

PENAL PARTE GENERAL – PRIMERA PARTE

CLASE 1 – 9/08/2023 – AULA 5 – Dr. Mariano D'Ambrosio

INTRODUCCIÓN

Primer examen: escrito. Segundo examen: primera parte escrito, segunda parte oral.

Trabajos Prácticos (2): el primero sobre la primera parte de la materia (Teoría de la Pena) y el segundo sobre la segunda parte de la materia (Teoría del Delito) ver una película y resolver un caso penal.

La parte General del Código Penal (CP), son los primeros 78 artículos. Acá vamos a ver cuándo una conducta es un delito, que características tiene que tener para que sea un delito, cuando no es un delito, cuando una acción es antijurídica y cuando no, cuando una persona es imputable o inimputable, cuando hay un concurso de delito (varios delitos al mismo tiempo), quien es autor, quien es partícipe o cómplice, etc.

Está vinculado con la Constitución Nacional y de ahí se desprenden varias garantías que son penales.

Garantías Constitucionales Penales, que son 3: (HAY QUE SABERLAS)

1. Principio de Legalidad
2. Principio de Lesividad
3. Principio de Culpabilidad

La materia se divide en 3 bloques:

- Un primer bloque más constitucional donde se ve en que se asienta todo el derecho penal, se va a hablar de dos temas que son “La Teoría de la Pena” ¿Porque creemos que está bien castigar? Vamos a hablar de delitos, del castigo, del porque a una persona que comete un delito le vamos a aplicar un castigo, que es algo diferente en el resto de las materias que no son penales. Se aplica un dolor, la sociedad o sea todos nosotros, decidimos que alguien que violenta alguna de esas cosas que se encuentra penadas por el Código Penal (CP), entre todos como sociedad le aplicamos un castigo. La Teoría de la Pena va hablar de eso, de porque creemos que está bien hacer eso. Todos eso, las Garantías Constitucionales y cómo funciona el sistema penal, va a conformar el primer bloque.
- Un segundo bloque que es “La Teoría del Delito”, que habla de cuáles son las características que tiene que tener cualquier hecho para saber si es o no un delito. Vamos a saber que un delito es una acción, típica, antijurídica y culpable. Y lo que vamos a ver es como todas esas características, como las vamos averiguando y que pasa. Luego veremos casos prácticos.
- Un tercer bloque, donde vamos a hablar de los distintos Institutos que tenemos en el Derecho Penal, que está en el CP (las penas en el CP, la suspensión de juicio a prueba o “Probation”, la condena, la reincidencia, la prescripción de las sanciones, la prescripción de la pena, etc.

No hay que confundir Derecho Penal con Política Criminal, son dos cosas completamente distintas, Derecho Penal es una parte del ordenamiento jurídico que se encarga de las conductas de las personas que cometen delitos, por el contrario, la Política Criminal podría servir para pensar que hacer con el delito.

El Derecho Penal supuestamente se dedica a los conflictos más graves, en términos de lo que como sociedad decidimos criminalizar penalmente en el CP, es a lo que la sociedad como respuesta da un castigo penal, que la gran mayoría de los casos es la imposición de dolor a una persona, no la imposición de dolor de uno contra otro, sino de todos contra uno, contra el que actuó por fuera de la ley penal. Es por eso que un abogado en estos casos debe tomar mayores recaudos, ya que los conflictos penales son los más graves; aunque hay que remarcar que en derecho penal casi nunca se “resuelven” los conflictos, ya que, a diferencia del derecho civil, donde sí se puede volver a un estado anterior, en derecho penal es casi imposible. (Ej. si comete un robo lo encierro, pero no le devuelvo la cosa, en el caso que no aparezca. Si un sujeto mata a otro, se lo encierra, ya que no se puede revivir al que murió). Es por eso que un mal obrar de un abogado puede acarrear que una persona permanezca 25 años en prisión, es por eso que se dice que en derecho penal se trabaja con cuestiones graves.

“El Derecho Penal es un límite al poder punitivo del Estado”, esto quiere decir que el poder punitivo estatal es un poder que a lo largo de la historia ha cometido las peores barbaridades, desde la quema de mujeres porque eran brujas, hasta el asesinato de judío por su condición, hasta la desaparición de personas porque eran subversivas, etc. Siempre en nombre de todos contra ellos, es por eso que hay que ponerle límites al poder, ya que, si no le ponemos límites, somos todos contra los más débiles. **“El Derecho Penal son los límites que le ponemos al Estado para la seguridad jurídica”**.

Durante esta materia vamos a entrenarnos para que los conflictos penales, los podamos analizar jurídicamente y darles una solución jurídica, por lo cual hay que aplicar todo el andamiaje que se ha ido armando durante muchísimo tiempo, que son las garantías, las teorías del delito, un montón de cuestiones que hacen que no nos sintamos desamparados ante el Estado. Hay que entender que en esta materia se afecta la dignidad humana de la persona, por eso hay que tener muy claro los límites que hay que imponerle al Estado.

La Teoría de la Pena: es una pregunta que dice ¿Por qué creemos que está bien castigar? ¿Por qué estaría bien que alguien que comete dolor se le tiene que aplicar dolor? ¿Por qué en un caso está mal y en el otro está bien? ¿Por qué lo que hace el individuo está mal y porque lo que hace el Estado contra ese individuo está bien?

CLASE 2 – 11/08/2023 – AULA 6 – Dr. Federico Navascues

Vamos a pensar cual es la función del Derecho Penal y para que existe el Derecho Penal y cuáles son las teorías que a lo largo de la historia han intentado justificar ese Derecho Penal.

“EL DERECHO PENAL: son principios que están organizados y que tienen como finalidad contener el poder punitivo del Estado.”

