Si el que va conduciendo el vehículo lleva por acompañante a un ebrio agresivo y conoce esta circunstancia, realiza la **conducta** de conducir un vehículo llevando a su lado a un ebrio agresivo, (que es una conducta que se revelará como culposa en la tipicidad).

14) Fuerza física irresistible. Interna y externa. Explique el art. 12 primera parte y la segunda parte. ¿Dónde ubicar al 34 en el análisis estratificado?

Por fuerza física irresistible debe entenderse aquellos supuestos en que opera sobre el hombre una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica.

No hay delito de daño (Art. 183) cuando un sujeto que está delante de un escaparate lleno de cristales es empujado contra el mismo causando un destrozo, no hay homicidio (Art. 79) cuando un sujeto es empujado por un grupo de 50 personas contra una anciana que queda aprisionada entre él y la pared muriendo asfixiada.

Cuando realizamos la teoría de la estratificación del delito vemos que estos ejemplos anteriores corresponden a *hechos humanos involuntarios*, es decir, fuerza física irresistible. Art. 34 inc. 2 primera parte del C.P. No hay conducta y ahí ya se corta estratificación.

No hay que confundir con el mismo Art. 34 pero la segunda parte del inc. 2: "*El que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente*".

Al sujeto se le amenaza con quemarle su automóvil que es su único bien e instrumento de trabajo, sino rompe la vidriera, el sujeto aprieta a la anciana contra la pared pues de lo contrario ambos serían arrojados y pisoteados por una compacta multitud despavorida que avanza hacia ellos.

En estos casos a diferencia de los anteriores, el sujeto dirige la conducta (hay voluntad) solo que la voluntad no está *libremente motivada*, la voluntad se motiva en la amenaza, no está *libremente elegida* la conducta, como pasaría de no mediar la amenaza. Pero voluntad hay y, por ende, también conducta. Se trata de supuestos de justificación o de inculpabilidad y no de ausencia de conducta.

Si realizamos la estratificación veremos que hay conducta, ésta es típica, antijurídica pero hay un causal de justificación por eso no configura delito. Es un injusto penal.

La fuerza física irresistible que vimos hasta ahora es **externa** puede provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero, pero no siempre ésta fuerza debe ser exterior.

Dentro de la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza caben acontecimientos que se originan en el propio cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no son controlables por la voluntad, es el caso de los movimientos reflejos, respiratorios, etc., por ejemplo: quien a causa del dolor de una pequeña quemadura inesperada, aparta violentamente la mano de tal suerte que rompe un objeto vacío. Fuerza física irresistible **interna**.

15) Involuntabilidad. Concepto. Estado de inconsciencia. Involuntabilidad procurada. Explique y ejemplifique.

LA INVOLUNTABILIDAD: es la incapacidad jurídica de conducta, es decir, el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad.

El delito requiere siempre que el autor tenga capacidad psíquica. A eso llamamos **capacidad psíquica del delito**. Pero como el análisis del delito es estratificado, y en varios estratos encontramos requerimientos subjetivos, a cada uno de ellos, corresponderá una cierta capacidad psíquica, que en caso de no darse, dará lugar a que falte el carácter al que corresponde y, por ende, no haya delito.

- a) Capacidad psíquica de voluntad para que haya conducta.
- b) Cierta capacidad psíquica para que haya tipicidad.
- c) Y otra para que haya culpabilidad (llamada imputabilidad).

A la suma de las tres la llamamos **capacidad psíquica del delito**.

Un sujeto a quien un ladrillo le ha caído golpeándole el cráneo, permanece tendido en el pavimento sin sentido. Los movimientos que en ese estado hace, no son movimientos voluntarios, porque está anulada su conciencia. Se encontrará en un estado de incapacidad psíquica de conducta (involuntabilidad) de origen traumático.

INCONSCIENCIA: La conciencia es el resultado de la actividad de las funciones mentales.

Cuando la conciencia no existe, porque está transitoria o permanentemente suprimida, no puede hablarse de voluntad y desaparece la conducta.

Esto es lo que acontece cuando se trata de un sujeto que se encuentra desmayado (el guardabarreras queda inconsciente como resultado de un accidente vascular, no se cierra la barrera y sobreviene un accidente).

No hay conciencia, hay inconsciencia.

Cuando hay inconsciencia no hay voluntad y, por ende, no hay conducta.

La inconsciencia está expresamente prevista en el Art. 34 inc 1.

Hay algunos casos particulares de inconsciencia tales como el trance hipnótico y los episodios sonambúlicos.

En cuanto a los narcóticos producirán una incapacidad que habrá que valorar en cada caso.

INVOLUNTABILIDAD POR INCAPACIDAD PARA DIRIGIR LOS MOVIMIENTOS: Cuando la insuficiencia de las facultades o la alteración morbosas de las mismas, da lugar a una incapacidad para dirigir los movimientos, habrá un caso de involuntabilidad, es decir de ausencia de conducta, por ej., el sujeto tiene conciencia pero se encuentra incapacitado psíquicamente para actuar. Tal sucede con el que sufre un accidente del que sale ileso y ve a su compañero desangrarse sin poder acudir en su auxilio como resultado de una parálisis histérica.

INVOLUNTABILIDAD PROCURADA: El sujeto que se procura un estado de involuntabilidad psíquica de conducta realiza una conducta (la de procurar ese estado), que puede ser típica, según las circunstancias. Así el señalero que toma un fuerte narcótico para dormirse y no hacer las señales para provocar de este modo un desastre, se vale de sí mismo en estado de ausencia de conducta, habrá que investigarse su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para determinar si hay delito.

CASOS PARTICULARES DE INCONSCIENCIA:

Hay inconsciencia cuando en el hecho no intervienen los centros altos del cerebro o lo hacen en forma discontinua o incoherente.

1. Sueño fisiológico.
2. Trance hipnótico.
3. Episodios sonambúlicos.
4. Narcóticos: si el narcótico le privó de consciencia al sujeto, no habrá conducta; pero si el narcótico solo produjo una perturbación de la consciencia, habrá incapacidad psíquica de la conducta o de culpabilidad.

EFFECTOS DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA:

Es distinta la ausencia de conducta de aquellos casos en que no hay delito por falta de alguno de los caracteres del mismo.

Efectos de la ausencia de conducta:

1. El que se vale de un sujeto que no realiza conducta para cometer un delito; este es autor del delito, el que no realiza conducta nunca es autor.
2. Contra los movimientos de quien no se conduce, se puede actuar en estado de necesidad, pero no oponer la legítima defensa.
3. No se puede ser partícipe de los movimientos de un sujeto que no realiza conducta.

UNIDAD 8

TIPO PENAL, CONCEPTO: El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas).

Caracteres del tipo penal:

- a) El tipo pertenece a la ley: Tipos son las fórmulas legales mismas que no sirven para individualizar las conductas que la ley penal prohíbe. Es una ley donde hallamos los tipos penales, en la parte especial del C.P. y en las leyes especiales ej. Art. 79 “el que matare a otro”.
- b) El tipo es lógicamente necesario: Sin el tipo no podríamos averiguar la antijuridicidad y la culpabilidad de una conducta que en la mayoría de los casos resultaría sin relevancia jurídica alguna.
- c) El tipo es predominantemente descriptivo: Porque los elementos son los más importantes para individualizar una conducta. A veces, no obstante, necesitamos una valoración jurídica extra para que el tipo pueda llegar a ser descriptivo. Ej. El Art. 237 pena al que empleare intimidación o fuerza contra un funcionario público, así el derecho nos va a decir en forma descriptiva ayudando al tipo, quien es un funcionario público.
- d) La función de los tipos en la individualización de las conductas humanas que son penalmente prohibidas.

De esta función depende la necesidad lógica del tipo, como se ve en el punto B. Ejemplo: si tuviéramos que averiguar si es delito la falta de pago de una cuota del precio de compra de una t.v. y no dispusiéramos de él.

TIPO Y TIPICIDAD:

Tipo: fórmula que pertenece a la ley.

Tipicidad: característica que tiene una conducta de estar adecuada a un tipo penal.

Otros usos de la voz tipo:

1. **Tipo garantía:** principio de legalidad en materia penal.
2. **Tipo de injusto:** para connotar la tipicidad de una conducta antijurídica.
3. **Tipo de delito:** concepciones del delito con que se quiere abarcar con el tipo casi todo los caracteres.
4. **Tipo de culpabilidad:** requerimiento de que la culpabilidad debe responder a la tipicidad de la conducta.
5. **Tipo permisivo:** es el que surge del precepto permisivo (causa de justificación).

CLASES:

- Tipos legales y tipos judiciales.
- Tipo abierto y tipos cerrados.
- Tipo de autor y tipos de actos.

TIPOS LEGALES : en cualquier sistema jurídico legalizado del mundo contemporáneo, los tipos son legales. Es decir que es el legislador el único que puede crear, suprimir y modificar los tipos penales. De este sistema es del cual naturalmente participa nuestro orden jurídico.

TIPOS JUDICIALES: en otros sistemas en que se reconoce las analogías, es el juez el que está facultado para crear facultades. Esta clase de tipos ya no existen prácticamente en el mundo.

TIPOS ABIERTOS: los tipos como el del art. 84 que necesitan acudir a una norma de carácter general, se llaman tipos abiertos, porque acá el juez será el que tendrá que determinar en la impericia, negligencia o impericia, frente a cada caso en concreto el deber de cuidado que tenía el autor.

TIPOS CERRADOS: como el art. 79, en que sin salirse de los elementos de la propia ley penal en el tipo, puede individualizarse perfectamente la conducta prohibida.

TIPO DE AUTOR Y TIPO DE ACTO: para algunos autores olvidados, la conducta tenía poco valor en sí misma, revistiéndolo solo como síntoma de personalidad para unos, enemigas del derecho penal para otros.

En este derecho penal “de autor” pretende alcanzar una “forma de ser” y no “de hacer”.

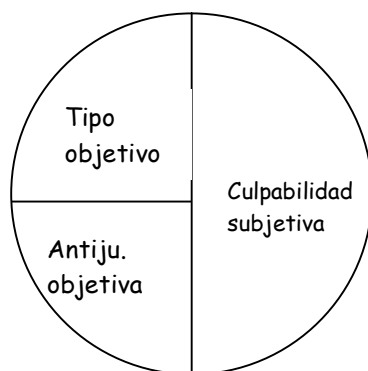
El tipo de autor pretendió definir normativamente no ya conductas, sino personalidades: no se prohibía matar (tipo de acto), sino ser asesino; no se prohibía estafar sino ser estafador. En definitiva, no se querrá prohibir el acto “sino” la personalidad.

No se debe confundir la teoría del tipo de “autor” que tiene carácter “normativo” en el plano criminológico.

LEY PENAL EN BLANCO: otro tipo es aquella que trae una pena para una conducta que no está escrita en la norma penal, sino en otro ordenamiento ejemplo en el art. 205: será reprimido... El que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes para impedir la introducción o preparación de una epidemia (acá el poder ejecutivo hace la remisión de lo que está prohibido o violado).

CONCEPCIÓN OBJETIVA DEL TIPO PENAL:

Se considera injusto en forma objetiva y la culpabilidad en forma subjetiva; por lo tanto el tipo penal se consibe en forma objetiva; abarca solo la exterioridad de la conducta y prescindie de lo interno.

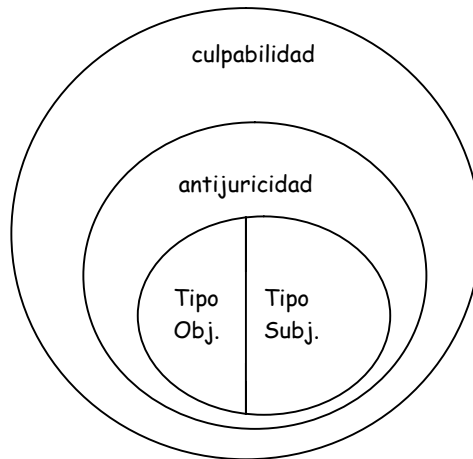


CONCEPCIÓN COMPLEJA DEL TIPO PENAL:

Se descubrieron elementos subjetivos en el tipo ya que los objetivos no tenían en cuenta la tentativa ni la causalidad.

Entonces incluyeron dentro del tipo al dolo.

Al estratificar al delito encontraron que había 3 elementos; tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.



Panorama de las distintas posiciones.

Hay tres posiciones:

1. *Tipo abalada*: la tipicidad no indica nada acerca de la antijuricidad.
2. *Teoría del tipo indicado*: la tipicidad es un indicio o presunción de *juris tantum* (que admite prueba en contrario) de la antijuricidad.
3. *Teoría de la ratio essendi*; la tipicidad implica antijuricidad. Tiene dos variantes:
 - A) teoría de los elementos negativos del tipo: la justificación elimina la tipicidad.
 - B) teoría del tipo de injusto: la justificación solo elimina la antijuricidad.

La antinormatividad.

El tipo es un ente que valora un bien jurídico y enuncia una norma para tutelarlos; se manifiesta en un tipo legal que le agrega una tutela penal, por lo tanto toda conducta que se adecúe a un tipo penal será contrario a la norma del tipo legal y afectará a un bien jurídico.

Ej.: la conducta adecuada al tipo penal del art.79 C.P. será contraria a la norma *no matar* y afectará al bien jurídico *vida humana*.

La conducta penalmente típica necesariamente debe ser antinormativa. Esto no implica que porque una conducta se adecúe a una disposición típica ya sea penalmente típica.

Que una conducta sea típica no implica que sea antinormativa, es decir, que sea prohibida por la norma.

Al tipo lo crea el legislador.

Tipicidad legal y tipicidad penal son distintas.

Tipicidad penal: presupone lo legal pero no lo agota.

Tipicidad penal requiere además de la tipicidad legal, la antijuricidad.

Tipicidad penal: tipicidad legal más tipicidad conglobante.

El tipo penal no puede prohibir lo que el derecho ordena o fomenta.

El juicio de tipicidad no es un mero juicio de tipicidad legal, sino que exige la comprobación de la tipicidad conglobante, consistente en la averiguación de la prohibición mediante la indagación del alcance prohibitivo de la norma considerada en forma conglobada en el orden normativo.

La tipicidad conglobante es el correctivo de la tipicidad legal.

Tipicidad legal: es la individualización que de la conducta hace la ley mediante el conjunto de los elementos descriptivos y valorativos de que se vale el tipo legal.

Tipicidad conglobante: es la comprobación de que la conducta típica legalmente está también prohibida por la norma, que se obtiene desentrañando el alcance de la norma prohibitiva conglobante con las restantes normas de orden normativo.

Tipicidad penal: es el resultado de la afirmación de la tipicidad conglobante y la tipicidad legal.

<p>Tipicidad penal: tipicidad legal + tipicidad conglobante.</p>

EL BIEN JURÍDICO: CONCEPTO

El bien jurídico plenamente tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto protegida por el estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de la conducta que la afectan.

Todos los bienes jurídicos son derechos.

El orden jurídico no tutela la cosa en sí misma, sino la relación de disponibilidad del titular de la cosa.

Los bienes jurídicos son derechos que tenemos de disponer de ciertos objetos.

LA MORAL COMO BIEN JURÍDICO.

La moral como bien jurídico es un sentimiento de pudor que tiene , y que es bueno que tenga, la población.

El estado debe posibilitar la moral, pero lo que nunca debe hacer es imponerla.

CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES EN RAZÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS QUE AFECTA.