Todos pensamos que el sistema penal es algo que es necesario, que es justo, que se aplica para todas las personas y que todas las personas somos iguales. Pero no todas las personas somos iguales y el sistema penal refleja eso, ya que en las cárceles se puede ver mayoría de personas pobres, sin recursos y generalmente con poca educación formal, pero esto no quiere decir que estas personas no cometieran un delito, pero lo que no podemos dejar de ver que hay otro montón de personas que cometen delitos, más graves o menos graves, pero sin embargo no van a prisión. Por una parte, podemos ver que el sistema penal es selectivo, es discrecional y por eso hay que contenerlo. Por otra parte, podemos observar que nuestro bloque constitucional establece que cuando mandamos a una persona a prisión es para **RESOCIALIZARLO**, para reinsertarlo nuevamente en la sociedad, eso es lo que dice nuestra ley. Pero el gran problema que hay, que no hay un solo estudio en el mundo que diga que la cárcel logre eso. Y esto sucede porque las prisiones no están preparadas para que una persona pueda aprender a vivir en libertad, pueda aprender a trabajar y esto sucede porque son lugares que apenas pueden sobrevivir, por lo cual no provoca la **RESOCIALIZACIÓN**, sino que provoca otros fenómenos denominados **PRISIONIZACIÓN, CARCELIZACIÓN**. Es por eso que hay que tratar que, en el sistema penal, la prisión, debería ser el último remedio por el que una sociedad pretende resolver sus conflictos y no con la primera herramienta con la que cuenta. *(Ej. mi hijo Juan, en el primer día de colegio, porque un compañero lo molesta, él le pega y lo lastima; al día siguiente Juan vuelve a ser molestado por otro compañero y él le pega y lo lastima. A nadie se le ocurre que el accionar de Juan para resolver su conflicto es el adecuado, ya que el uso de la fuerza por parte de Juan, no puede ser la manera correcta para resolver el problema que Juan está teniendo con sus compañeros. Entonces, ¿por qué cuando un Estado castiga más y mucho lo tomamos como una cuestión exitosa?, cuando en realidad lo que se tiene que evidenciar es nuestro fracaso para resolver los problemas de otra manera. Aplicar la violencia en todos los aspectos de la vida implica un fracaso).*

El Derecho Penal lo que hace es contener el sistema punitivo del Estado, porque si yo contengo el sistema punitivo y le digo al Estado que no va a poder recurrir a la violencia (no va a poder recurrir a la cárcel), el Estado para solucionar los conflictos va a tener que anticiparse, mediante la igualdad real, la cultura, la educación, etc.

Hay situaciones que no podemos pensar resolverlas sin el sistema penal, como el homicidio, violación, delitos graves; ahora frente a ciertos delitos, como fue en su momento el aborto, es necesario buscar otra alternativa.

LAS TEORÍAS DE LAS PENAS: (Distintas teorías que trataron de explicar la penalidad)

TEORÍAS POSITIVAS → ABSOLUTAS → RETRIBUCIÓN: En realidad la pena corresponde, porque es un IMPERATIVO CATEGÓRICO, “porque corresponde”, el imperativo categórico quiere decir que es algo de lo cual no hace falta dar una explicación, algo tan obvio que a partir de una acción se genera una reacción. Quebraste la moral, quebraste la norma, entonces mereces una pena, ese imperativo categórico se puede ver en la obra de **IMMANUEL KANT** (filósofo que trabaja esta idea de la pena como imperativo categórico). Hizo algo malo corresponde una pena. Kant sostenía que si nosotros no aplicamos como sociedad el castigo que es justo en un momento determinado, esa injusticia va a recaer sobre toda la sociedad. **La ley del Talión** ojo por ojo, diente por diente. Otro de los autores es **HEGEL**, el cual estableció la dialéctica hegeliana (TESIS – ANTÍTESIS – SÍNTESES), el mundo para Hegel avanza y se explica a partir de lucha de poderes, de rupturas, entonces cuando habla de delitos, habla desde ese contexto, de la dialéctica, el establece que el delito (antítesis) es la negación del derecho (tesis) y el castigo es la negación de ese delito por lo tanto el castigo (síntesis) termina siendo la afirmación del derecho.

Ej. Un imputado mata a otro, por lo cual tengo un muerto y si el Estado lo que hace es matar al imputado, ahora tengo dos muertos, no tengo cero como se presume según la dialéctica de Hegel, tengo dos. Cuando se aplica la violencia no se restablece el orden anterior, es una ficción, el castigo nunca restablece las cosas. **EN CONCLUSIÓN**, el castigo no tiene que tener una finalidad, no tiene que pensar en el futuro (en resocializar, en causarle un bien a la humanidad, en que todos seamos mejores, en generar temor al resto); **los retribucionistas piensan que el castigo corresponde porque se lo merece**, porque hizo algo que estaba mal, no tengo que andar dando explicaciones de porque, corresponde porque corresponde, es una cuestión moral. Corresponde un castigo justo y proporcional al delito cometido, es una retribución, no tenía por qué pensar en el futuro.

TEORÍAS POSITIVAS → RELATIVAS → UTILITARIAS: Son teorías que están pensando en el futuro, no en la ofensa misma, sino en que el castigo tenga una función en el futuro, por eso son utilitarias, utilitaristas. Hay varias:

- **GENERALES (para la sociedad)**

- **La prevención general positiva (+):** Acá ya no importa que el castigo sea un ejemplo para el resto. Lo que está pensando es que el castigo tiene una función simbólica importante, en cuanto a que refuerza y fortalece los valores que nosotros tenemos y en los cuales como sociedad confiamos. El sociólogo Emile Durkheim consideraba que la función del derecho es que como sociedad estemos más unidos y compartamos los mismos valores. Ej. si me roban la moto, para Durkheim lo importante no es que, a mí como persona, me robaron la moto, sino que lo importante es que como sociedad digamos que la propiedad privada es sagrada, ese es el valor que queremos todo, por lo cual se construye un valor fuerte, nos alejamos de las anomias, nos juntamos, le damos fuerza. Para Durkheim la ceremonia más importante que tiene el hombre es el castigo, el dolor, esta ceremonia es tan fuerte que unifica valores, por eso hay que castigar y penar, para fortalecer esos valores en los cuales nosotros confiamos. Es el refuerzo que nos refuerza a todos.
- **La prevención general negativa (-): TEMOR.** La función de la pena es infundir temor, yo aplico la pena no para provocar un bien en la persona que castigo, no porque corresponde ese castigo, aplico la pena porque quiero lograr que las demás personas vean el castigo y no quieran cometer el mismo delito (Ej. cuando se ejecutaban las penas utilizando el cadalso en las plazas públicas). Acá el problema surge que no me importa si la persona a la cual le aplico la pena es o no culpable, a mí lo que me importa es aplicar un castigo para que la gente aprenda que lo que yo digo no se debe hacer, por lo cual puedo destruir el cuerpo de un inocente. Otra crítica que tiene esta teoría, es que a lo largo de la historia muchos países que tiene penas más altas, para determinados delitos e incluso penas de muerte, tiene tasas de delitos más elevadas en comparación de otros países que no la tienen (Ej. EEUU donde hay Estados que tienen legislada la pena de muerte, pero siguen teniendo tasas delictivas más alta, en comparación con otros Estados que no la tienen). Esto sucede porque la persona que comete el delito no está con CP en la mano para saber qué pena le corresponde, entonces el temor al castigo no está relacionado con la obediencia a la norma.

- **ESPECIALES (para la persona)**

- **La prevención especial positiva (+): “RE”.** Es especial porque el castigo está destinado a aplicarlo sobre la persona que delinquiró, no sobre la sociedad. Como quiero aplicarle la pena a la persona que

delinquir, quiero que esa pena sea transformadora, que socialice, que rehabilite, que reinserte a la persona en sociedad, entonces es positiva, es especial en tanto se la dirijo al que cometió el delito y es positiva en tanto digo que la aplico para socializar a esa persona. El problema que tenemos con esta teoría que la cárcel lamentablemente no provoca eso, provoca cuestiones diferentes (despersonalización, violencia y agresividad, individualismo e instinto de supervivencia, acostumbamiento a la cultura carcelaria, etc.), por lo cual es muy difícil pensar que alguien en un pabellón con otras personas que cometieron delito y con todas las características descritas, vuelva a insertarse socialmente.

- **La prevención especial negativa (-): NEUTRALIZAR.** Va dirigida a persona que delinque y al ser negativa lo que pretende no es resocializar y transformar, lo que pretende es neutralizar, lo que incluye la pena de muerte, el confinamiento solitario de por vida, etc.; lo que busca es sacarlo de circulación durante un tiempo determinado y que no delinca más, pensando en que si yo hago esto voy a estar provocándole un bien a la sociedad y ese es el problema, ya que el encerrar personas no hace que el delito disminuya. Por lo cual el simple accionar de encerrar una persona, esa sola acción no soluciona el problema. Esa es una de las críticas, sumadas a las cuestiones humanitarias. Ej. Bukele y la cárcel en el Salvador donde retiene a las maras. En conclusión, el encerrar a una persona que cometió un delito no soluciona el problema, ya que la sociedad constantemente produce esa violencia, en la cual nacen personas de todas las clases sociales que cometen delitos.

GARANTISMO PENAL: ¿Qué es el garantismo penal? Es una construcción Europea Italiana creada por el jurista Luigi Ferrajoli, el cual decía que siempre hay que respetar las garantías constitucionales, siempre hay que estar a favor del más débil. Ej. sí soy un delincuente armado y le robo a un compañero del aula, el Estado en ese momento tiene que estar a favor del compañero asaltado, me tiene que reprimir a mí, porque mi compañero es el más débil; ahora una vez que la policía me reduce y me detiene, el Estado en su totalidad está contra mí, me convierto en el más débil, por lo cual las garantías constitucionales tienen que estar siempre en favor del más débil, hay que tratar de que se repete mi derecho porque hay una relación de fuerzas desiguales. La idea no es que no vaya preso, sino que se cumple mi debido proceso, poder ir a juicio, tener un abogado que me pueda defender, tener una pena que no sea una tortura o una locura. Eso es el garantismo.

El **Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni**, es garantista, pero no abolicionista, ya que él expresa que el sistema penal es necesario. Plantea 3 reflexiones en su Teoría Agnóstica de la Pena (la justifica dice que es necesaria, pero que no cree en el efecto positivo que la sociedad le da).

1. Él dice que luego de mucho estudio y recorrido por los diferentes países de Latinoamérica, nadie ha demostrado a lo largo de la historia que alguna de las "Teorías de las Penas" pueden verdaderamente justificar el castigo y que sirva para lo que dicen que sirve.
2. Como segunda afirmación, lamentablemente no podemos prescindir del sistema penal a pesar de lo malo que es, porque para prescindir del sistema penal, necesitamos cambiar la estructura de la sociedad, cosa que requiere un cambio mucho más profundo que un cambio jurídico.
3. Como tercera cuestión dice que, al sistema penal, lo tengo que contener y dejarlo para las situaciones más graves (un homicidio, un genocidio, un abuso sexual, un hecho violento y verdaderamente grave que como Estado no me quede otra respuesta para dar que la prisión) tiene que ser la última herramienta, tengo que poder justificar que antes de la pena lo que hice fue garantizar que la sociedad tenga las mayores condiciones de igualdad, equidad, sueños, proyectos, para que no incurra en el delito; una vez que acontece el delito y este es muy grave, no queda otra que el sistema penal, por lo cual se va habilitar el poder punitivo y va a estar el castigo.

Para Zaffaroni el Derecho Penal es como la Cruz Roja en una guerra, los cuales trata a los soldados heridos para evitarle el menor dolor posible, el Derecho Penal tiene como labor la de tratar de que esos efectos que provoca sean los menos invasivos posibles, tiene que ser una labor de contención.

ABOLICIONISMO: lo que plantea es que el sistema penal lo que hace es evitar la resolución de los conflictos, como primera medida confisca el conflicto. Ej. me roban el espejo del auto, atrapan al ladrón, a partir de este momento las partes en el Derecho Penal son el Estado y el ladrón y yo como víctima no soy tenido en cuenta, nadie me pregunta si yo quiero que el ladrón vaya a prisión, capaz que prefiero que el ladrón me pague el espejo y los daños que me causó

por no tener espejo tantos días. Pero el Estado a mí no me consulta por lo cual me genera un doble perjuicio, el primero el robo sufrido de mi espejo y el segundo la imposibilidad que me quita el Estado de resolver el conflicto con el ladrón. Me quedé sin espejo y sin conflicto. El abolicionismo dice que la mejor manera de resolver el conflicto, sin violencia, es que la víctima y el victimario se puedan juntar y que de las explicaciones de porque cometió el delito y/o pague el daño producido y tal vez la víctima pueda perdonar al victimario y así evitarle al Estado un gasto innecesario, como ocurre en el Derecho Civil. El Abolicionismo también plantea que el castigo de la cárcel incrementa la violencia, produce la prisionización, produce más reincidencia, etc., hay que remplazarlo por otras estrategias. Pero tiene una crítica muy fuerte, que pasa con los delitos graves, que hacemos con esos delitos. El Abolicionismo en nuestro Estado, hoy en día, es de muy difícil aplicación.