En cuanto a los bienes jurídicos en particular	Contra las personas, el honor, la honestidad, el estado civil, la libertad, la propiedad, la seguridad pública, el orden público, la seguridad de la Nación, los poderes públicos y el orden Constitucional, la administración pública, la fe pública.
En cuanto a la integridad de la afectación al bien jurídico	<ol style="list-style-type: none">1. Básicos o fundamentales2. Calificados agravados3. Calificados atenuados (privilegiados)
En cuanto al número de los bienes jurídicos	<ol style="list-style-type: none">1. Simples2. complejos

UNIDAD 9
TIPOS ACTIVOS DOLOSOS
ASPECTO OBJETIVO

ASPECTO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL TIPO DOLOSO ACTIVO

Tipo doloso activo: configuran las técnicas legislativas a que más frecuentemente se acude para prohibir conductas con relevancia penal.

El tipo doloso activo tiene dos aspectos uno objetivo y otro subjetivo. La ley individualiza conductas atendiendo a circunstancias que se dan en el mundo exterior y a circunstancias que están dadas en el interior del autor.

El tipo doloso implica siempre la causación de un resultado (aspecto externo), pero requiere también de la voluntad de causarlo (aspecto interno).

Dolo: es la voluntad del resultado, el querer el resultado.

Aspecto objetivo del tipo doloso: es la manifestación de la voluntad en el mundo físico.

Aspecto subjetivo del tipo doloso: es la voluntad misma.

LA MUTACIÓN FÍSICA: el resultado material.

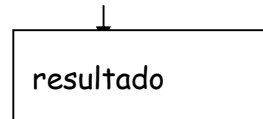
La conducta tiene una manifestación en el mundo físico y esta manifestación produce un cambio en la realidad.

La conducta produce una mutación y esta mutación se llama **resultado material**.

No hay conducta sin resultado.

El legislador debe individualizar conductas y a veces se vale de los resultados. Ej.: art. 79 C.P.: el que causare la muerte a otro...

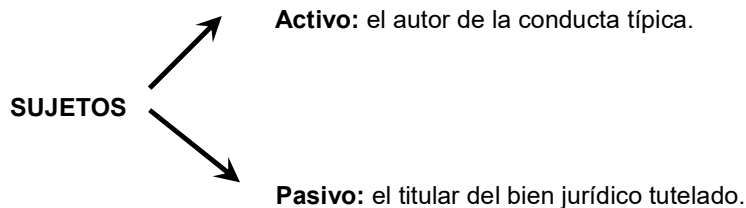
Todos los tipos requieren un resultado.



LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La causalidad puede ser admitida conforme a su realidad, ya que no cierra por sí sola el juicio de tipicidad, restringiéndose su relevancia típica en el dolo. Con esta causalidad se puede determinar el límite de la responsabilidad, pero dado que no toda causalidad implica responsabilidad, la responsabilidad está dada por el aspecto subjetivo del tipo.

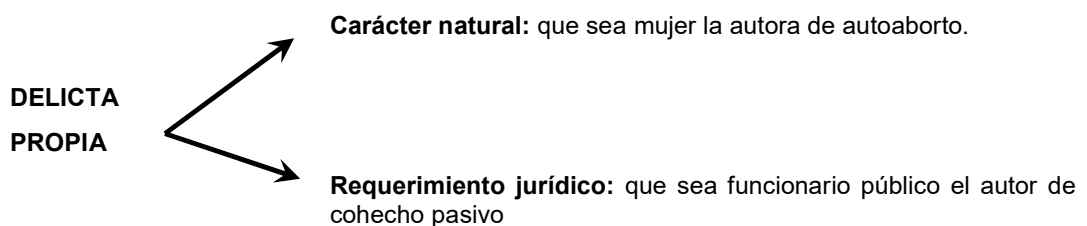
LOS SUJETOS.

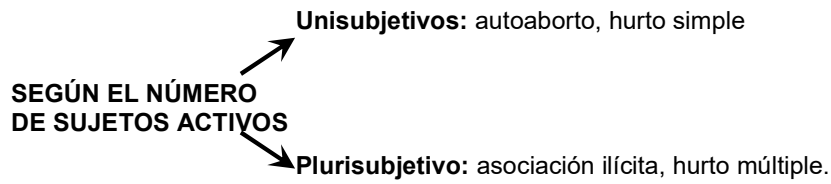


El sujeto activo puede ser cualquiera, pero en ciertos tipos requiere caracteres especiales en el sujeto pasivo.

Sujeto activo cualquiera: los tipos rezan “ el que” o “quien” y son llamados de *delicta comunia*.

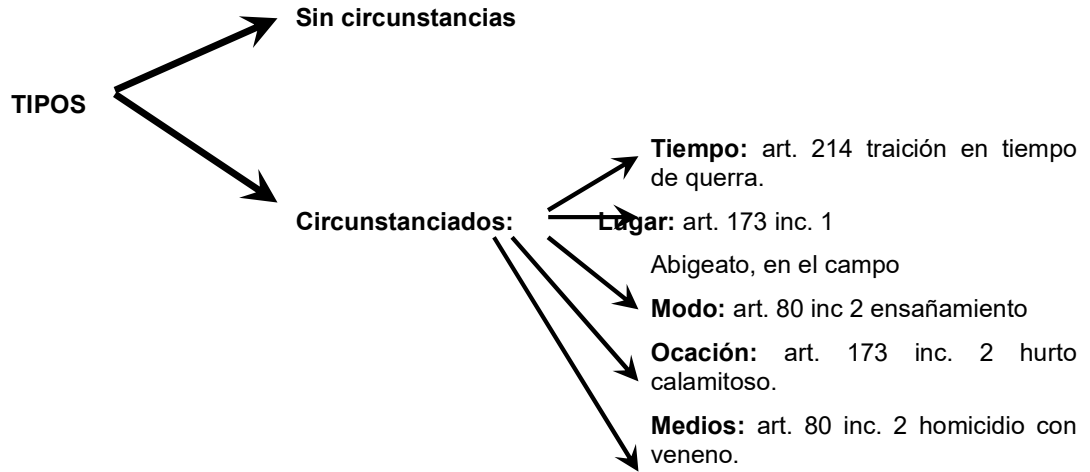
Sujeto activo específico: se llaman *delicta propria*.





LAS REFERENCIAS

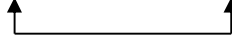
Hay tipos que individualizan conductas que pueden ser cometidas por cualquiera (sin circunstancias) y hay tipos que son circunstanciales.



ELEMENTOS NORMATIVOS

Hay tipos penales que tienen elementos descriptivos y normativos.

Los elementos normativos: ej.: ilegitimidad del apoderamiento en el hurto.



ANTI JURICIDAD

Antinormatividad y antijuridicidad:

Orden normativo y orden jurídico:

Orden Normativo: conjunto de normas prohibitivas.

Orden Jurídico: abarca al orden normativo (derecho civil, laboral, comercial, administrativo, etc.), es decir, las normas prohibitivas; más las permisivas que establecen las leyes. Compuesto por el orden normativo completado con los preceptos permisivos.

Antijuridicidad: Concepto:

La antijuridicidad no surge del derecho penal, sino de todo el orden jurídico, porque la antinormatividad puede ser neutralizada por un permiso que puede provenir de cualquier parte del derecho.

La antijuridicidad consiste en la constatación de que la conducta típica (antinormativa) no está permitida por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) en ninguna parte del orden jurídico (derecho penal, civil, comercial, laboral, etc.).

Antijuridicidad formal y material:

Antijuridicidad formal: deriva de la ley

Antijuridicidad material: Se funda en la ley. Tiene que tener un resultado concreto (socialmente dañoso y afectar a un bien jurídico).

Justificación suprallegal e injusto suprallegal:

Las causas de justificación supraleales, particularmente en lo tocante al estado de necesidad justificante. Esta teoría ha sido hoy abandonada y en nuestro país resulta totalmente innecesaria.

Mucho más problemática que esta desacreditada teoría de la justificación suprallegal fue la creación de un injusto suprallegal. El problema se planteó cuando se trató de juzgar a los jueces del nacionalsocialismo y a quienes alegaban la obediencia debida conforme a esa legalidad.

La adhesión de los Estados a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los principios fundamentales asentados en nuestra C.N. nos evitan estos problemas, pudiendo solucionarse todos los planteos sin necesidad de acudir a conceptos *supraleales*.

Antijuridicidad e injusto:

Antijuridicidad: es la característica que tiene una conducta de ser contraria al orden jurídico. La antijuridicidad es una característica del injusto.

Injusto penal: es la conducta que presenta los caracteres de ser penalmente típica y antijurídica.

Tipos permisivos o causas de justificación:

El tipo permisivo presupone para su aplicación una tipicidad prohibitiva, porque no puede pensarse en tratar de averiguar si una conducta está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad.

Así como el tipo prohibitivo individualiza conductas prohibitivas, el tipo permisivo selecciona de entre las conductas antinormativas las que permite.

La estructura compleja del tipo permisivo, con elementos subjetivos que integran un aspecto subjetivo paralelo al objetivo.

La admisión de los elementos subjetivos del tipo permisivo es algo que está mayoritariamente aceptado en la más moderna doctrina.

La afirmación de que el tipo permisivo tiene un aspecto subjetivo, en modo alguno implica que a ese aspecto subjetivo pertenezca al conocimiento de que se está actuando conforme a derecho, porque tal conocimiento es absolutamente innecesario para que opere la justificación

o tipicidad permisiva. Así, por ejemplo, para que un sujeto pueda actuar en legítima defensa, basta con que reconozca la agresión de que es objeto y el peligro que corre, actuando con la finalidad de defensa.

Estructura del tipo permisivo:

Requiere de un tipo prohibitivo.

Es accesorio. Excepcional.

Requiere una finalidad del autor. Ej.: Art. 34 inc.3; inc.6; inc.7.

Hay un aspecto subjetivo y tiene 2 requisitos:

1) conocer la agresión

2) conocer el peligro que tiene que ser grave e inminente.

Hay un aspecto objetivo.

Fundamento de los tipos permisivos.

La ley ha procurado la convivencia en paz en una sociedad, la libertad en el ejercicio de los derechos.

El fundamento común a todos los tipos permisivos es la teoría del *fin*, según la cual no sería antijurídica la conducta que constituye el medio adecuado para alcanzar el fin de convivencia que el Estado regula.

Esta teoría más que un fundamento común parece indicar un límite común, es decir, sería la señalización del fin de convivencia o, mejor dicho, de co-existencia, como el límite de tolerancia del ejercicio del derecho que surge del precepto permisivo.

El fin de co-existencia demanda que en ciertas situaciones conflictivas se concedan derechos a realizar conductas antinormativas, los que tienen por límite el propio fin de que emergen.

Tipos permisivos:

- **Legítima defensa:** se haya en la parte general del C.P. Art. 34 inc.6,7.
- **Estado de necesidad:** se haya en la parte general del C.P. Art. 34 inc.3.
- **Justificaciones específicas:** en la parte especial del C.P.
- **Ejercicio legítimo de un derecho:** se encuentran en cualquier parte del origen jurídico

Legítima defensa:

Naturaleza y fundamento.

En la actualidad se reconoce únicamente la naturaleza de justificación de la legítima defensa, a partir de Hegel, quien la explica igual que la pena (la negación del delito, que es la negación del derecho, luego la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa es la afirmación del derecho).

El problema no es la naturaleza, sino su fundamento. Se lo define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos.

El fundamento de la legítima defensa es único porque se basa en el principio que nadie puede ser obligado a soportar el injusto. Se trata de una situación conflictiva en la cual el sujeto puede actuar legítimamente porque el derecho no tiene otra forma de garantizarle el ejercicio de sus derechos, o, mejor dicho, la protección de sus bienes jurídicos.

Necesidad y defensa.

La legítima defensa tiene lugar cuando media una situación de necesidad, lo que la vincula a otra causa de justificación: estado de necesidad. No obstante ambas se mantienen separadas.

Estado de Necesidad:

Se hace necesario un medio lesivo para evitar un mal mayor.

Debe mediar una estricta ponderación de los valores; el que se causa y el que es causado.

Legítima defensa

El medio lesivo se hace necesario para repeler una agresión antijurídica.

No hay ponderación porque en uno de los platillos de la balanza hay una agresión antijurídica, lo que la desequilibra totalmente. La ponderación de los males en la legítima defensa sólo puede funcionar como correctivo, es decir, como límite.

La característica de la legítima defensa se encuentra consagrada en nuestra ley cuando exige que haya una "*necesidad racional*" de la conducta.

Caracteres de la defensa propia.

La defensa puede ser:

- PROPIA (Art. 34 inc. 6)
- DE TERCEROS (Art. 34 inc. 7)

La defensa propia o de sus derechos abarca la posibilidad de defender legítimamente cualquier bien jurídico. El requisito de la *racionalidad de la defensa* exige una cierta proporcionalidad entre la acción defensiva y la agresiva, cuando ella sea posible, es decir, que el defensor debe utilizar el medio menos lesivo que tiene en sus manos. Así puede defenderse cualquier bien jurídico, a condición que la defensa no exceda los límites de la necesidad.

Definición Antijuridicidad Disminuida.

Es la intensificación de una conducta en principio justificada.

Art. 35 C.P.: "El que hubiese excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia."

La legítima defensa es una causa de justificación primaria que está en el Art. 34 inc.6.

Tiene requisitos legales, que a falta o ausencia de ellos impide la legítima defensa.

- 1- **Agresión legítima:** es el ataque hacia un bien jurídico tutelado por un hombre. La agresión debe ser una conducta típica y antijurídica, o sea, un injusto, para que de pie a quien lo padece para defenderse. Debe ser cualquier bien jurídico.
- 2- **Proporcionalidad en la defensa:** frente al ataque el sujeto el sujeto que lo padece está en condiciones de ejercerla pero debe hacerla en forma proporcional al ataque. La defensa no puede afectar con mayor intensidad de la que recibe. El medio no es detonante en la proporción pero hay que utilizar el menor agresivo. La proporcionalidad está dada por el acto de defensa y el medio menor agresivo que se tenga a mano. La reacción de la defensa debe ser antes o concomitante con la agresión, nunca después; porque parecería una venganza y cesa el Estado de necesidad.
- 3- **Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende:** este debe ser ajeno a la agresión, no provocarla porque si la provoca no puede ejercer la legítima defensa. La provocación debe ser suficiente y esto está dado por las características de los sujetos y la intensidad de la misma; no hay un parámetro, se lo analiza en cada caso en particular.

Legítima defensa de terceros.

El inc.7 del Art. 34 extiende al tipo permisivo de la legítima defensa a la defensa de terceros en los siguientes términos.

Art. 34 inc.7: El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurra las circunstancias a) y b) del inc. anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Se observa que la única diferencia entre defensa propia y la de terceros es respecto de la provocación: puede hacerlo un tercero a condición de que no haya participado en la provocación.

Defensa presunta o privilegiada. (Está en el inc.6 punto c) del art. 34 C.P.)

La ley trae una presunción *iuris tantum* porque están dadas todas las condiciones de la legítima defensa en estos dos supuestos.

Art. 34 inc.6 punto c): Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercos, paredes o entradas de su casa, departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Igualmente respecto de aquel que encontrase a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Estado de necesidad justificante.

Está presente en el Art.34 inc.3 del C.P.: “el que causare un mal para evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño”.

En este supuesto, el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario al derecho y, no obstante, debe soportar el mal, porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección.