CLASE 3 – 16/08/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham

REPASO TEORÍA DE LA PENA

Caso hipotético de la teoría de la pena: hay 4 chicos en un internado que duermen todos en una habitación, el cual tiene una televisión, a uno de los chicos se le ocurre agarrar la tele y tirarla por la ventana. De esa acción surgen varias hipótesis, de qué hacer con ese chico que arrojó la tele y la rompió, de qué forma abordar ese conflicto social (el delito es un conflicto). Acá van a aparecer distintas propuestas:

- Uno dirá que hay que retribuir a ese chico lo le hizo, hay que aplicarle un castigo para retribuir este daño, lo cual se vincula con las **TEORÍAS ABSOLUTAS RETRIBUCIONISTAS**.
- Otro dijo que habría que aplicar una sanción para que otros chicos no lo hagan, para reforzar las normas de ese internado, expulsarlo de la escuela para nunca más verlo, lo cual se vincula con las **TEORÍAS RELATIVISTAS UTILITARIAS**.

Todas esas cosas responden a distintas formas que se tiene de justificar desde lo moral, desde un planteo ético el castigo, la aplicación del dolor a una persona.

Para las **TEORÍAS POSITIVAS**:

- La pena hace un bien, ya sea para la sociedad o para el individuo que la sufre.
- Tiene una función social, se vincula hacia la sociedad
- Esta utilidad es la que legitima el castigo, porque en tanto y en cuando pueda legitimar el castigo, que pueda dar una utilidad a ese dolor que estoy aplicando, ese dolor va a estar legitimado.

Dentro de las **TEORÍAS POSITIVAS** tenemos a las:

- **ABSOLUTAS**: la pena es un bien, son absolutas porque tiene una función en defensa de la sociedad, parten de una idea de estado o de sociedad determinada que necesitan reafirmar. Voy aprovechar el delito para reafirmar esa idea de estado y sociedad. Una característica fundamental de las absolutas es que son **RETRIBUCIONISTAS**, se basan en la idea de que el castigo retribuye el mal causado al estado o a la sociedad,
 - **Según Kant**, yo no puedo utilizar la pena para algo, porque si la pena es dolor, yo no puedo causar dolor para un fin. En el **IMPERATIVO CATEGÓRICO** de Kant establece que hay que comportarse de tal forma, que tu comportamiento sea una ley universal. También dice que el hombre es un fin en sí mismo, es un sujeto de derecho con dignidad, si yo utilizo al hombre como un medio (como en las teorías relativas) lo estoy desnaturalizando, le estoy sacando esa dignidad humana y eso no va conforme a la moral. Kant va a decir que la pena es necesaria para restablecer ese contrato social y por lo tanto es obligatoria, es un deber del Estado Civil. Pero esa pena va a tener un límite, la Retribución Talional lo que pretendía era equilibrar (ojo por ojo, diente por diente).
 - **Según Hegel**, que desarrolla la **DIALÉCTICA** la cual dice que, a toda **TESIS**, se le antepone una **ANTÍTESIS** y del choque de estos surgía la **SÍNTESIS**. Lo mismo va a utilizar para justificar la pena y dice que el delito (Antítesis) es la negación del derecho (Tesis) y de ese choque surge algo que prevalece que es la pena (Síntesis), con la imposición de la pena viene a ser la negación de la

negación, niego el delito, niego esa negación del derecho, y la negación de la negación da como resultado algo positivo (- x - = +). Hegel dice que así aplicada, la pena es la afirmación del derecho, reafirmo aquello que había sido lesionado con el delito. De esta manera, la afirmación del derecho, la pena es el garante del Estado de Derecho.

- **RELATIVAS:** también llamadas **UTILITARISTAS** o la de prevención, porque a diferencia de lo que dice Kant, que yo no puedo usar al hombre como un medio de otra cosa, porque el hombre es un fin en sí mismo. En las relativas, la pena va a tener una utilidad, una función práctica y verificable y cada una de las teorías relativas le va a asignar una función distinta. Siempre lo que busca es prevenir nuevos delitos, ya sea utilizando a la persona que delinquirió o a través de la sociedad.
 - **PREVENCIÓN GENERAL :** se dirige a la sociedad a todos menos al delincuente.
 - **Positivas:** la aplicación de la pena va a tener un factor de cohesión del sistema político-social, va a buscar reafirmar la confianza colectiva, la reafirmación del derecho. Reafirma la fidelidad de los ciudadanos en las instituciones, si yo necesito aplicar la pena para que la sociedad sienta que las instituciones funcionan como deben, no se va a vincular la pena con la lesión de un bien jurídico (la vida, la propiedad, la salud pública, etc.), sino con la vigencia de la norma. Lo que va a justificar que aplique un castigo, es que esa norma se reafirme, independientemente de que la norma sea justa o injusta.
 - **Críticas:** Contrario al principio de CULPABILIDAD. Desplaza a la acción del autor, se orienta a terceros. Delito no es “mala prensa” y la pena propaganda. Problemas en torno a la “cifra negra”. Se van a aplicar penas de manera arbitraria porque “no es nada malo”.
 - **Negativas:** que va a buscar disuadir. Parte de la falsa premisa que el delincuente hace una hace un cálculo de relación costo-beneficio a partir del delito.
 - **Críticas:** no tiene eficacia, la gente no se motiva por el tamaño de la sanción. No disuade penas más altas. Lo que disuade es la pena, no el tamaño de la misma.
 - **PREVENCIÓN ESPECIAL:** se dirige a la persona que delinquirió.
 - **Positivas:** Ya sea para que la persona se resocialice, se reduque, se rehabilite, se reinserte, se reforme (Teorías “RE”). Nace con los derechos humanos. La pena es un bien y que puede ser útil para reinsertar al individuo en la sociedad. Este es el único fin constitucional de la pena. Como primer parámetro el art. 18 de la CN y el segundo parámetro la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos) “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social”.
 - **Críticas:** Pensamiento filosófico: Imperativo categórico kantiano (el hombre es un fin en sí mismo), si yo creo que a través del castigo, el dolor voy a provocar un bien en esa persona, para esa persona lo voy a estar mediatizando y eso no es moral. Realidad: Cárceles son criminógenas. Procesos de desocialización. Encerrar a alguien para vivir en sociedad, es como enseñarle a una persona a jugar al fútbol en un ascensor. Reafirmación de roles criminales. Problemas en la salud. Tanto el art. 18 de la CN y la CADH quedan como declaraciones de buena voluntad, ya que las mismas no se cumplen.
 - **Negativas:** para que la persona sea neutralizada, la inocularización, el delincuente es como un virus, hay que sacarlo de la sociedad. El Juez debe verificar la predisposición genética, racial o social del delincuente. Tratar de identificar a lo que se conoció como el “hombre delincuente” que esta predestinado al delito (el caso del petiso orejudo de Ushuaia) y neutralizarlo, en defensa de la sociedad.
 - **Críticas:** Funcional al autoritarismo lo que dio lugar los diferentes genocidios a lo largo de la historia. Manifestar que una persona esta predestinada al delito va en contra de la ciencia. No existe un atributo que predisponga a la persona al delito.

TEORÍAS MIXTAS: Roxin, 1995. La pena puede perseguir una función de PREVENCIÓN ESPECIAL (reducirse la pena en virtud del pronóstico de resocialización), cuidando que mantenga su fin disuasorio (PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA) y confirmando que lo que está vigente es la norma y no el delito (PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA).

La única que no va aceptar Roxin en la PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (neutralizar / inocuizar).

TEORÍA NEGATIVA Y AGNÓSTICA: Zaffaroni. No es una cuestión de fé (“yo creo...”, “yo no creo”) - “La pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes”.

LOS ABOLICIONISTAS van a decir, la pena no sirve para nada, porque el televisor sigue roto.

Zaffaroni que no es abolicionista va a decir, la pena es necesaria, porque cuando dejamos esto al arbitrio de lo que le parecía a cada uno, se mataron todos entre todos; entonces para evitar todo eso la pena, que es un mal, es necesaria, porque si no estuviera, no solo va a seguir el televisor roto, sino que es un todos contra todos. Por eso nació el derecho penal, para evitar y frenar esa violencia y sobre que parámetros esa violencia, ese dolor, va a poder ser aplicado legalmente.

¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL, COMO SE DESARROLLO EL DERECHO PENAL, QUE ES EL SISTEMA PENAL Y MEDIANTE QUE AGENCIAS SE VA A DESARROLLAR EL PODER PUNITIVO?

¿Cómo nació el Derecho Penal liberal? En aquellos momentos históricos donde el poder punitivo se deboca (inquisición, nazismo, dictadura militar, etc.). Pero el mayor hecho histórico se le puede atribuir a Rey Luis XVI el cual fue guillotinado después de la Revolución Francesa, la cual simboliza los ideales de Libertad, Igualdad y Fraternidad. Este proceso de la Revolución Francesa terminó con el Rey Luis XVI decapitado, porque el pueblo se cansó de los monarcas y del ejercicio del poder punitivo desbocado, ya que el castigo que se aplicaba era desproporcionado, cruel, no tenía relación con el delito cometido, no había igualdad; por ende, nace la idea de **CIUDADANO** (que son personas que tienen derechos) en contraposición con la de **SÚBDITOS** (que solo obedecen), los súbditos se revelaron y terminar asesinando al rey. Ahí empiezan a nacer algunas ideas que luego terminan en el Derecho Penal, como límite a este ejercicio de poder. Se empieza a discutir un principio de **DEMOCRACIA**, ya que la igualdad, libertad y fraternidad era solo para algunos y sobre todo la burguesía; pero se empieza a resquebrajar las monarquías absolutas (**TOTALITARISMO**). Nace el concepto de **DIGNIDAD HUMANA** y como consecuencia de ello la necesidad de que cuando el Estado ejerza la violencia lo haga bajo determinados límites. Después de la Revolución Francesa nace el constitucionalismo, la idea de autoponerse límites. **La necesidad de imponer límites al ejercicio del PODER PUNITIVO.**

DERECHO CONSTITUCIONAL: que van a darle contenido al Derecho Penal que son 3 principios que tenemos en la constitución:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD / PRINCIPIO DE LESIVIDAD/ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El Dr. Rafecas dice que estos principios son el Derecho Penal, que cuando aplico estos principios ahí tengo Derecho Penal, con el fin de contener y racionalizar el ejercicio del poder punitivo estatal, y así evitar que se emplee de forma abusiva e irracional. Cuando aplico un dolor, una pena bajo estos parámetros, esta pena es lícita, es constitucional, está justificada por el derecho; ahora si me falta alguno de estos principios ya no está justificada.

El Derecho Penal es Derecho Constitucional y para muchos autores es la realización de estos 3 principios y estos principios constitucionales son los pilares de un sistema jurídico. Nuestra Constitución tienen ciertas bases que son incompatibles con un Derecho Penal donde no se cumplan estos 3 principios. El mejor ejemplo se da en la Alemania nazi, donde se intentó una “ingeniería jurídica” para intentar adaptar los pilares constitucionales de “una casa”, en otra cosa y así justificar desde el lado legal los crímenes del nazismo. Es por eso que no funciona, ya que por más que se quiera disfrazar de legalidad otra cosa, cuando los pilares están contruidos para soportar una casa, no hay manera que ahí pueda construir un hospital, por lo cual nunca va a tener el valor de legal.