El mal que se quiere evitar puede provenir tanto de una fuerza de la naturaleza como de una acción humana.

Ejemplos: El que viola un domicilio para refugiarse de un ciclón; el que viola un domicilio para escapar de un secuestro.

“El fundamento general del estado de necesidad justificante es la necesidad de salvar el interés mayor, sacrificando el menor en una situación no provocada de conflicto externo”.

Requisitos:

- 1) *Elemento subjetivo:* el tipo permisivo de estado de necesidad justificante requiere del conocimiento de la situación de necesidad y la finalidad de evitar el mal mayor.
- 2) *Mal:* por “mal” debe entenderse la afectación de un bien jurídico, que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre un mal menor. El mal puede provenir de cualquier fuente, humana o natural, entre las que cuentan las necesidades fisiológicas. Ejemplo: el hambre da lugar al hurto famélico.
- 3) *El mal debe ser inminente:* es el mal que puede producirse en cualquier momento.
- 4) *El mal amenazado debe ser inevitable:* de otro modo menos lesivo, de ser evitable el mal causado no sería necesario.
- 5) *El mal causado debe ser menor del que se quiere evitar:* el mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos.
- 6) *La ajenidad del autor a la amenaza del mal mayor:* implica que el mismo no se haya introducido por una conducta del autor en forma que, al menos se hiciera previsible la producción del peligro.
- 7) *El agente no debe estar obligado a soportar el riesgo:* quien se halla obligado a sufrir un daño no es un extraño al mal amenazado. Ej.: el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles.

CULPABILIDAD

Concepto de culpabilidad.

Culpabilidad: la posibilidad de reprochar el injusto al autor.

En la culpabilidad hacemos un juicio de reproche, decimos que el autor realizó un injusto; realizó una conducta que está desvalorada en el C.P. y que es antijurídica porque no está permitida, ahora, cuando tenemos que decidir si esta conducta se la podemos reprochar, ponerle una pena, ponerla a cargo, a esto le llamamos **juicio de culpabilidad**. Entonces la culpabilidad sería la posibilidad de reprochar el injusto al autor.

Esta posibilidad de reprochar está afirmada en base a un juicio de valor, y este juicio va a estar hecho en base a todas las circunstancias de la situación del injusto. Vamos a tomar al hombre y veremos si se lo puede reprochar, o sea, ¿pudo dejar de hacer lo que hizo?, ¿tuvo la libertad suficiente como para decir no, no quiero delinquir?, o estuvo constreñido a una forma determinada por incapacidad física, porque era demente, porque tiene una psicosis delirante, porque era psicópata, o porque actuó bajo error o coacción, o porque está empujado por esas urgencias sociales que son circunstancias que le restan libertad a su autodeterminación. Esto es lo que sería el juicio de culpabilidad.

CARACTERÍSTICAS DE LA CULPABILIDAD:

- **Esencialmente graduable:** cuando mayor sea el esfuerzo que el sujeto debió hacer para no delinquir, menor será el grado de culpa.
- **Normativa:** porque estamos valorando si le podemos y en que medida, reprochar el injusto al autor, es decir, hacer el juicio de valor.

Este juicio se asienta en dos principios:

- 1- Determinar si el sujeto pudo hacer algo distinto, si no pudo, no habría culpabilidad;
- 2- Si pudo haber hecho algo distinto, le era exigible.

La exigibilidad está dentro de los pilares de la culpabilidad, a la persona se le reprocha el injusto cuando el pudo hacer lo contrario, o sea cuando tuvo ese margen de autodeterminación o de libertad interna donde pudo pensar "esto no lo hago porque está mal".

El estado de necesidad inculpante es el que elimina la culpabilidad determinando la exigibilidad del injusto. Ejemplo: el amante sorprendido por el marido engañado, mientras el amante está con la mujer adúltera en el lecho conyugal, llega el marido y los encuentra en esa situación, entonces el marido saca un arma y quiere matar a los dos; el amante ¿se tiene que dejar matar? O se puede defender legítimamente. Habría que analizar los requisitos de legítima defensa: ¿hay agresión ilegítima?; racionalidad del medio empleado: o sea, el amante, cuando lo quieren matar, saca el revolver que tiene debajo de la almohada y dice yo te mato antes: hay proporcionalidad; falta de provocación suficiente: aquí el amante ha sido más que provocador. El amante no le podría decir al estado, al juez, mire, y cuando lo maté al marido, ya estaba próximo a apretar el gatillo y me defendí legítimamente, porque el juez le dirá, señor usted fue el provocador, por lo tanto no hay legítima defensa.

Cabe preguntarse, para reprocharle ¿pudo haber hecho otra cosa?. Si en lugar de haber matado al marido se podría haber dejado matar. Si bien al estado no le interesa que el amante mate, no fomenta ni siquiera lo permite, no tiene más remedio que aceptar, porque al amante no le era exigible dejarse matar, el tuvo la libertad de hacerlo, pero no le era exigible.

Para que haya reprochabilidad, se tienen que dar dos variantes: que pueda haber hecho otra cosa de la que hizo y que le fuera exigible.

En este caso, si el amante dispara contra el marido, es porque está en una situación de coacción tal, de estado de necesidad tal, que no puede hacer otra cosa; si podía huir, tenía que huir, pero, como está acorralado, no puede hacer otra cosa más que matar, eso es vida contra vida, los bienes equivalentes, había un estado de necesidad inculpante, estado de necesidad que elimina la culpabilidad. El amante habría hecho un injusto, lo del amante es una conducta típica y antijurídica. Pero no obstante, es injusto, es una conducta que dará lugar a indemnización, sanciones civiles, administrativas, de todo orden y por lo tanto admite la legítima defensa por parte del marido.

Ese injusto no se le podrá reprochar al autor, porque no habrá culpabilidad, porque no se le puede exigir que haya dejado matar bajo un estado de necesidad inculpante.

Diferencia entre justificación e inculpabilidad.

La justificación son razones, motivos, causa, como la legítima defensa, etc. En las cuales el estado da permisos y los da, no obstante que el estado no quiere que nadie mate a nadie, para evitar situaciones que van contra el mismo orden jurídico.

La inculpabilidad el estado no da ningún permiso, simplemente el estado no tiene otro remedio que aceptar que no resulta exigible al autor del injusto que se haya comportado en esa situación de forma distinta.

La teoría psicológica de la culpabilidad.

La culpabilidad era la relación psicológica que había entre la conducta y el resultado en tanto que la culpabilidad trataba la relación psíquica. El conjunto de esta relación con la relación física, esta última tratada con el injusto, daba por resultado el delito.

La culpabilidad entendida como relación psíquica da lugar a la llamada teoría psicológica de la culpabilidad. Dentro de ésta la culpabilidad no es más que una descripción de algo, de una relación psicológica.

El concepto de culpabilidad como relación psicológica no sirve para explicar la culpa inconsciente.

Culpabilidad como relación psicológica y como reprochabilidad.

Se concibió la culpabilidad como un estrato normativo de la teoría del delito, como la reprochabilidad del injusto. Así, resultaba que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica.

La culpabilidad así entendida debía tener un contenido: el dolo y la culpa y el reproche que se le hace al autor de su dolo o de su culpa. Esto hizo que los autores no se pusiesen de acuerdo acerca de cómo funcionaban esos elementos dentro de la culpabilidad. Para Frank podía haber sin culpabilidad, en tanto que otros autores no opinaban lo mismo.

El planteamiento de Frank dio el curso posterior de la doctrina: el dolo no estaba desvalorado, sino que era avalorado, lo que treinta años después permitirá su reubicación correcta dentro de la teoría del tipo.

Co-culpabilidad.

Todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de determinación también dada. En su personalidad misma hay una contribución a ese ámbito de determinación puesto que la sociedad nunca tiene la posibilidad de brindar a todos las mismas posibilidades. En consecuencia hay sujetos que tienen un menor ámbito de autodeterminación condicionado de esta forma por causas sociales. La Co-culpabilidad es con la que debe cargar la sociedad misma. Es una idea introducida por el derecho penal socialista. Nuestro código en el art.41 aplica el principio de Co-culpabilidad cuando se exige que para graduar la pena se tome en cuenta "la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos".

La comprensión de la antijuricidad

Requerimiento legal:

El inc.1 del art.34 del C.P. requiere la posibilidad de comprensión de la antijuricidad en la expresión "comprensión de la criminalidad". "Criminalidad" significa allí algo sintético que se refiere al conocimiento de la circunstancias del tipo objetivo como al conocimiento de la antijuricidad, de ello depende el conocimiento de la criminalidad de un acto.

El inc.1 del art.34 del C.P. dice: no son punibles:

- 1- el que no haya podido en el momento del hecho... comprender la criminalidad del acto; será punible: el que haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto.

Teoría del dolo.

La conciencia del injusto –como conocimiento efectivo- pertenece al dolo. En versión estricta siempre es conocimiento efectivo, pero en versión limitada el conocimiento efectivo puede ser reemplazado por la ceguera para el derecho.

Teoría de la culpabilidad.

Se divide en dos: la estricta y la limitada.

La estricta: en esta la posibilidad de comprensión del injusto se haya en la culpabilidad, permaneciendo ajeno al dolo, sea que éste se halle en el tipo o en la culpabilidad.

La limitada: en esta la conciencia de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad, pero cuando depende del conocimiento de la falta de situación de justificación se ubica en la tipicidad (dolo).

Naturaleza y contenido de la comprensión de la antijuricidad.

La comprensión de la antijuricidad significa conocerla e internalizarla.

La culpabilidad se conforma con una posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad, no requiriendo una efectiva comprensión del injusto, que en la mayoría de los casos no existe o es imperfecta.

El grado de esfuerzo que el sujeto debía haber realizado para internalizar los valores jurídicos y motivarse en ellos es inverso al grado de exigibilidad y, en consecuencia, al de reprochabilidad (culpabilidad).

Las causas de Inculpabilidad

La Inimputabilidad.

- Inimputabilidad por incapacidad de comprensión de la Antijuricidad:
 - Elimina la culpabilidad porque cancela la posibilidad exigible de comprensión de la antijuricidad.
- Inimputabilidad por Incapacidad para autodeterminarse conforme a la Comprensión de la Antijuricidad:
 - Elimina la culpabilidad porque estrecha el ámbito de autodeterminación del sujeto.

Incapacidad psíquica

La incapacidad psíquica que se requiere para poder imputarle a un sujeto un reproche de injusto es la necesaria para que le haya sido posible comprender la naturaleza de injusto de lo que hacia y que le haya podido permitir adecuar su conducta conforme a esa comprensión de la Antijuridicidad. quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la Antijuridicidad de su conducta no puede ser reprochado por la misma.

Para reprocharle una conducta a un autor es menester que el autor haya tenido un cierto grado de capacidad psíquica que le haya permitido disponer de un ámbito de autodeterminación.

Efectos psíquicos que acarrear incapacidad:

Los efectos psíquicos que aparejan incapacidad tiene como base necesaria una perturbación de la conciencia, los casos en que la conciencia funciona pero perturbadamente, pueden dar lugar a otras incapacidades psíquicas de delitos.

El efecto que apareja incapacidad psíquica de culpabilidad es la perturbación de la conciencia y la causa de la perturbación puede ser la insuficiencia de las facultades o la alteración morbosa de las facultades.(Art. 34 inc. 1 C.P.)

Perturbación de la conciencia por:

1) Insuficiencia de las facultades

Imposibilidad de comprender la antijuricidad de la conducta

2) Alteración de las facultades

Imposibilidad de dirigir las acciones conforme a esa comprensión

La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades

La insuficiencia de las facultades no necesita tener origen morboso. Así, una distribución de la alteración proveniente de falta de sueño y agotamiento, no es sino "normal", pero puede dar lugar a Inimputabilidad.

Dentro de la insuficiencia de las facultades caben todas las

OLIGOFRENIAS: casos en que hay una falta de inteligencia congénita o producida por detención del desarrollo, que reconoce tres grados: Profundo / Medio / superficial, Llamados tradicionalmente idiocia, imbecilidad y debilidad mental, a condición de que no provoquen una incapacidad mas profunda.

DEMENCIAS: Son otra forma de insuficiencia, las PSICOSIS, endógenas esquizofrenia y psicosis maniaco melancólicas o exógenas, que son las provocadas por las mas variadas enfermedades orgánicas.

Debe quedar claro que las alteraciones morbosas de las facultades son, en definitiva, UN SUPUESTO MAS DE INSUFICIENCIA, pero hace bien la ley en precisarlo por separado, porque hay afecciones de la mente que producen un aumento de ciertas facultades, como por ejemplo la TAQUIPSIQUIA, que es una ideación muy rápida, tanto que el sujeto no llega a completar las ideas que expresa.

Algunos casos particulares.

La incapacidad psíquica para comprender la antijuricidad de una conducta no puede determinarse mediante el simple equipamiento del sujeto dentro de una entidad nosotaxica, sino que requiere la valoración del esfuerzo que el sujeto debía Realizar para comprender la antijuricidad, tarea que incumbe al juez y sobre la que el perito solo debe ilustrar.

DELIRIO:

Llamada también “locura razonable”. El delirante padece en realidad una tremenda alteración de toda su relación con el mundo, puesto que su centralización ideativa tiene todo lo que ve a través de su interpretación arbitraria del mundo.

Esto no debe confundirse con algunas oligofrenias, que pueden hacer al sujeto inimputable para ciertos delirios y no para otros: la oligofrenia es como un largavistas que no tiene poder suficiente para dejarnos ver objetos muy lejanos y muy pequeños, pero el delirio es un largavistas que puede ser potente, pero que tiene los vidrios de color, lo que nos hará distorsionar todo lo que veamos.

PSICOPATIAS O PERSONALIDADES PSICOPATICAS:

La psiquiatría no define claramente que es un psicópata. Si lo consideramos como al sujeto que tiene una atrofia absoluta e irreversible de su sentido ético, entonces, no tendrá capacidad para comprender la antijuricidad de su conducta, y por ende, será un inimputable.

LA NEUROSIS:

La neurosis que algunos llaman “enfermar por causas psíquicas”, por lo general no dan lugar a Inimputabilidad. Toda neurosis tiene un núcleo problemático y provoca una alteración de la personalidad, pudiendo dar lugar a un estado del sujeto en que se le haga sumamente difícil la comprensión de la antijuricidad de su conducta. Esto debe manejarse con sumo cuidado y tener en cuenta la potencialización de ciertas tensiones y situaciones prolongadas. (convivencia filiar., en que median los malos tratos).

Situaciones eminentemente vivenciales en sujetos que nada tienen de patológico, pueden generar un estado de incapacidad de comprensión de la antijuricidad por insuficiencias de sus facultades. Esto es lo que sucede en ciertas circunstancias particularmente amenazadoras, en que el grado del miedo –miedo normal-, no patológico , es decir miedo explicable. Donde la capacidad del sujeto se disminuye notablemente, quedando por debajo del nivel de exigibilidad y por consiguiente reprochabilidad.

TOXICOFRENICOS:

Que tiene incorporado el tóxico a su forma de vida, especialmente cuando lo tiene incorporado a su metabolismo en forma que no puede prescindir de él sin padecimiento físico, es un claro caso de Inimputabilidad.

Ley de estupefacientes (20.711)

Dice que las tenencias de estupefacientes, aunque sea para consumo privado, es típica, pero siempre y cuando por la forma o la cantidad, sea susceptible de poner en peligro la salud de terceros.