El Derecho Penal es básicamente la realización de estos principios y está para contener el poder punitivo y el ejercicio de ese poder punitivo racionalizado. Por eso **PODER PUNITIVO** es el ejercicio de la violencia y **DERECHO PENAL** es el que va a contener ese ejercicio con los **PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, CULPABILIDAD y LESIVIDAD**, por lo cual, son dos cosas distintas. Cuando el poder punitivo se desboca, es porque falla el Derecho Penal.

Sistema Penal: según Rafeca, **donde se desarrolla el llamado “monopolio de la violencia”**. En el Contrato Social el individuo resigna esa violencia, para que la pueda administrar el Estado y una vez que se resigna y ese individuo se

convierte en ciudadano ya no puede aplicar violencia, porque la misma solo va a poder ser aplicada por el Estado, de ahí el término “monopolio de la violencia”. Cuando se utiliza la violencia estatal, eso es Sistema Penal.

Es necesario tener una perspectiva territorial para saber desde donde se habla de Sistema Penal y más cuando se vive en una sociedad conflictiva como la nuestra. Es por eso que estos conflictos sociales hay que poder encausar y manejar.

El poder punitivo se va a desarrollar mediante agencias: En el Sistema Penal, donde pasa la violencia Estatal, hay un montón de agencias que van a estar en tensión con el Derecho Penal, como la **AGENCIA POLICIAL** que es la encargada de prevenir, disuadir delitos, está la **AGENCIA JUDICIAL PENAL** que aplica e interpreta la ley, la **AGENCIA PENITENCIARIA** que va a ser la encargada de velar por la seguridad de la persona detenida, los **PODERES EJECUTIVOS** que van a estar a cargo de la política criminal (son los que van a decidir cómo y cuándo vamos a sancionar, que delitos, que hechos), el **PODER LEGISLATIVO** cuando sancionan las conductas que van a ser delitos, **LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN** refleja cómo se mueve el poder punitivo y el Sistema Penal y las **ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES (ONGS) /COMUNIDAD INTERNACIONAL** que ejercen presión al Sistema Penal.

EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN: este proceso tiene dos tiempos:

- **CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA:** Mecanismo constitucional por el cual se establece que una conducta es delito (principio de legalidad). Es el proceso por el cual el Estado dice que conductas van a ser delitos, las cuales se van a sancionar (ya no se habla de prohibir). El Estado establece su plan criminalizador, establece una serie de conductas y el que las cometas se le va aplicar una sanción penal. Esto lo hace el Poder Legislativo Nacional (art. 75 inc. 12 de la CN).
- **CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA:** Realización de ese programa criminalizador. Donde encontramos la Selectividad Penal como por ejemplos delitos que no se persiguen (lavado de activos) o en el caso de personas detenidas que en su gran mayoría comparten el mismo estereotipo.

CLASE 4 – 16/08/2023 – AULA 6 – Dr. Federico Navascues

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios que rigen al Sistema Penal y al Derecho Penal están regulados en la Constitución Nacional, por lo tanto, nunca una conducta va a poder ser un delito si hay una franca violación a alguno de estos principios.

+ PRINCIPIO DE LEGALIDAD: “No hay delito sin ley (previa)”. Primera barrera de contención para limitar el poder punitivo del Estado.

- **Art. 18 CN:** *“Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso...”*. Nadie puede ser sancionado en este país si no existe una ley penal válida que así lo disponga, la cual deberá ser anterior al hecho delictivo.
- **Art. 19 CN:** *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*
- **Art. 9 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH):** *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”*
- **Art. 75 inc. 12 CN Corresponde al Congreso:** *“Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal ...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...”*
- **Art. 99 inc. 3 CN El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:** *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo...”*.
- Para que una conducta sea considerada delito, debe haber sido determinada por LEY. Esa ley, deberá tener las siguientes **CARACTERÍSTICAS:**

- **FORMAL:** Dictada de conformidad con el mecanismo constitucional (arts. 77 y 78 CN) y por el órgano competente; es decir, por el Poder Legislativo (art. 75 inc. 12 y 99 inc. 3ero CN).
- **PREVIA (AL HECHO DEL PROCESO):** Ley anterior. Prohibición de aplicación retroactiva, en consecuencia, los efectos y fines los tiene hacia adelante. La ultraactividad está prohibida. Prohibición de aplicar una pena superior a la vigente al momento del hecho. Solo va a poder ser retroactiva cuando la ley penal implica un beneficio a la persona que está siendo imputada de un delito, en favor de la persona. Esto se da porque hubo un cambio en la percepción social y algo que antes se penaba ahora no.
- **ESCRITA:** Fuente solo la ley; nunca la costumbre.
- **ESTRICTA:** Lo más específica posible. Prohibición de analogía. Prohibición de ampliar la ley en su aplicación.
- **CIERTA/PRECISA:** Utilización de términos claros y precisos en la determinación de la conducta sancionada (no indeterminada, no vaga, no ambigua). Determinación de la escala penal.
- La finalidad que persigue este principio, es saber que el que comete un delito, es una persona que pudo comprender la criminalidad de su acto, la prohibición y que a pesar de todo eso, decide cometer la conducta, por eso es importante que la norma sea conocida.
- Cuando se habla de la prohibición de analogía en la ley Penal, se refiere que el Código Penal solo regula ciertas conductas que considera graves, pero no se regulan todas las conductas, como si lo hace el Código Civil. En consecuencia, en la justicia civil un juez no puede alegar que no hay una norma para poder resolver un conflicto, por lo cual, si no hay una norma, tiene que recurrir a la moral, a los principios generales del derecho, pero tiene que resolver el problema. Como la justicia penal es la última herramienta, solo el juez va a poder aplicar los tipos penales previstos, si esa conducta que realizó la persona no está puntualmente prevista, no podrá ser sancionada.
- “AHÍ DONDE SE QUEMAN LIBROS SE ACABAN QUEMANDO TAMBIÉN SERES HUMANOS”.
- Tenemos un sistema muy liberal que comprende lo que yo puedo hacer, hasta donde puedo llegar, lo que está permitido y también lo que está prohibido. Que sea liberal no significa que pueda hacer lo que quiera, porque mi libertad termina donde empieza la del otro.
- Las normas penales están compuestas por elementos normativos y elementos descriptivos. Cuando analizamos una conducta determinada, para poder aplicar determinado delito, esos elementos descriptivos y normativos se tienen que dar rigurosamente. Caso contrario, se dirá que la conducta es atípica. De ahí la importancia de que la norma sea estricta, clara y precisa.