La imputabilidad disminuida:

Son casos en que la exigibilidad de la comprensión de la antijuricidad no se halla totalmente excluida, aunque este sensiblemente disminuida en el sujeto, son casos de menor culpabilidad por menor reprochabilidad de la conducta.(ej. Emoción violenta art. 81 inc. 1 CP).

El error de prohibición:

El error de prohibición no pertenece para nada a la tipicidad ni se vincula con ella, sino que es un puro problema de culpabilidad .

Se llama error de prohibición al que recae sobre la comprensión de la antijuricidad de la conducta.

Cuando es invencible, es decir cuando con la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuricidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad.

Cuando es vencible, nada afecta a la tipicidad dolosa o culposa que ya esta afirmada al nivel correspondiente, teniendo solo el efecto de disminuir la reprochabilidad, es decir la culpabilidad, que se traduce cuantía de la pena.

El error de prohibición puede ser:

1) Error que afecta el conocimiento de la antijuricidad que puede ser:

Directo: cuando recae sobre el conocimiento de la norma prohibitiva.

Indirecto: que recae sobre la permisión de la conducta, y que puede consistir en :

- la falsa suposición de un permiso que la ley no otorga.
- La falsa admisión de una situación de justificación que no esta dada(justificación putativa).

El error de comprensión:

Que afecta la comprensión de la antijuricidad.

El sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no le es exigible la internalización de la pauta que conoce.

Si nosotros visitamos la casa de un esquimal y su ocupante quiere agasajarnos ofreciéndonos a su mujer perfumada de orines, nos resultará bastante difícil recibir el agasajo y, aunque sepamos que el anfitrión tomará esto como ofensa, se nos hará muy arduo internalizar la pauta de conducta que evite la injuria que le inferimos. Si un juez esquimal tuviera que juzgarnos por la injuria cometida, difícilmente podría exigirnos que hubiésemos internalizado esa pauta de conducta.

El error de y el error culturalmente condicionado en general.

El condicionamiento cultural no da lugar a un error de prohibición, sino que puede dar lugar a distintas clases de errores. Así los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente ecuatoriano, tienen el convencimiento de que el hombre blanco siempre los matará en cuanto les vea, de modo que deben adelantarse a ésta acción, entendiendo que es un acto de defensa. En tal caso, nos hallaremos con un error de prohibición culturalmente condicionado pero que será una justificación putativa y no un error de comprensión.

CASOS ESPECIALES DE ERROR.

Error de prohibición, de subsunción y de punibilidad.

El error que recae sobre el *cumplimiento de un deber jurídico* es un error sobre el alcance de la norma prohibitiva, con la única diferencia de que el autor cree actuar conminado por otra norma prohibitiva.

Subsunción parece significar el encuadre típico de la conducta.

Este error de subsunción es un error invencible de prohibición que no tiene por resultado eliminar la comprensión de la Antijuricidad, sino solo permitir la comprensión de un menor grado de injusto, se impone aplicar la norma correspondiente al injusto en cuya Antijuricidad creyó incurrir el autor y no la del injusto realmente cometido.

El error sobre la *punibilidad* del delito, apareja la falsa creencia de que el delito no es punible. Este error es irrelevante para nuestra ley, pues no afecta la posibilidad de comprensión del carácter "criminal" de la conducta, que es lo que debe faltar para eximir de responsabilidad.

La falsa suposición de atenuantes.

Se trata de otro caso de error de prohibición que tiene por efecto permitir únicamente la aplicación de la pena prevista por un injusto menor.

Cuando quien le alcanza un martillo al que golpea a otro, cree cooperar en el homicidio (ser cómplice), pero en realidad el que golpea se halla en una crisis epiléptica (ausencia de conducta), lo que hace que el que entrega el martillo sea autor y no cómplice, cosa que el sujeto ignora.

Política criminal y error.

Desde el punto de vista político-criminal, en nuestro contexto, el trato diferenciado de la mal llamada "justificante putativa" vencible como delito culposo, es un medio estatal de encubrir delitos dolosos contra la vida cometidos por sus agentes armados.

ESTADO DE NECESIDAD INCULPANTE

El inc. 2 del art. 34 del C.P. dice: ...el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente.

Este supuesto suele considerarse como limitado a la coacción, al supuesto en que la amenaza proviene de una conducta humana: "te mato si no matas", el que bajo amenaza de muerte es obligado a integrar un pelotón de fusilamiento, por ejemplo.

Lógicamente, no puede haber una desproporción notoria entre el mal que se evita y el que se causa, porque en tal caso a magnitud del bien salvado no podrá tomarse en cuenta para disminuir el injusto cometido.

Por "mal grave" debe entenderse en su relación respecto "al mal causado", pues aquí también se requiere una cierta ponderación de males y también, "grave conforme a las circunstancias personales del amenazado".

Siempre es más exigible que se cumplan los deberes mayores que los menores. De allí que un ligero resfrío pueda excusar la ausencia a clase, pero no excusar la ausencia a la propia nupcia, dejando a la novia en el altar.

Para que esté reducido el injusto y, por ende, sea menor la exigibilidad de evitarlo, hasta el punto de no alcanzar el umbral mínimo necesario para la formulación del reproche de culpabilidad, es necesario que el autor no se halle en ninguna particular situación jurídica de la que se derive el deber jurídico de afrontar el peligro.

Estado de necesidad y coacción.

El estado de necesidad exculpante sabemos que es el que se da cuando entran en colisión males; no evitándose uno de mayor entidad que el que se causa. La coacción será un estado de necesidad justificante. Así si A amenaza de muerte a B para que mate a C, habrá un estado de necesidad exculpante, pero si A amenaza de muerte a B para que se apodere del reloj de C, el estado de necesidad en que se encuentra B será justificante.

Casos de coacción:- en el que el mal que se amenaza es superior al que se obliga a realizar (coacción justificada). Se resuelven por el inciso 3 del art. 34 C.P. (necesidad justificante).

- Cuando el mal que se amenaza es equivalente al que se obliga a realizar (coacción exculpante). Se resuelven por el estado de necesidad exculpante del inciso 2 del art. 34 C.P. que además de la coacción contempla las necesidades exculpantes provenientes de hechos de la naturaleza.

Desconocimiento y falsa suposición de la situación de necesidad.

El sujeto que ignora la situación objetiva de necesidad en que actúa no es culpable, porque su autodeterminación permanece intacta, debido a que la necesidad no influyó para nada en su motivación.

Cuando el sujeto supone falsamente que se halla en una situación de necesidad inexistente, se tratará de un caso que debe resolverse como si fuese un error de prohibición.

IMPOSIBILIDAD DE DIRIGIR LAS ACCIONES CONFORME A LA COMPRENSIÓN DE LA Antijuridicidad.

El segundo supuesto de la inimputabilidad.

Se da cuando la incapacidad psíquica hace inexigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la Antijuridicidad. Esta segunda hipótesis está contemplada en la imposibilidad de "dirigir sus acciones" o como incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la Antijuridicidad. Ej. Las psiconeurosis, las fobias, o la histeria. Un supuesto no patológico puede estar dado por el miedo.

LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA.

Distintos supuestos.

La obediencia jerárquica presupone una estructura jerarquizada establecida por el derecho.

La obediencia debida puede tener varios supuestos:

- 1- Que la orden sea impartida legítimamente.
- 2- Que la orden no sea legal salvo en la forma.
- 3- Que la orden manifiestamente antijurídica del superior jerárquico, se cumpla.
- 4- Que la orden manifiestamente ilegal se cumpla en forma que configure en injusto.
- 5- Puede ser que el subordinado tenga conciencia efectiva de la Antijuridicidad de la orden, pero que se encuentre en estado de necesidad inculpante.

De las cinco hipótesis que acabamos de mencionar, vemos que la primera y la segunda son casos de atipicidad por cumplimiento de un deber jurídico; la tercera es un estado de necesidad justificante; la cuarta es un error de prohibición y la quinta es un estado de necesidad exculpante.

LA AUTORÍA

Planteamiento general.

Frecuentemente el delito no es obra de una sola persona. Se dan supuestos en que concurren varias personas en un solo acontecimiento. Cabe distinguir entre los que son autores y otras que participan pero no son autores.

A la concurrencia de personas en el delito se la llama "participación", pero, en un sentido estricto, participación es sólo la concurrencia de quienes participan sin ser autores.

En el sentido estricto, participación es "participación" en la conducta del autor, que pueden tener la forma de *instigación* (cuando se decide a alguien a la comisión de un injusto o de un delito) o de *complicidad* (cuando se coopera con alguien en su conducta delictiva).

Naturaleza de los conceptos de autor y partícipe.

De acuerdo al art. 47, cómplice es el que coopera con el autor.

No tan claro queda el término de instigador. Así el art. 83 C.P. pena al que instigare a otro al suicidio; o sea, inducir a alguien a hacer algo.

El art. 45 dice, instigador es el que determina a otro.

El sistema del Código Penal Argentino.

Para nuestro código, no todos los que concurren al delito son autores, sino que distingue entre autores, cómplices e instigadores, respetando la "naturaleza de las cosas".

El código adopta un método especial para la fijación de las penas, introduciendo una distinción entre los cómplices, según que estos sean simples cómplices (cómplices secundarios), a los que pena en forma atenuada, o que sean cómplices que en realidad prestan al autor una cooperación imprescindible, pero que no son autores porque no reúnen los requisitos típicos necesarios para serlo, a los que equipara al autor en cuanto a la pena.

Por otra parte, pena como autor al que se vale de alguien que no domina el hecho (autoría mediata).

Los art. 45 y 46 establecen que la pena del delito se aplicará a los *ejecutores*, a los *determinadores* y a los *cooperadores necesarios*, en tanto que la escala reducida se aplicará a los *cooperadores no necesarios*.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Criterios que se han sostenido.

Para unos, los partícipes son autores y las normas a su respecto son causas de atenuación de pena. Este es el concepto *extensivo* de autor, que se funda en la causalidad y en la teoría de la equivalencia de las condiciones. Todo el que aporta algo es autor y no hay manera de distinguir entre autor y partícipe.

Esta teoría extensiva del autor debe ser rechazada, si la participación es una forma de atenuar la pena de la autoría, no puede ser partícipe quien no tiene los requisitos para ser autor.

No podría ser cómplice de aborto el farmacéutico que proporciona un abortivo a una mujer para que ésta lo aplique o ingiera, porque tratándose de un aborto causado por la propia mujer encinta, no cabe duda de que no es el farmacéutico que está encinto.

Nos resta explicar el mal llamado *concepto restrictivo*.

Según este concepto es autor el que reúne los caracteres típicos para serlo, siendo la complicidad y la instigación formas de extender la punibilidad. Esta es la teoría que se impone a la luz de nuestra legislación, porque de otro modo no se explica para qué la ley se ocupa de los cómplices en forma especial.

Formas de delimitación entre autoría y participación.

Según el criterio subjetivo de distinción, sería autor el que quiere el hecho como propio. Para saber cuándo se quiere el hecho como propio se suele echar mano del interés que el autor tiene para obtener el resultado o de la voluntad que tiene en dominar el hecho.

Se ha afirmado que la hermana de la parturienta que por indicación de ésta –postrada y carente de fuerzas- ahogó al recién nacido en la bañera, no era autora, sino cómplice, porque no quería el hecho como suyo ni tenía interés en el resultado por sí misma.

Los ensayos que se han hecho para establecer la línea divisoria entre autoría y participación a partir de criterios eminentemente objetivos no han tenido tampoco éxito.

La primera tentativa es la llamada teoría “formal objetiva”, según la cual solo puede ser autor el que realiza personalmente toda la acción descrita en el tipo. Esta teoría resulta también insostenible. Porque si alguien encañona a un paseante con un arma mientras otro se apodera de su billetera, en lugar de ser robo con arma sería un delito de coacción cometido por el que encañona y un hurto por el que se apodera.

Con motivo del fracaso del criterio objetivo llamado formal, se trató de buscar un criterio objetivo llamado “material”, que se funda en las teorías que pretendían limitar la causalidad distinguiendo causas (determinantes y coadyuvantes).

El criterio del dominio del hecho como señalizador de la autoría.

En los últimos años se ha ido abriendo paso en la doctrina un criterio distintivo que se conoce como del “dominio del hecho”; o sea el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho.

El criterio del dominio del hecho se rige por aspectos tanto objetivos como subjetivos, puesto que el señorío del autor sobre el curso del hecho lo proporciona tanto la forma en que se desarrolla en cada caso la causalidad como la dirección que a la misma se le imprime, no debiendo confundirse con el dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo), sin tener el dominio del hecho.

FORMAS DE AUTORÍA.

Autoría directa y autoría mediata.

Hay dominio del hecho cuando el sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en el tipo.

El caso en que un sujeto llene objetivamente y subjetivamente los requerimientos de la conducta típica en forma personal y directa, tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho. Pero puede suceder que también lo haga valiéndose de alguien que no realiza conducta, como cuando el que empuja a otro sobre una vidriera lo hace para cometer el delito de daños contra el comerciante a quien odia. En este caso, puesto que el empujado actúa como una masa mecánica, lo mismo da que haya sido su cuerpo o una piedra, de manera que el que actúa valiéndose de alguien que no realiza conducta también es autor *directo*, porque realiza directamente la conducta típica.

Autoría mediata es la que realiza quien se vale de otro que no comete injusto, sea porque actúa sin dolo, atípicamente o justificadamente. El que se vale del actor mediante el revolver cargado, asegurándole que contiene balas de fuego, indiscutiblemente que tiene en sus manos el dominio del hecho, pues el actor “no sabe lo que hace”, ya que cree que está representando cuando en realidad está causando la muerte.

En otras palabras, tiene el dominio del hecho porque se está valiendo del permiso legal que tiene el otro a raíz de la situación en la que él lo ha colocado.

Autoría y coautoría.

Puede ser que en un delito concurren varios autores. Si los varios autores concurren en forma que cada uno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica, como si cinco personas descargan puñetazos contra una sexta causándole todas lesiones, habrá una co-autoría que no admite dudas, pues cada uno tiene el dominio del hecho en cuanto al delito de lesiones que le es propio. Pero también puede acontecer que los hechos no se desarrollen de esta manera, sino que haya una división de la tarea.

La explicación para estos casos se da por el llamado “dominio funcional del hecho”, es decir, cuando el aporte al hecho que cada uno hace es de naturaleza tal que, sin ese aporte el hecho no podría haberse realizado.

El chofer del automóvil será co-autor cuando se trate de un robo en que se opera por sorpresa y es menester desaparecer antes de que la gente reaccione.

En cambio, el chofer será un mero partícipe si solo acude por comodidad de los autores o del autor, si se limita a facilitarles la empresa delictiva que bien podría desarrollarse sin su cooperación.

En la co-autoría, cada uno de los co-autores debe reunir los requisitos típicos exigidos para ser autor.

AUTORÍA DOLOSA Y AUTORÍA CULPOSA.

Precisión de la diferente base conceptual.

La autoría culposa se basa exclusivamente en la causación: recordemos que autor culposo es el que *causa* un resultado (determinado por la violación de un deber de cuidado) no pudiéndose hablar allí de dominio del hecho.

La *autoría dolosa* se basa en el dominio del hecho, la *culposa* lo hace en la causación del resultado.

Consecuencias de la diferencia.

La diferente fundamentación que tiene la autoría dolosa (en el dominio del hecho) y la culposa (en la causación del resultado) tienen consecuencias muy diferentes con respecto a la participación: la *participación* sólo es concebible en la autoría dolosa.

Todo el que pone una causa para el resultado, en la tipicidad culposa es autor.

El autor culposo es básicamente el causante y el autor doloso es el que tiene el dominio del hecho.

EL AUTOR DOLOSO EN EL CÓDIGO PENAL.

El ejecutor.

Art. 45 C.P. ...”los que tomasen parte en la ejecución del hecho”...”tendrán la pena establecida para el delito”.

Este artículo abarca a quien ejecuta y a quien toma parte de la ejecución (autor y co-autor).

El determinador.

El que determina a otro puede ser el autor mediato, pero también determina a otro el que se vale de quien no realiza conducta, o sea ...”los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”.

EL AUTOR DE DETERMINACIÓN.

Delitos de propia mano y “delicta propia”.

Se llaman delitos de propia mano a los que solo puede cometer el autor realizando personalmente la conducta típica. El más claro de estos delitos es la violación: solo puede ser cometida por el que tiene acceso carnal.

El auto-aborto no puede ser cometido por otro que no sea la mujer embarazada.

En los llamados “delicta propia” solo puede ser autor el que tiene los caracteres que están exigidos al autor en el tipo objetivo (no puede ser autor de cohecho pasivo el que no sea funcionario público).

Por ser delitos de “propia mano” quedaría impune la mujer que se vale de otro que no realiza conducta, así como la que se vale de otro que realiza conducta, pero cree que la mujer con que yace aparenta estar dormida porque es “vergonzosa”, cosa de que lo convenció la determinadora. Ni el que no realiza conducta ni el que actúa creyendo en el consentimiento de la mujer, cometen un injusto del que pueda ser accesoria la conducta de la mujer, lo que excluye la participación, pero tampoco la mujer puede ser

autora, porque se trata de un delito de propia mano, en que el tipo requiere la comisión directa y personal del autor.

Estos huecos que se producen entre la autoría y la participación, y que nuestro CP soluciona creando un tipo de determinación a cometer delito y penando con la pena del delito, obedecen a que los delitos de propia mano y los delitos propios son limitaciones de carácter legal al principio del dominio del hecho como caracterización de la autoría.

El tipo especial de autor de determinación.

ART. 45 de CP: "en la misma pena incurrirán los que hubiese determinado directamente a otro a cometerlo". Tanto determina el que se vale de otro como autor, como el que se vale como instigador, como el que lo hace sin ser autor ni instigador. *Este último puede ser penado como autor de la determinación misma y no del delito a que ha determinado.* La mujer no es penada como autora de violación, sino que se le aplica la pena de la violación por haber cometido el delito de *determinar a la violación*; el sujeto no es penado como autor de cohecho pasivo, sino *como autor de la determinación al cohecho pasivo.*

Este artículo habla de *autoría mediata* (el que se vale de otro que no comete3 injusto); los de *autoría directa* (del que se vale del que no realiza conducta); los de *instigación* (que no es autoría sino participación) y los de quienes determinan sin ser autores ni partícipes, a los que pena como *autores de la determinación de otro a cometer el delito* y no como autores del delito.

EL CÓMPLICE PRIMARIO NO ES AUTOR NI CO-AUTOR.

Coautoría y complicidad primaria.

La coautoría se distingue de la participación en que hay una división del trabajo que implica un aporte necesario para la realización del hecho (dominio funcional del hecho) conforme al plan concreto.

Sin embargo, el art. 45 establece que los que "prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito".

Sintetizando todo nuestro planteo, vemos ahora que los ejecutores son autores, los determinadores pueden ser autores mediatos, directos, autores del tipo especial de determinación de otro, o instigadores, y los auxiliares o cooperadores son cómplices, sean necesarios o simples (primarios o secundarios).

Ejemplos de concurrencia de personas en el delito.

- Instigador es el que determina a un injusto a alguien: el que convence a otro de que tiene derecho a violentar la puerta de la casa locada por un tercero y ocuparla (usurpación).
- Cómplices primarios también son los que hacen un aporte necesario, pero no toman parte en la ejecución, porque el aporte tiene lugar solo en la preparatoria y no en la ejecutiva.
- Cómplices secundarios son los que prestan cualquier otro tipo de cooperación al autor: el que facilita el arma con que va a cometer el delito.

PARTICIPACIÓN (INSTIGACIÓN Y COMPLICIDAD).

CONCEPTO GENERAL

Naturaleza.

La participación en sus dos formas (instigación y complicidad), es el aporte doloso que se hace al injusto doloso de otro.

La participación debe ser siempre accesoria de un injusto ajeno. No puede haber participación criminal (sea instigación o complicidad) en la conducta de otro, se la conducta del otro no es típica y antijurídica.

Otras opiniones acerca de su naturaleza.

La participación es accesoria del hecho principal, es decir, si el hecho principal se intenta, el partícipe es penado conforme a la escala del delito en grado de tentativa con la que le corresponde con la escala de participación (pena del autor o pena reducida).

Tiene carácter accesorio en nuestra ley penal, pero dentro de las opiniones que sostienen su naturaleza accesorio, hay distintas teorías:

- La teoría de la accesoriedad mínima: la participación es accesorio de una conducta típica.
- La teoría de la accesoriedad limitada: lo es de una conducta típica y antijurídica (injusto).
- Según la accesoriedad extrema: lo es de una conducta típica, antijurídica y culpable.

Participación y encubrimiento.

Es una conducta que tiene lugar cuando ya se ha ejecutado el delito, no puede considerarse una forma de participación en el delito, sino una cooperación posterior al autor, lo que hizo paulatinamente.

El principio general es que solo puede haber participación mientras el injusto no se ha ejecutado; cuando termina la ejecución del injusto, ya no es posible la participación y solo es posible contemplar la posibilidad de que la conducta encuadre dentro de algunos de los supuestos típicos de encubrimiento.

Así, quien da treinta golpes para lesionar, consuma el delito desde que da el primer golpe que causa lesión, pero sigue ejecutando el delito hasta que da el último golpe que lesiona.

En síntesis, la participación puede tener lugar mientras no se ha agotado la ejecución del injusto, aún cuando ya se halle consumado

REQUISITOS DE LA PARTICIPACIÓN.

Aspecto interno de la accesoriedad.

La participación requiere el dolo de contribuir a un injusto doloso.

Aspecto externo.

Requiere que el hecho principal se halle en una etapa ejecutiva para que la participación sea punible, es decir, que por lo menos el injusto se haya intentado.

PROBLEMAS PARTICULARES DE LA PARTICIPACIÓN.

Formas especiales de participación.

La participación puede darse en forma eslabonada, es decir, la llamada *participación en cadena*, que tiene lugar cuando se instiga a *instigar*, se instiga a la complicidad, se es cómplice de la instigación y se es cómplice del cómplice. Así, hay participación en cadena cuando se decide a alguien para que convenza a otro de la conveniencia de que elimine a su enemigo.

Error en la participación.

El artículo 47 del CP dispone: "si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar".

Esta disposición revela la naturaleza dolosa de la participación: se pena al cómplice sólo en la medida de su dolo, es decir, de la voluntad de magnitud de injusto que quería contribuir a que el autor realizase, y no en la medida del que objetivamente cometió el autor.

La llamada comunicabilidad de las circunstancias.

El artículo 48 del CP establece que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

Entendemos que el artículo 48 se está refiriendo exclusivamente a todas las relaciones, circunstancias y calidades personales que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a las causas personales de exclusión de pena. Entendida la disposición en este sentido resulta clara y comprensible, pese a su defectuosa redacción.

El que coopera con otro que se halla en un estado de emoción violenta, no puede ser penado si no se encuentra él mismo en estado de emoción violenta. El estado de emoción violenta sólo podrá tomarse en cuenta para el autor, coautor o cómplice que lo presente.

Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

INSTIGACIÓN.

Concepto y medidas.

Instigador es el que determina dolosamente a otro a la comisión de un injusto doloso. Consecuentemente, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica.

Debe cometerse mediante un medio psíquico.

Hay determinación directa cuando el que determina es autor, pero también la hay cuando el que determina es instigador; pero no hay determinación directa cuando un sujeto se limita a hacer sutiles sugerencias, sugerimientos ambiguos o medias palabras.

Por medio psíquico directo no debe entenderse solo la palabra clara y determinante, sino que puede ser cualquier otro medio simbólico: gestos, actitudes, palabra escrita, claves, etc.

El resultado de la instigación.

La instigación debe tener como resultado haber decidido al autor a realizar el hecho. Cuando el autor ya está decidido a realizarlo no hay instigación.

LA COMPLICIDAD.

Concepto y clases.

Cómplice es quien auxilia o coopera dolosamente al injusto doloso de otro.

La contribución del cómplice puede ser de cualquier naturaleza, incluso intelectual.

Complicidad primaria es la que resulta de limitaciones legales al principio del dominio del hecho.

La complicidad secundaria es cualquier clase de cooperación a la ejecución del hecho, llevada a cabo en cualquier momento, desde la preparación hasta el agotamiento.

Conforme a lo que hemos dicho, quien facilita la labor del incendiario facilitándole recipientes con combustible es cómplice, porque coopera a la ejecución del hecho, lo mismo que quien le alcanza los recipientes cuando ya ha hecho el fuego grande.

TENTATIVA

Concepto de tentativa.

En el delito doloso no se pena solamente la conducta que llega a realizarse totalmente o que produce el resultado típico, sino que la ley prevé la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, pe quedarse en una etapa anterior a la realización.

El delito se inicia cronológicamente como una idea en la mente del autor, que a través de un proceso que abarca la concepción (idea criminal), la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento, llega a afectar el bien jurídico en la forma descrita por el tipo.

La ley amplía la tipicidad con la fórmula de la tentativa hasta abarcar los actos que implican un comienzo de la ejecución del delito.

Art. 42 C.P.:

El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

Art. 44 C.P.:

La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.

Esta fórmula legal, deja fuera del ámbito de la tentativa los *actos preparatorios* previos a la ejecución del hecho. Sólo por excepción se tipifican en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir (art. 210 C.P.) o la complicidad para cometer traición (art. 216 C.P.).

Naturaleza.

Hay dos posiciones en la doctrina: el delito incompleto y el delito independiente

1. **El delito incompleto:** es en el delito que no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o porque no se produce el resultado.

2. **El tipo independiente:** ej.: el encubrimiento (art. 277 C.P.)

La cátedra se inclina por la posición del delito incompleto.

El fundamento de la punición de la tentativa.

Hay distintos criterios:

- a) Para unos la tentativa se pena atendiendo a criterios objetivos porque pone en peligro un bien jurídico. De ser ello cierto, la tentativa idónea, en que no hay puesta en peligro de un bien jurídico, no sería punible. Debe rechazarse frente a nuestro C.P. que pena la tentativa idónea (art. 44 último párrafo).
- b) Para otros la teoría subjetiva es la que predomina, la tentativa se pena porque revela una voluntad contraria al derecho. Conforme a este criterio, como la voluntad contraria al derecho que hay en la tentativa es igual a la que hay en el delito consumado, no corresponde distinguir entre la pena de la tentativa y la del delito consumado. Es también inadmisibles frente a nuestra ley positiva, que establece una pena reducida para la tentativa (art. 44 C.P.).
- c) Otros se limitan a fijarse solo en el autor y a fundar la punición de la tentativa en la peligrosidad del autor. Este criterio tampoco funciona dentro de nuestro C.P., pues sus partidarios solo pueden afirmar que la tentativa idónea es la única que se funda en la peligrosidad del autor.
- d) A partir de la teoría de la prevención general se ha dicho que la tentativa se pena por ser peligrosa. Según esta teoría se sostendría que lo único que fundamentaría la punición de la tentativa sería la alarma social.

La teoría de la impresión resultaría, frente a nuestro derecho positivo, francamente violatoria del principio del artículo 19 C.N., en cuanto penaría conductas que no afectan los bienes jurídicos.

Ninguna de estas posiciones resulta sostenible dentro de nuestro sistema, creemos que la tentativa tiene una doble fundamentación: *obedece a que hay en ella dolo y la exteriorización de ese dolo siempre implica la afectación de un bien jurídico*. La circunstancia de que la tentativa sea un delito incompleto no altera las reglas generales según las cuales los delitos requieren una tipicidad objetiva y subjetiva.

La afectación del bien jurídico en la tentativa.

Es verdad que la tentativa, implica una puesta en peligro del bien jurídico tutelado, pero, en modo alguno está ello requerido por nuestro C.P..

Seguridad jurídica tiene dos aspectos: uno objetivo (posibilidad de disposición o disponibilidad) y otro subjetivo (sentimiento de seguridad jurídica o certeza de la disponibilidad). Esto es la seguridad jurídica entendida como lo que el derecho debe cumplir socialmente, pero en el orden individual, si bien la disponibilidad se la afecta con la lesión y con el peligro. También se la afecta cuando la conducta en concreto, sin haber puesto en peligro el bien, haya podido perturbar al titular en su disponibilidad como consecuencia de la sensación de inseguridad que la acción le infunde. No se trata de que la acción de inseguridad la tengan los demás, sino de la sensación de inseguridad que como resultado de la acción que se percibe como amenazadora pueda tener el titular del bien jurídico.

Toda acción que se aproxima más o menos a la materialización de una tipicidad penal que afectaría a alguno de nuestros bienes jurídicos, aunque no haga correr efectivo peligro al mismo, nos puede perturbar en nuestro sentimiento de disponibilidad. Ej.: si la empleada de nuestra casa quiere envenenarnos y para ello usa bicarbonato en lugar de cianuro no habrá puesto en peligro nuestro bien jurídico vida, pero lo más probable es que no podamos reprimir la sensación de inseguridad.

Esta forma de afectación del bien jurídico no consiste en la alteración o supresión de la relación de disponibilidad por daño o lesión, si no en la alteración por el peligro de perturbación del titular de la disponibilidad, es decir, que al lado del daño y del peligro, aparece la *perturbación* como tercera forma de afectación del bien jurídico.

El dolo en la tentativa.

La tentativa requiere siempre del dolo "el fin de cometer un delito determinado" (art. 42 C.P.). No hay ninguna razón para excluir de la tentativa al dolo eventual: hay tentativa de homicidio cuando se le arroja una granada de mano a alguien y no se logra matarle, pero también cuando se arroja la granada de mano contra un edificio sin preocuparse de la posible muerte del morador que está durmiendo junto a la ventana.

Se ha pretendido que la palabra "determinado" excluye de la tentativa al dolo eventual. Ello no tiene fundamento lógico y histórico. El fin de cometer un delito es propio del dolo directo; el dolo eventual sería "el fin de cometer un delito *indeterminado*". La palabra determinado fue puesta en la ley para excluir de la tentativa al "dolo de ímpetu", que es la voluntad lesiva que irrumpe de repente, surgiendo en forma volcánica como quién en un impulso de furor arroja algo contundente contra su enemigo. La tentativa de homicidio o lesiones con dolo de ímpetu está excluida del art. 42, pero no en razón de la palabra "determinado", si no porque se incluyó la figura del abuso de armas (art. 104 del C.P.).

Art. 104 C.P.:

Será reprimido con uno a tres años de prisión el que disparare de fuego contra una persona sin hierirla.

Esta pena se aplicará aunque se causare herida a que corresponda pena menor, siempre que el hecho no importe un delito más grave.

Será reprimida con prisión de quince días a seis meses, la agresión con toda arma, aunque no se causare herida.