TIPOS PENALES EN BLANCO: (supuesto de hecho + sanción = ley penal)

Ej. Existe una norma que dice que al que comercie sustancia estupefaciente tendrá una pena de 4 a 15 años de prisión. El problema surge en saber que es un estupefaciente, ya que el código penal no lo dice, por lo cual, será un estupefaciente lo que el Poder Ejecutivo diga que es. La Corte ya se expidió diciendo que ese mecanismo es válido porque se remite a una cuestión muy técnica. Distinto es cuando una ley penal se remite a otra ley, ya que son dos normas reguladas por el Congreso, pero cuando la ley penal se remite a un acto administrativo, ya se empieza a tener problema.

Se dice tipo penal en blanco, porque no define lo que es, para que esa conducta sea perfeccionada hay que ir a otra norma, cuando esa otra norma es del Poder Legislativo Nacional no hay problema.

Esa ley no tiene todos los elementos para que se la pueda comprender, tiene que ser complementada por otra norma, cuando esa otra norma viene del Congreso Nacional, no hay problema, ahora cuando esa otra norma ya no es del Congreso de la Nación, sino de una autoridad administrativa, provincial o municipal, ahí si se produce una tensión, porque el que está sancionado esa norma no es el Congreso Nacional. Pero como la ley penal no puede ser férrea, necesita de cierta agilidad.

Admisible, por facultad reglamentaria (art. 99 inc. 2do CN) si:

- a) Existe una justificación en virtud del bien jurídico que protege y el dinamismo de la cuestión;
- b) La ley contiene la sanción penal;
- c) Que la ley contiene el núcleo esencial de la prohibición;

d) Que se encuentre satisfecho el principio de certeza que posibilita el conocimiento y la motivación normativa.

CLASE 5 – 23/08/2023 – AULA 6 – Dra. Gabriela Fontenla

Texto Carlos Santiago Nino “ETICA Y DERECHOS HUMANOS. Un ensayo de fundamentación”

Capítulo 9. LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES. EL CASO DE LA PUNICIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS.

La facultad que tiene el Estado en la punición de los delitos de tenencia de drogas para el consumo. El autor hace un análisis, si le corresponde al Estado la punición de este tipo de delitos, los analiza desde el punto de vista del bien jurídico que se ve afectado y como esos bienes jurídicos se relacionan con las personas y ver hasta que punto el Estado se puede entrometer en la libre elección de una persona para punir los delitos de tenencia de estupefaciente para consumo personal. El autor hace su análisis en los argumentos que el Estado puede utilizar para inmiscuirse en esta problemática y son 3:

EL ARGUMENTO PERFECCIONISTA: La tenencia de drogas para el consumo y el consumo de estas, esta moralmente mal visto; entonces el Estado, que exige que los ciudadanos tengan una conducta moralmente aceptable para el resto de la sociedad, va a imponer un castigo a quien consuma droga, porque el Estado tiene una moral impuesta y establecida que viene enmarcado por una conducta social y moralmente aceptable.

Hay una moral que está establecida, que es aceptada por todos, por lo cual está mal visto tener drogas para el consumo, porque la sociedad esta conducta es moralmente reprochable.

La crítica que le hacen a la postura perfeccionista: la corriente de los defensores de la concepción liberal, dice que el Estado no puede imponer moral, que uno tiene el derecho de decidir la vida que quiere tener, que uno tiene sus propios valores y eso no significa que se tiene que perjudicar a la sociedad. Y como Estado, hay cuestiones donde no se tiene que meter, porque es ahí donde se desarrolla la verdadera libertad fundamental del ser humano. En la libre elección de mi propósito de vida y de la forma en la que la quiero llevar, ahí el Estado no se puede meter a decirme lo que está bien, lo que está mal, lo que es aceptable o no; porque estaría cuartando la libertad fundamental y el Estado tiene que respetar mis elecciones de vida.

EL ARGUMENTO PATERNALISTA: El Estado puede penar la tenencia de drogas para consumo, con el argumento de que lo que busca proteger es el derecho a la salud y ese derecho a la salud, está reconocido por todos los ciudadanos, aun por los enfermos. Los ciudadanos enfermos que se reconocen adictos a las drogas, reconocen como un bien jurídico necesario de protección el derecho a la salud. El paternalismo argumenta su derecho a intervenir, porque los ciudadanos que se ven afectados, reconocen también este derecho, como un derecho fundamental. El Estado adopta una postura paternalista y va a penar la tenencia de drogas para consumo, porque esta cuidando la salud del ciudadano.

La crítica que le hacen a la postura paternalista: los partidarios liberales dicen que en el caso de que el Estado se entrometa para cuidar la salud, hay dos instancias, una preventiva y la instancia donde el adicto que ya está afectado por la droga tiene afectada su salud. Entonces preventivamente no hace falta que vos Estado, penes el consumo de la droga para protegerme de que me meta en la droga, primero porque es previo y segundo porque no está afectada mi salud, no hay un riesgo concreto. En vez de poner una pena por la posesión de drogas para consumo, el Estado debe tomar medidas de información a los ciudadanos para que puedan prevenir los efectos nocivos de la droga. En vez de atacar el efecto, que ataque la causa.

La otra postura, si en el momento donde ya tengo afectada mi salud porque soy un adicto a las drogas. ¿Porque el Estado me va a perseguir y meterme preso por mi adicción? Lo que tiene que hacer es tener políticas de índole curativas, para tratar mi problema, porque metiendo preso al adicto, no va a prevenir que disminuya el consumo masivo en la sociedad.