La posibilidad de una tentativa culposa es insostenible, porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad. El dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, es decir, el querer del resultado muerte es el mismo.

La consumación como límite de la tentativa.

Hay tentativa desde que se inicia la ejecución hasta que se consuma el delito. Con la consumación termina toda posibilidad de tentativa.

Por la forma de consumación suelen distinguirse los tipos en instantáneos y permanentes.

Delito instantáneo: el que tiene un solo momento consumativo.

Delito permanente: el que tiene un estado consumativo, es decir, que la consumación se mantiene en el tiempo, como sucede con el secuestro. No es el resultado lo que se mantiene, sino la consumación misma: la circunstancia de que estos tipos tengan una prolongación temporal de la consumación, no les quita de que tengan un momento consumativo (el momento en que priva de la libertad al secuestrado) a partir del cual ya está consumado el delito y termina la tentativa.

Actos ejecutivos y actos preparatorios.

El problema más crítico de la tentativa es la determinación de la diferencia entre los actos ejecutivos o de tentativa y los actos preparatorios que regularmente son impunes.

El problema de la determinación de ese límite se trata de un límite de la tipicidad.

Hay distintos criterios:

- a) **Las teorías negativas:** son un grupo de opiniones diferentes, que tienen una sola conclusión en común: es imposible determinar cuando hay un acto de ejecución y cuando hay un acto de tentativa. Conforme a estas teorías, la ley no debería distinguir entre actos de ejecución y actos de tentativa y punirlos a todos de igual forma. Debe dejarse liberado al prudente arbitrio magistrado, lo que implica nada menos que un problema de límite de tipicidad es entregado por la ley al juez sin darle guía alguna. La fórmula de la tentativa sería la mayor violación a los principios de legalidad y reserva.
- b) **Un criterio subjetivo:** puro de distinción no puede funcionar, porque cualquier acto de preparación termina siendo un acto de tentativa, ya que voluntad criminal hay en todas las etapas.
- c) **Criterios objetivos de univocidad o inequívocidad de los actos de tentativa:** cuando los actos externos son inequívocos, es decir que no pueden considerarse más que dirigidos a la consumación del delito desde el punto de vista de un tercero observador, serán actos de tentativa o ejecutivos, en tanto que cuando el tercero observador no pueda afirmar la inequívocidad, porque los actos sean equívocos y puedan dirigirse a la consumación del delito como a la obtención de otro propósito no criminal, serán actos preparatorios impunes. Esta teoría tiene el inconveniente de que establece como criterio determinante un criterio procesal o de prueba.
- d) **La teoría formal-objetiva:** es la que pretende determinar la diferencia entre acto ejecutivo y acto de tentativa a partir del núcleo del tipo, en el que entiende que tiene que penetrar la acción para ser propiamente ejecutiva. Por comienzo de ejecución entiende el comienzo de relación de la acción descrita por el tipo; comenzar a matar. Este criterio, nos indica que son actos verdaderamente ejecutivos.
- e) **Teoría material-objetiva:** esta teoría pretende completar la formal-objetiva apelando al peligro del bien jurídico. Esta teoría apela a la "natural concepción" y, en general, a la fórmula del "uso del lenguaje", lo que indica que hay una insuficiencia en el criterio que se quiere enunciar.
- f) **El criterio objetivo-individual:** es el que mayor grado de aproximación permite dentro de todos los enunciados. Se toma en cuenta para establecer la diferencia al plan concreto del autor (de allí lo de individual), no pudiéndose establecer la separación entre acto ejecutivo y preparatorio prescindiendo del plan concreto del autor, lo que nos parece acertado.

La tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización del plan delictivo, o también, hay tentativa en toda actividad que, juzgada sobre la base del plan concreto del autor, se muestra conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica.

Por nuestra parte, entendemos que es imprescindible tomar en cuenta el plan concreto del autor para poder configurar una aproximación a la distinción entre ejecución y preparación, pero estimamos que el criterio objetivo-individual tampoco alcanza para resolver los problemas. Entendemos que la delimitación sigue siendo un problema que está abierto y que la ciencia jurídico-penal aún no ha resuelto satisfactoriamente.

Clases de tentativa.

Hay dos clases de tentativa que aparecen en la fórmula del art. 42 C.P.

La tentativa acabada o delito frustrado: es aquella que el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se produce el resultado típico.

La tentativa inacabada: es la que tiene lugar cuando el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica.

Tentativa en la omisión.

Habría una tentativa cuando las demoras en intervenir con fin salvador tiene por efecto aumentar ese peligro. Eso es lo que sucede cuando la madre deja de alimentar a su hijo para que muera, porque a medida que transcurre el tiempo aumenta el peligro para la salud y la vida de la criatura; cuando el bañero deja pasar el tiempo sin acudir al llamado de la persona que pide auxilio, con lo que aumenta cada vez más el peligro para la vida de la misma.

También habría un acto de tentativa cuando el sujeto haya dejado pasar la última oportunidad que tuvo de apartar el peligro y el daño no sobreviniente: así, el que se coloca en una situación de incapacidad para realizar la conducta debida, ej.: el encargado de una torre de control de aeropuerto que bebe una botella de whisky logrando una embriaguez completa que le impide manipular adecuadamente los controles, con el objeto de provocar una catástrofe, la que es evitada por el azar.

Tentativa idónea o delito imposible.

La tentativa idónea o tentativa imposible es aquella en la que los medios empleados por el autor son notoriamente idóneos para causar el resultado.

El último párrafo del art. 44 dispone: *“si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá a la mitad y podrá reducirla al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de la peligrosidad revelada por el delincuente.”*

Hay un error de concepto, porque el delito imposible es aquel al que le falta uno de los elementos objetivos. Ej.: matar a un cadáver, adulterio con su propia mujer, etc.

Es aquel que el autor, con dolo de cometer un ilícito, ha escogido un medio tan idóneo que nunca puede causarse el resultado querido. Ej.: envenenar con azúcar, quiso matar pero se equivocó, creyó que era veneno. Esto, en apariencia, es una acción típica, antijurídica y culpable, pero el medio es absolutamente idóneo y nunca puede llegar al resultado, se lo castiga de diferente manera; con la tentativa idónea, pero con una diferencia; el juez puede eximirlo de la pena, según el grado de peligrosidad demostrada.

El fundamento de la punición de la tentativa idónea.

El fundamento de esta tentativa es el mismo de la tentativa en general.

Contra esta opinión se sostiene que en la tentativa idónea no hay bien jurídico tutelado y que el último fundamento de la punición es la peligrosidad del autor.

En cuanto a que la tentativa idónea hay un bien jurídico tutelado que resulta afectado en forma de *perturbación*.

Desistimiento voluntario.

En el caso de desistimiento voluntario de cometer el delito opera a favor del autor una causa personal de exclusión de la pena. La razón por la que opera esta causa personal de exclusión de la pena se haya en la finalidad misma de la pena: la pena cumple una función prevista que, en el caso, queda demostrado con la actitud del autor que no se hace necesaria la acción preventiva de la pena.

No es específica la naturaleza jurídica de la exclusión de pena en el desistimiento voluntario. El desistimiento es un supuesto de atipicidad o un caso de inculpabilidad.

Modalidades del desistimiento.

El desistimiento tiene modalidades distintas según se trate de tentativa acabada o de una tentativa inacabada.

En la tentativa inacabada basta con que el sujeto interrumpa voluntariamente la conducta.

En la tentativa acabada el desistimiento puede darse, pero debe consistir en un hacer activo. Así quien coloca un artefacto explosivo de relojería puede desistir de la tentativa mientras no se produzca el resultado, es decir, mientras no estalle, pero su desistimiento en este caso debe consistir en un hacer que impida la producción del resultado (denunciar el hecho, desactivar el aparato, avisar a la víctima, etc.). Si pese a que el sujeto realiza la conducta dirigida a impedir el resultado, este sobreviene, habrá una simple tentativa de desistimiento que solo podrá tomarse en cuenta a los efectos del art. 41 C.P.

El desistimiento solo puede tener lugar hasta la consumación formal del delito. La ley otorga eficacia excusante como en el caso de la retractación pública en la injuria (art. 117 C.P.).

Una clase de desistimiento es el que tiene lugar en los casos de la llamada *tentativa cualificada*, es decir cuando en la tentativa quedan consumados actos que constituyen delitos por sí mismos. Así el que desiste de consumir el robo después que ha roto la puerta para penetrar en la casa. En estos supuestos al desaparecer la pena de la tentativa persiste la pena de los delitos que se han consumado en su curso.

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

Unidad de hecho y unidad de conducta.

Un hecho es una conducta.

Nuestra doctrina nacional ha pretendido que un hecho no es una acción, sino que a un hecho le corresponde un resultado y a varios hechos varios resultados. Saber si hay un delito o varios delitos, atendiendo a la cantidad de resultados, es algo que rompe la más elemental vinculación con lo óptico: quien hace un solo movimiento cometerá un delito si causa una muerte y varios delitos si causa varias muertes. Es incomprensible que un solo movimiento pueda ser más de un delito, porque no puede ser más que una conducta.

El número de resultados no tiene nada que ver con el número de conductas, y por ende, con el número de delitos. Para determinar si hay uno o más delitos debemos determinar si hay uno o varias conductas, para lo cual no nos sirve de nada el número de resultados.

¿Cuándo hay una o varias conductas?

Un solo movimiento no puede ser sino sólo una conducta. Pero resultaría infantil creer que cada movimiento es una conducta.

Cuando hay un solo movimiento hay una conducta: el que arroja una bomba aunque hiera o mate a varios realiza una sola conducta.

El problema surge cuando hay varios movimientos. Para que puedan ser considerados como una conducta típica requiere que haya un plan común. Un sujeto puede resolver simultáneamente asaltar diez comercios en diez meses sucesivos y también cometer dos homicidios, sin que ello pueda considerarse todo como una conducta.

También es necesario que haya un factor normativo que la convierta en una unidad de desvalor. Los movimientos que siguen un plan común (factor final) necesitan ser abarcados por un sentido unitario a los efectos de la prohibición (factor normativo), que sólo puede dársele el tipo penal.

Cuando hay un solo movimiento:

- sólo puede haber una conducta.

Cuando hay varios movimientos:

- Hay una sola conducta si hay un plan común (factor final)
- Hay una sola conducta si hay una unidad de sentido para la prohibición (factor formativo)

Delito continuado.

No lo consagra el código sino que es una labor jurisprudencial. Tiene que ver con el principio de la justicia y la equidad. Ej. Juan y Pedro son empleados bancarios; ambos deciden sustraer un millón de pesos del banco; Juan, que es decidido y audaz, toma \$100.000 por día, entonces, durante 10 días sustrae \$1.000.000. Ambos son llevados ante la justicia. Juan, que se llevó los \$100.000 en un momento, responde por hurto simple. Actuó sin violencia, un mes de prisión en suspenso. Pedro responde y se le suman todos los máximos, por concurso, y podrá tener una pena de 20 años de máximo. Esto es una injusticia y viola el principio de la equidad.

De allí que la jurisprudencia ha elaborado la teoría del delito continuado. En este caso específico ambos van a ser penados por un hurto, porque uno se beneficia cuando se dan las circunstancias e que haya unidad de resolución, unidad de dolo, identidad, de víctima e identidad de tipicidad, cuando esto ocurre, habrá delito continuado y no será concurso.

Identidad de víctima: ambos al bando;

Identidad de tipo: que siempre hurte. No que haya robado (si rompe la caja)

Unidad de dolo: yo pienso llevarme \$1.000.000 en diez veces.

Elementos que requiere la continuidad de la conducta, el factor psicológico o factor final, es decir, una unidad de dolo o de resolución, una resolución o dolo unitario. Este es un elemento subjetivo, además de este elemento es necesario uno objetivo que es la identidad del bien jurídico tutelado y la identidad del tipo en que incurre la conducta. La continuidad temporal y espacial no es un requisito invariado del delito continuado pero puede ser un indicio de la continuidad.

Hay delito continuado cuando:

- a) Hay dolo unitario.
- b) Repetición de la afectación típica del mismo bien jurídico que admita grados de afectación
- c) Realizada en forma similar
- d) Cuando la conducta implica una injerencia física en la persona del titular, identidad física de titular

Concurso ideal y unidad de conducta.

No siempre hay un solo delito si hay una sola tipicidad.

Conductas configuradas por una unidad fisiológica, es decir, por un solo movimiento, también pueden ser pluralmente típicas: el que dispara sobre otro y lesiona a un tercero, puede ser autor de homicidio doloso y lesiones culposas.

Lo decisivo para que haya un concurso ideal es que haya una unidad de conducta con una pluralidad de tipos, pero el concurso ideal no requiere una simultaneidad ni ella es decisiva para determinarlo. El que en el concurso de un robo decide matar a la víctima sin ninguna relación con el robo, sino porque en ese momento descubrió que era un antiguo enemigo, no incurre en ningún concurso ideal, porque falta la unidad de la conducta. El concurso ideal presupone la unidad de la conducta, que viola las normas antepuestas a diferentes tipos penales. Debe tratarse de tipos penales diferentes.

Concurso real y pluralidad de conductas.

En el concurso real hay pluralidad de conductas que concurren en una misma sentencia judicial. También se lo denomina concurso material, por oposición al concurso formal (como suele llamarse al concurso ideal). En el concurso ideal concurren leyes en una conducta, en tanto que en el material concurren conductas en una sentencia; en el concurso ideal concurren leyes para calificar pluralmente un mismo delito, en tanto que en el concurso material concurren delitos a los que debe dictarse una sola sentencia y una única pena. La pena es única en ambos casos, pero la del concurso ideal se forma mediante la absorción que la mayor hace de las menores, en tanto que en el concurso material se forma mediante la acumulación de todas.

Para que opere el concurso ideal debe presuponerse que hay una única conducta, y para que opere el real debe haberse descartado la unidad de conducta.

La diferencia que media entre el concurso real y los supuestos de reincidencia es que en la última ya ha habido sentencia condenatoria cuando el sujeto comete un nuevo delito, en lugar en el concurso real se juzgan simultáneamente varios delitos sobre ninguno de los cuales recayó sentencia condenatoria.

El concurso real a diferencia del ideal, puede ser homogéneos (varios delitos típicos del mismo tipo penal), o heterogéneos (varios delitos con tipicidad diferente).

El concurso aparente de tipos.

Hay supuestos en los que parece que concurren varios tipos penales, pero que observados más cercanamente nos permiten percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque en la interpretación adecuada de los tipos la concurrencia resulta descartada, dado que uno de los tipos excluye a otro o a los otros. Suele llamarse a estos casos **concurso aparente de tipos**.

Hay tres principios que son utilizados para descartar la aplicación de tipos penales en los casos de concurrencia aparente: *principio de especialidad*, *principio de consunción* y *principio de subsidiariedad*.

Lo que la ley argentina no prevé son las hipótesis de concurso aparente de tipos.

- a) *Principio de especialidad*: responde a la antigua y conocida regla según la cual la ley especial deroga a la general. Un tipo que tiene además de los caracteres de otros alguno más –como acontece con los tipos calificados respecto de los tipos básicos (parricidio y homicidio simple)- o con tipos alterados respecto de tipos no alterados (robo y hurto). La especialidad es un fenómeno que tiene lugar en razón de un encerramiento conceptual que un tipo hace del otro y que presupone una relación de subordinación conceptual entre los tipos.
- b) *Principio de consunción*: un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material. Es un caso de consunción el del hecho posterior que resulta consumido por el delito previo, como en el caso en que la retención indebida (art. 173 in.2) tiene lugar respecto de la cosa obtenida mediante un ardid (estafa art. 172): en tal supuesto la tipicidad de la estafa (art. 172) descarta la de retención indebida. Otra hipótesis es la del hecho copenado o hecho típico acompañante, que es el que tiene lugar cuando un resultado eventual ya está abarcado por el desvalor que de la conducta hace otro tipo legal, como en el caso de las lesiones leves que resultan de la violencia ejercida en acciones cuya tipicidad requiere la violencia (robo, violación, etc.).
- c) *Principio de subsidiariedad*: tiene lugar cuando hay una progresión en la conducta típica, en la que punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores. Es el fenómeno de la interferencia por progresión, que se produce cuando la tentativa queda interferida por la consumación punible o el acto preparatorio eventualmente típico (art. 233) queda interferido por el acto de tentativa, o el delito consumado en el curso de la tentativa queda interferido por esta (las lesiones y la tentativa de homicidio). El mecanismo que rige a la subsidiariedad es la interferencia, lo que debe tenerse presente, es lo que explica la razón por la cual es punible el delito consumado en el curso de una tentativa calificada cuando por desistimiento no resulta punible la tentativa: se trata de un fenómeno de interferencia y desaparecido el mecanismo interferente al desaparecer la punibilidad de la etapa posterior, resurge la tipicidad punible de la anterior.

MANIFESTACIONES DE LA COERCIÓN PENAL

Las penas en nuestro código.

Las penas principales son: la prisión, la reclusión, la inhabilitación y la multa (art.5 C.P.). Las dos primeras son penas que privan de la libertad personal; la multa afecta al patrimonio del penado y la inhabilitación a ciertos derechos del mismo. Estas penas se dan en forma separada, alternativa o conjunta: separada cuando solo se conmina una de las penas ej.: prisión de 1 a 4 años en el art.83 C.P.; alternativa cuando se conmina dos penas entre las que el juez debe elegir. La conminación alternativa puede ser paralela, en el caso en que la cantidad de pena es la misma cambiando solo la calidad ej.: prisión y reclusión (art.79: de 8 a 25 años de reclusión o prisión). Puede ser no paralela cuando las penas alternativamente cambian en cantidad y calidad, por ejemplo prisión o multa (art. 94). Y la condición conjunta es muy frecuente en nuestro C.P. art. 84.

Art.84 C.P.:

Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años e inhabilitación especial, en su caso, por 5 a 10 años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

El art. 5 C.P. también hace referencia a las penas accesorias, que son las que se derivan de la imposición de las principales, sin que sea menester su especial imposición en la sentencia. Las penas accesorias son la inhabilitación absoluta del art.12 del C.P.

Art. 12 C.P.:

La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más si así lo resuelve el tribunal de acuerdo con la índole de delito. Importan además la prisión, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el C.C. para los incapaces.

En los últimos años se ha desarrollado un peligroso avance del derecho administrativo sobre el penal en nuestro país. El poder ejecutivo se había atribuido una supuesta facultad de imponer penas accesorias de expulsión de extranjeros y pérdida de ciudadanía; la de imponer penas principales e indeterminadas a personas que hayan perjudicado a la Nación; de imponer penas privativas de la libertad indeterminadas cualquier persona, como son las detenciones "a disposición del poder ejecutivo", que si bien no son penas al amparo del artículo 23 constitucional (estado de sitio), lo son cuando se convierten en obligatorias en función de la "suspensión" de la opción de "salida constitucional". Estas últimas penas habían sido complementadas con un no menos inconstitucional sistema de "libertad vigilada".

Privativas de libertad	Reclusión Prisión
Patrimoniales	Multa
Privativas de derechos	Inhabilitación

Inhabilitación absoluta (art. 12 C.P.)	
Decomiso (art. 23 C.P.)	
Clausuras y otras consecuencias penales previstas en leyes especiales	
Que debe ser pronunciada por el tribunal	Reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52 C.P.)

La relativa indeterminación de la pena.

El C.P. argentino sigue el sistema de las penas "relativamente indeterminadas". Salvo las penas que por su naturaleza no admiten la cuantificación, las demás se establecen legalmente en forma relativamente indeterminada, es decir, fijando un mínimo y un máximo dejando que el juez determine en concreto la cuantía de la misma conforme a las reglas de los art. 40 y 41 C.P.

Este sistema se opone en la legislación comparada al de las llamadas “penas fijas”, en que el código no otorga al juez ninguna facultad individualizadora. Este último sistema ya no existe en la legislación penal contemporánea comparada.

Las penas privativas de la libertad en nuestra legislación.

El código Tejedor contenía las siguientes penas privativas de libertad: presidio, penitenciaría, prisión y arresto, división que se mantuvo en el código de 1886. El código vigente redujo las penas privativas de libertad a dos: *reclusión y prisión*. La división de estas penas no tienen mayor sentido. *Todas las legislaciones penales modernas tienden a unificar las penas privativas de libertad*. De cualquier manera, nuestro C.P. mantiene la diversificación de las penas privativas de libertad en reclusión y prisión. Las penas privativas de libertad en nuestro C.P. se completa con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado, prevista en el art. 52 C.P.

Diferencia entre reclusión y prisión.

La diferencia fundamental entre reclusión y prisión deriva históricamente de que la primera se remonta a las viejas penas infamantes, es decir, que su origen era una pena que quitaba la fama, la reputación, privaba del honor, en tanto que la prisión se remonta a penas privativas de libertad que no tenían ese carácter. Esta diferencia se mantiene en forma muy atenuada en el C.P. 1921.

En la sanción del C.P. de 1921 los sometidos a reclusión podían ser usados en trabajos públicos, en tanto que los sometidos a prisión solo lo podían ser en trabajos dentro de los establecimientos dedicados exclusivamente a ellos. El art. 6 C.P. establece esa posibilidad para los reclusos, en tanto que el 9 no lo prevé.

Las diferencias en cuanto a la ejecución de las penas de reclusión y prisión han quedado derogadas, puesto que los art. 6, 7 y 9 C.P., si bien no están formalmente derogados, han perdido vigencia como resultado de la ley penitenciaria nacional. En 1958 se sancionó el decreto-ley 412 conocido como LPN, cuyo art. 131 determina que es complementaria del C.P.. Esa ley no establece diferencia alguna para la ejecución de las penas de reclusión y prisión, suprimiendo las denominaciones de recluso y preso y unificándolas con la de “interno” (Art. 15).

PRISIÓN	RECLUSIÓN
<p>Puede reemplazarse por arresto domiciliario en los casos del art.10 C.P. Debe cumplirse durante ocho meses para obtener la libertad condicional por el condenado a tres años o menos (art. 13). Un día de prisión preventiva se computa como uno de prisión (art. 24) Puede imponerse condicionalmente en los supuestos del art. 26 C.P. La prisión perpetua se reduce en caso de tentativa (art.44) y de complicidad (art. 46) a prisión de diez a quince años.</p>	<p>No puede reemplazarse por arresto domiciliario. Debe cumplirse durante un año para obtener la libertad condicional por el condenado a tres años o menos (art.13). Dos días de prisión preventiva se computan por uno de reclusión (art. 24). No puede imponerse condicionalmente. La reclusión perpetua se reduce en casos de tentativa (art. 44) y de complicidad (art. 46) por reclusión de quince a veinte años. El mínimo por delito consumado es de seis meses (conminada en el art. 93).</p>

La ley 23.057, al reformar al art.52, equipara las penas de reclusión y prisión como presupuestos de la pena accesoria que prevé dicho art., con lo cual había suprimido otra diferencia.

En rigor, las diferencias que subsistirían en la ley obedecen al diferente modo de ejecución de ambas penas, que era más rígido en los casos de reclusión que en los de prisión.

Deportación o reclusión por tiempo indeterminado.

Según la ley, en casos de reincidencia previstos en el art. 52 corresponde a agravar la pena de la última condena con el agregado de una pena “de reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena”. Esta reclusión accesoria por tiempo indeterminado puede también imponerse en caso del art.80, único que a nuestro juicio es constitucional. Las diferencias que tiene esta pena respecto de la reclusión común es su indeterminación y el régimen especial de libertad condicional.

Art.53 C.P.:

En los actos del art. anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el art. 13 y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrado aptitud y hábito para el

trabajo, y además actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales. La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el art. 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su régimen al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1,2,3 y 5 del art. 13, solicitar nuevamente la libertad condicional.

Este art. dispone que los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales. En la práctica esta disposición no se cumple. Esta disposición del art. 53 es inconstitucional, porque son las provincias las que deben establecer quien es el juez natural de la ejecución de la pena y, en caso de la legislación pública interna de la provincia no lo autorice, ninguna ley nacional puede sacar a los penados de sus jueces naturales de ejecución. En síntesis: *la diferencia entre la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art.52 C.P. y las penas ordinarias privativas de la libertad son las siguientes:*

PENAS ORDINARIAS	RECLUSION ACCESORIA
Son determinadas	Es en principio indeterminada, pero dura como mínimo cinco años.
El tribunal no puede dejar de aplicarla (salvo en la tentativa idónea).	El tribunal puede dejar de aplicarla por única vez.
No hay régimen de ejecución distinto y la disposición de que debe cumplirse en establecimiento nacional es inconstitucional, porque viola las facultades legislativas de las provincias. En el orden nacional no hay establecimientos especiales distintos de los ordinarios.	

Cómputo de las penas privativas de libertad.

El art. 77 C.P. establece que los plazos “señalados en éste código se contarán con arreglo a las disposiciones del C.C.”. el art. 23 dispone que “los días, meses y años se contarán para todos los efectos legales, por el calendario Gregoriano”.

Art. 24 C.C.:

El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año. Así, una condena a diez años que se haya comenzado a cumplir el 15 de Agosto de 1984, terminará a las 24 hs. Del 14 de Agosto de 1994 o – lo que es lo mismo – a las 0 hs. Del 15 de Agosto, porque el día de la detención se cuenta como día entero.

Igual criterio debe tenerse en cuenta cuando se interrumpe la ejecución de la pena. La prisión preventiva se computa igualmente desde las 0 hs. Del día en que el sujeto fue detenido, calculándose en las formas en que lo establece el art. 24 C.P., es decir, un día de prisión por cada día de prisión preventiva y un día de reclusión por cada dos días de prisión preventiva.

La ley 21931 reformó el art. 77 C.P. disponiendo que la libertad de los penados se opere el día del vencimiento de la pena a las doce horas en lugar de las 24 hs., que sería la hora del vencimiento. No se alteran los plazos, ya que la condena se considera cumplida recién a la media noche.

Ejecución penal en la Argentina.

Los primeros antecedentes datan de 1933, en donde solamente estaban reglamentados el SISTEMA PENITENCIARIO FEDERAL. Este establecía un régimen progresivo de ejecución en cinco etapas: (ley 11833)

1. Observación
2. Reclusión
3. Orientación
4. Prueba
5. Reintegración

Hoy, por la LEY PENITENCIARIA NACIONAL (14467) que unifica el sistema penitenciario nacional, el régimen progresa a través de tres periodos:

1. Observación
2. Tratamiento
3. Prueba

Observación: estudia al interno y se lo clasifica en: *fácilmente adaptable, adaptable, difícilmente adaptable.*

Tratamiento: el art. 7 L.P.N. establece la posibilidad de dividir el tratamiento en fases, sin entrar en precisiones mayores, lo que es muy aceptado, debido a las diferentes posibilidades de ejecución material existente en el país.

Prueba: es la posibilidad de salidas transitorias (art. 8 L.P.N.) en la que se analiza la persona, con salidas transitorias y regreso y eventualmente la libertad condicional.

Art. 8 L.P.N.:

El periodo de prueba comprenderá, simultanea sucesivamente:

- a) *Incorporación del interno a establecimiento o sección de establecimiento que se base en el principio de autodisciplina;*
- b) *La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento;*
- c) *El egreso anticipado por medio de la libertad condicional.*

El art. 18 del C.P. prevé que si las provincias no tiene establecimientos adecuados para los condenados por más de 5 años, se los puede trasladar, a una unidad del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL.

El art. 11 del C.P. establece que todo el trabajo que realice el penado y la obtención de los fondos se debe destinar a:

- 1) Indemnización, daños y perjuicios
- 2) Para los alimentos
- 3) Costear los gastos que generen en el establecimiento
- 4) Formar un fondo propio que teóricamente se le entrega a su salida

Libertad condicional.

Concepto: es a la posibilidad, que un condenado a pena privativa de la libertad, recurre en forma anticipada y por resolución judicial.

Hablamos de un condenado. Puede recuperar su libertad (art. 13 al 17 C.P.). es el juez el que resuelve el pedido de libertad condicional.

Otro concepto: es la suspensión parcial del encierro en la cual la persona va a quedar sometida a un periodo de prueba.

Tiene que transcurrir las dos terceras partes de la condena. Debe otorgarla el juez a pedido de parte. El juez tiene la facultad. No está obligado.

En: en una violación, una persona fue condenada a seis años de prisión, entonces tiene que haber transcurrido cuatro años para que esta persona pueda gozar de este beneficio de la *libertad condicional.*

Naturaleza jurídica.

¿En un derecho, un beneficio, una facultad? Para la cátedra es un derecho que tiene el condenado de pedirla y la facultad del juez de concederla o no.

Distinto conceptos de la naturaleza jurídica:

1. Es la rectificación de la cuantía de la pena; se reduce la pena.
2. Es una recompensa legal, ya que se le otorga la libertad en forma anticipada y enunciada por la ley.
3. Es la interrupción de la ejecución de la pena.
4. Es la modificación de una sentencia.

Requisitos para la obtención.

1. Debe cumplir una parte de la condena en encierro. Si es perpetua: a los 20 años; si es temporal: las 2/3 partes; si es reclusión menor a tres años: al año; si es prisión menor de tres años: a los 8 meses.
2. Cumplimiento regular a los reglamentos carcelarios. Son las pautas que determina la Ley Penitenciaria Nacional (LPN), y reglamentos internos. No es la disciplina del interno, se califica la conducta y el grado de recuperación que se toma para esta libertad condicional, su progreso en el tratamiento. No olvidar que se busca la resocialización.

Según el art.52 LPN, la conducta debe ser:

Art. 52 LPN: *La calificación de la conducta y concepto será formulado de conformidad con la siguiente escala: a) Ejemplar; b) Muy buena; c) Buena; d) Regular; e) Mala; f)Pésima.*

A veces se ha llegado a concederla hasta el punto d). Rara vez se dé en los siguientes casos.

Existe un gráfico de conducta sobre el que se debe informar.

1. Que no sea reincidente. Art. 14 C.P. Reincidencia: art. 50.
2. No tiene que haber sido revocada anteriormente. La persona la solicita; si la obtiene y viola las condiciones, no se le puede otorgar. Recordemos que es un derecho, es un beneficio que tiene la persona.
3. Fijación judicial de la parte de los salarios que el condenado deberá destinar para el pago de los daños y perjuicios (art. 29 inc.4).

Condiciones.

1. Fijar un domicilio en el auto de soltura, cuando se labra el acta de libertad se le preguntará a la persona dónde va a residir. No puede irse, porque viola la obligación de residencia. Debe constituir un domicilio.
2. Cumplir las reglas de inspección que fija el mismo auto, especialmente el de ingerir bebidas alcohólicas. Esto se da en el caso de que la persona haya cometido un delito por el alcohol; ahí tendrá que cumplir esa obligación.
3. Debe adoptar en el plazo en que se estipule es ese mismo auto de soltura, trabajo, arte, oficio o profesión.
4. No cometer nuevos delitos. Hablamos de delitos ya cuando tiene una condena en su contra, ya que por el principio del art. 18 que una persona es inocente hasta que no tenga una sentencia condenatoria en su contra. Debe haber una condena que así lo avale y no un simple proceso.
5. Debe someterse al cuidado de patronato de liberados. Es la institución que se encarga del control de las personas en esta situación. En la práctica tiene muchas fallas, ya que el patronato no suele contar con los medios apropiados.

Antes existía un problema con el fijado del domicilio: se decía que, si no hubiere patronato de liberados en el lugar donde se constituya domicilio, no se le podía otorgar la libertad condicional. Hoy la jurisprudencia dice que igual hay que concederle la libertad.

Todas estas condiciones duran mientras dure el tiempo de la condena.

Violación de las condiciones.

Se revoca la libertad condicional en dos supuestos:

1. Cuando viola la residencia de domicilio.
2. Cuando comete otro delito. Recordar que debe existir sentencia condenatoria.

La multa.

Es una pena principal del art. 5 C.P. Objetivo: reparador e intimidatorio. Ej. Art. 175 C.P..

Concepto: Es el pago al estado de una suma de dinero fijado por una sentencia condenatoria. Art. 21 C.P.

Art. 21 C.P.:

La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta a demás de las causas generales del art. 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá de año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldo u otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

A pesar de éste art. es muy difícil que el juez transforme la multa en prisión.

Para fijar la multa hay que tener en cuenta los art. 40 y 41 C.P.

La multa como cualquier otra pena tiene un propósito resocializador. No obstante su aplicación puede dar lugar a notorias injusticias, puesto que para algunos puede ser realmente sentida como una disminución patrimonial y, por ende, una motivación para rectificar su conducta de vida, en tanto que otros, de mayor capacidad económica, pueden no sentirla. Debido a estas circunstancias es que se pensó en reemplazar el sistema de individualización de la multa, estableciendo el sistema del *dia-multa*, de origen brasileño. Conforme a este sistema se fija un precio diario, según las entradas que percibe el multado, y se establece la pena en un cierto número de días-multa. Este sistema permite que todos los multados sientan la incidencia patrimonial de la multa de

manera semejante. Este es el sistema que tiende a imponerse en la legislación más moderna y que fue propugnado entre nosotros en los proyectos de 1960 y 1975, tendiendo a reemplazar la pena privativa de la libertad corta.

Objetivo: lograr la afectación equitativo del patrimonio.

Antes de proceder a la conversión de multa en prisión, debemos seguir tres variantes:

1. El tribunal deberá tratar de hacer efectiva la multa sobre bienes, sueldos, o cualquier otro ingreso del condenado;
2. Al condenado se lo puede hacer cumplir con trabajo libre: pintar escuelas, etc.;
3. Se debe autorizar al condenado a pagar la multa en cuotas según las condiciones económicas.

El art. 22 del C.P. establece que por más que la multa se le haya convertido en prisión y el condenado la pague automáticamente recupere la libertad.

Inhabilitación.

Es una privación de derechos que puede ser absoluta o temporal. Es una pena principal del art. 5 C.P.

Absoluta: prevista en el art. 19. No confundirla con el art. 12 que también es una inhabilitación absoluta, pero que irá dentro de las penas accesorias.

Procede en los casos de reclusión o prisión y si es más de tres años, dura todo el tiempo de la condena.

Art. 19 C.P.:

La inhabilitación absoluta importa:

1. *La privación del empleo o cargo publico que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;*
2. *La privación del derecho electoral;*
3. *La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones publicas;*
4. *La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer razones de carácter asistencial que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.*

Art. 12 C.P.:

La reclusión y la prisión por más de 3 años lleva como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la conducta la que podrá durar hasta 3 años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito importan además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el C. C. para los incapaces.

Especial: está consagrada en el art. 20 del C. P.

Art. 20 C.P.:

La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para cargos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayese.

La inhabilitación puede ser impuesta como pena principal (art. 5 C.P.), sea como pena única (art. 235 párrafo 2) o como pena conjunta (art. 84).

El art. 20 bis del C.P. establece la posibilidad de aplicar la pena de inhabilitación en forma conjunta aún cuando la misma no esté expresamente conminada para el delito por el que se condene, en los casos en que el delito cometido importe:

1. Incompetencia o abuso en el ejercicio de algún empleo o cargo público.
2. Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela.
3. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.

Rehabilitación.

Es la potestad de ejercer los derechos de se había privado por la condena que se le restituye al condenado (art. 20 ter). C.P.)

Art. 20 ter. C.P.: El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comprobado

correctamente durante la mitad del plazo de aquella, o durante diez años cuando la pena fuese perpetua y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrido la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuese perpetua, si se ha comprobado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en el que en la inhabilitación haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

Penas principales (Art. 5):

- 1) PRISIÓN
- 2) RECLUSIÓN
- 3) MULTA
- 4) INHABILITACIÓN ABSOLUTA ART. 19 C.P.
- 5) INHABILITACIÓN ESPECIAL ART. 12 C.P.

Penas accesorias (derivan de las principales):

- 1) Decomiso, art 23
- 2) Clausura
- 3) Reclusión accesoria por tiempo indeterminado (Art. 52)

Tanto la reclusión como prisión por más de tres años, lleva implícito este tipo de pena accesoria art. 12 C.P.

Efecto: privación de la patria potestad, la administración y disposición de bienes, pero puede contraer matrimonio, puede realizar testamento, aprender y enseñar.

Decomiso.

Art. 23 C.P. privación o pérdida de los instrumentos afectados por el delito. Ej.: caso de decomiso de drogas, armas, etc.

Clausura.

Es otra pena accesoria pero, por lo general, se utiliza cuando hay un peligro común para la sociedad.

LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Concepto de individualización de pena.

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

Principios generales. El sistema del código.

Este sistema de determinación judicial dentro de las escalas legales tiene como ley optar por un sistema de penas elásticas, es decir, limitándose a fijar un mínimo y un máximo. En nuestro C.P. prácticamente no hay penas rígidas. La misma pena perpetua permite al tribunal aplicar prisión o reclusión perpetua; en el caso del art. 80 C.P., permite aplicar la reclusión accesoria del art. 52 C.P. o prescindir de ella. En el caso de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado hay indeterminación relativa durante la ejecución y el sentido que la libertad condicional tiene en esta pena.

Entre los art. 40 y 41 C.P. rige una diversidad de opiniones, es decir, cuando de precisar la pena se trata se ponen de manifiesto los conceptos que el derecho penal y el delito han adoptado.

De acuerdo a nuestra interpretación la pena se individualiza en el caso particular tomando en cuenta la magnitud del injusto, la de la culpabilidad y admitiendo el correctivo de la peligrosidad.

Nos remitimos a conceptos que ya hemos dado. La cuantificación de la pena tiene que fundarse en el fin de la pena, hemos dicho que la pena tiene por objeto proveer a la seguridad jurídica mediante la prevención de futuros ataques a la misma, de este modo, la pena no tiene una finalidad distinta de su ejecución.

Puede suceder que el sujeto requiera una acción preventiva que no demande todo el equivalente a la cuantificación que hubiese resultado de los criterios de contenido injusto y de la culpabilidad, el correctivo de la peligrosidad que en este caso no afecta a la imagen del hombre ni implica el derecho penal de autor desciende en una cuantificación fundada en el injusto y en la culpabilidad.

Los grados del injusto y de culpabilidad como criterios cuantificadores.

Magnitud del injusto.

Es el grado de antijuridicidad, de contrariedad de la conducta con el derecho, con el orden jurídico. (la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados).

Las referencias al injusto que hay en el art. 41 C.P. no se agotan en el inc.1, en el 2 se ordena computar "la participación que haya tomado en el hecho".

No es lo mismo, en cuanto al injusto, la conducta del co- autor que propone a otro el plan delictivo y decide acompañarle en la ejecución, que la de quien se limita a aceptarlo y comparte la materialización en forma ideológicamente pasiva.

Grado de culpabilidad.

Edad; educación; costumbres; calidad de motivos que lo llevan a delinquir (condiciones personales, vínculos personales); conducta precedente; calidad de persona.

La peligrosidad como correctivo.

La función de la peligrosidad como correctivo que opera al nivel de la teoría de la pena se conceptúa en concordancia con nuestra legislación: como el juicio por el que se valoran las condiciones personales del autor de un delito, evidenciadas por las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho, y consideradas en el estado que presentan al tiempo de imponer la pena, a efectos de hacer un pronóstico de su conducta futura, para determinar el grado de probabilidad de comisión de futuros delitos que guardan cierta relación vinculatoria con el ya cometido.

Prohibición de la doble desvalorización.

Cuando un tipo toma en cuenta una característica o circunstancia para desvalorar la conducta, la misma no puede ser tomada en cuenta por el tribunal para individualizar la pena, salvo que sea susceptible de cuantificarse. Así el carácter de padre, hijo, marido, etc. no es susceptible de cuantificación: se lo tiene o no se lo tiene. El autor de homicidio del art. 80 inc.1 lo tiene, el tribunal no puede desvalorárselo para individualizarse la pena porque ya está desvalorado para establecer la escala penal más grave.

Unificación de pena.

Hemos visto en el caso de concurso que se aplica una sola pena. Según el art. 54 y 55 se busca unificar para que no se den sucesivos cumplimientos de penas distintas. Por eso el sistema del C.P. apunta a lo que llamamos una pena única o total en:

- a) Caso de concurso real de delito
- b) Caso de violación de las reglas de concurso por razones de procedimiento o de jurisdicción
- c) En caso que después de una sentencia firme, la persona esté cumpliendo la pena o cometa otro delito.

La ley opta por un procedimiento en el que se utiliza el concurso de sistema de apersión, concurso real y el sistema de la absorción concurso ideal.

El sistema de acumulación aritmética es injusto, primero trae inconveniente práctico que es el que cuando una persona está cumpliendo una pena y está sometida a un tratamiento carcelario resocializador si después que haya cumplido otra pena independiente de esa el proceso socializador es como que se confunde y por ahí anula sus efectos por un lado y, por el otro, una persona que ya está cumpliendo una pena y se condena nuevamente, deberá esperar con todas las hipótesis después de cumplir ciertos requisitos, tiene que pasar a cumplir otra pena condenado nuevamente; por estas razones nuestro código no ha adoptado el sistema de la suma aritmética.

Distintos supuestos.

1- Concurso real, rige el art. 55 C.P. ... delitos sancionados con una misma especie de pena, el art. 56 aclara que cuando la sentencia de las penas temporales distintas, ej.: previsto el concurso con la pena de reclusión y otro que lleva prisión ¿cuál es la pena que se aplica a la regla del concurso? El art. 56 aclara que cuando las especies de pena son distintas se aplica siempre la más grave.

Art. 57 aclara cual es el más grave para establecer la gravedad.



Según el art. 24 establece la forma de computar la prisión preventiva. Reclusión vale el doble cuando nosotros tenemos que adecuar dos penas establecidas en dos delitos distintos, uno de reclusión y otro de prisión, primero tenemos que aplicar la pena más grave (reclusión).

2- Si se tratara de penas perpetuas rige la reclusión.

Art. 58 C.P.:

Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas. Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de partes, su única sentencia sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras.

Quando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.

Reincidencia.

Concepto: es aquel que habiendo alguna vez delinquir vuelve a cometer un delito, en general la reincidencia es un concepto que se adquiere en base a un antecedente (de haber sido condenado por un delito y un hecho nuevo consecuente que es volver a delinquir). Cuando en base a una condena anterior el sujeto vuelve a delinquir adquiere la calidad de reincidente.

Clases.

Dos sistemas:

1. **Reincidencia ficta:** que rigió en el C.P. argentino hasta el '84; es el sistema de reincidencia en el cual ésta se adquiere sobre la base de una condena independiente de que haya cumplido o no, ej.: me puede haber condenado a la pena de multa, basta que tenga el antecedente de una condena y vuelva a delinquir. Para este sistema el condenado, aunque no fue nunca a al cárcel, si vuelve a delinquir es reincidente.
2. **Reincidencia legal:** (en cuanto a la condena condicional la reincidencia puede pasar de la ficta a la legal). Consiste en que habrá reincidencia cuando habiendo cumplido total o parcialmente una pena privativa de la libertad (no basta con ser condenado) cometa otro delito previsto por la misma especie de pena (privativa de la libertad; si me condenan o multan o inhabilitan no soy reincidente).

Casos de reincidencia múltiple.

La múltiple reincidencia calificada como presupuesto de la deportación: la reclusión accesoria por tiempo indeterminado o deportación, es una pena que se agrega a la del último delito cometido y que presupone una reincidencia múltiple. El art. 52 C.P. ha eliminado la deportación para ciertos concursos reales y ha aclarado definitivamente que se trata de un supuesto de reincidencia múltiple.

Debe tratarse de una cadena de reincidencias en el que el sujeto haya cumplido cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años, o cinco penas de la misma clase. Recién en la quinta podrá imponerse la pena de deportación.

La cadena de reincidencias debe haber sido sucesivamente declarada en cada sentencia, el juez que imponga la deportación deberá encontrar una sentencia previa que declare al procesado reincidente por tercera o cuarta vez y que la pena impuesta en la última sentencia se haya cumplido total o parcialmente.

Alteraciones de las escalas penales por la culpabilidad.

Las escalas penales que se fijan para los delitos en particular en la segunda parte del código penal, tienen en cuenta la cuantía del injusto, pero eventualmente cuantifican también la culpabilidad.

Hay dos casos de alteraciones de las escalas penales en razón de culpabilidad.

Uno de ellos es el art. 81 inc. 1 (la emoción violenta), caso de culpabilidad menor.

Cuando se alteran las escalas legales, estas alteraciones provienen de la culpabilidad. Por ejemplo art. 80 C.P., encontramos agravaciones por la culpabilidad, en razón de la motivación.

Condenación Condicional.

Naturaleza.

Halla su razón de ser en el reconocimiento de evitar las penas cortas privativas de la libertad, admitiendo su carácter perjudicial y criminógeno y su nulo valor preventivo.

En cambio, nuestro código penal solo reconocía la sentencia indeterminada, el perdón judicial y la condenación condicional, siendo la tercera la más generalizada. Conforme a los antecedentes y al texto de nuestra ley penal, se impone una condena en forma condicional y se suspende la pena.

La condición es que no se cometa un nuevo delito dentro de los cuatro años subsiguientes a la condena. Durante ese tiempo la pena queda suspendida y la condena impuesta en forma condicional; transcurrido ese plazo, la pena desaparece y la condena también.

Condiciones.

Los requisitos para la pronunciación de la condenación condicional se hallan en el art. 26 del C.P.

En principio la condena debe ser la primera, se entiende que no sea posterior a otra que no hayan desaparecido. Cuando desaparece la condena ya no se toma como primera, cuando ha sido impuesta condicionalmente y han transcurrido los plazos establecidos. También desaparece la condena cuando desaparece el delito, es decir cuando la conducta se ha desincriminado o cuando medió una amnistía. No desaparece cuando medió un indulto.

Art. 27 C.P.:

La condenación se tendrá por no producida si dentro del término de 4 años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto por la acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido 8 años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha de los pronunciamientos.