EL ARGUMENTO DE LA DEFENSA SOCIAL: Parte de la premisa que todas las acciones de las personas van a tener un efecto para la sociedad (para los terceros), por lo cual esas acciones que generan un efecto en los terceros, sea lo suficientemente contundente para poder normatizar (imponer una norma para protegerlo). Esto tiene que ver con que el bien jurídico a reforzar es la salud pública, entonces en la defensa social lo que le esta diciendo que todo lo

que nosotros hacemos tiene una consecuencia para los terceros. También decían que era una de prevenir los “contagios” por la tendencia a la comisión de otros delitos entrelazados al consumo de drogas y por la contribución al trabajo.

La crítica que le hacen a la postura de la defensa social: los liberales dicen que es correcto que uno con sus acciones no puede afectar a terceros, pero en el caso de la tenencia para consumo, esa afectación es muy lejana para el bien jurídico se vea afectado, si bien puede tener algún tipo de implicancia, es muy remota la posibilidad que el bien jurídico - salud pública, se vea afectado. También los liberales dicen que respecto al “contagio” está en juego la autonomía de la voluntad, que va a consumir el que así lo desee, no por un contagio, con respecto a la comisión de otros delitos, hay que pararse en dos situaciones distintas, si vas a consumir drogas para cometer el delito, la conducta va a reprochársele a la persona que lo hiciese; la otra situación es si se delinque para adquirir la droga, es un delito autónomo que nada tiene que ver con la droga.

Respecto a la contribución al trabajo, los liberales dicen que en el caso que se pene a la persona que no es apta para el trabajo, por el consumo de drogas, en todas las otras circunstancias, en las cuales una persona no es apta para el trabajo, se lo tendría que penar, no únicamente porque consume droga, y como esto no sucede, no es un argumento válido.

CONCLUSIÓN: En ninguno de los argumentos efectuados por el **PERFECCIONISMO**, el **PATERNALISMO** y la **DEFENSA SOCIAL** logra convencer de una manera cierta que la tenencia de drogas para el consumo sea necesaria, que esa tenencia afecte el bien jurídico – salud pública.

MÍNIMA INTERVENCIÓN: “No hay ley penal sin necesidad”. La pena de prisión es lo que se conoce como “última ratio” (la sanción más extrema). Siempre antes de aplicar la pena de prisión, se tiene que intentar dar solución a los conflictos sociales que se generan, mediante otras vías que sean menos lesiva para la libertad, cuando el Estado va a decidir imponer una pena de prisión, lo hará para los delitos intolerables que perturben la convivencia y la paz social, para cuestiones extremas. Sacando esos delitos, siempre se tiene que elegir la vía menos lesiva. Las instancias para poder poner fin a un conflicto son:

- Legislación civil / Derecho administrativo sancionador.
- Derecho contravencional (derecho penal de menor cuantía).
- Derecho Penal en sentido estricto: delitos reprimidos con penas no privativas de la libertad, y por último la pena de prisión.

+ **PRINCIPIO DE LESIVIDAD** (solamente puedo aplicar un castigo cuando afecte el bien jurídico de carácter individual o que ponga en peligro un bien jurídico de un tercero). “No hay necesidad sin afectación a un bien jurídico”

- **Art. 19 CN:** “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.
- **Art. 11 inc. 2 CADH:** “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada”.
- **Se entiende por ACCIÓN PRIVADA:** es aquella que es propia, en el sentido de privativo, exclusivo, y por ende no socializable o estatizable. Acción privada es lo que se hace en relación a sí mismo o consigo mismo; todo lo que tenga que ver con el cuerpo, el alma, la mente, la personalidad, en definitiva, con la propia vida; Acción privada es la expresión y exteriorización de la propia personalidad y de las propias ideas, y del ejercicio de las ideas o creencias. Es todo lo que es puro, interno de la persona y en el modo en el que se desarrolla, por lo cual el Estado no tiene nada que hacer, no se puede entrometer. **Es todo aquello que no afecte un bien jurídico.**
- **Las conductas que se van a sancionar, son aquellas que perjudiquen los bienes y derechos de terceros.** Los cuales pueden ser **Públicos** (relacionados con el Estado) o **Privados** (relacionados con las personas).
- **El principio de lesividad está relacionado con la definición del BIEN JURÍDICO**, los cuales son PRINCIPIOS y VALORES reconocidos en el ordenamiento jurídico (CN y Tratados).
 - Tienen contenido material.
 - Protegidos por todo el Derecho. El Derecho Penal refuerza esa protección.
 - Complementan las formulaciones legales. No hay delito de homicidio sin reconocimiento al bien jurídico “vida”.

- **INDIVIDUALES:** Vida / Libertad personal / Libertad sexual / Dignidad humana. Tiene como característica que la persona tiene la disponibilidad absoluta de esos derechos, por los cual son bienes jurídicos susceptibles a ser dañado; por eso son delitos de daños, **SE LOS PUEDE LESIONAR**.
- **COLECTIVOS:** Orden constitucional y sistema democrático / Ambiente sano / Administración pública. Estos son indisponibles, la persona no puede disponer de esos bienes jurídicos. Son todos los delitos que tienen que ver con la protección contra la fe pública como la falsificación de documentos, contra las leyes ambientales que protegen el medio ambiente (una persona no es titular al derecho ambiente sano). Lo mismo sucede con la administración pública. Nunca pueden ser lesionado, **SE PONEN EN PELIGRO**.
- **Resumen:** El principio de **LESIVIDAD** está muy relacionado con el concepto **BIEN JURÍDICO**, requiere para poder aplicar una pena, que haya una afectación a un bien jurídico, pueden ser **INDIVIDUALES** o **COLECTIVOS**.
 - **Individuales** son aquellos que las personas son titulares (vida, derecho a la imagen, el honor, la integridad física, propiedad, libertad, etc.) y pueden **LESIONARSE (son delitos de daños)**. Todos los delitos de daños a su vez van a dar lugar a la **TENTATIVA** (Ej. cuando una persona con el fin de cometer un delito no logra cometerlo por razones ajenas a su voluntad, va a poner en peligro un bien jurídico).
 - **Colectivos** son los que no podemos disponer (ambiente sano, administración pública, salud pública, seguridad pública, etc.), son aquellos que no pueden ser dañados ni lesionados, sino que van a **PONERSE EN PELIGRO**. Recaen en estos delitos, los delitos de tenencia de armas, donde el bien jurídico protegido es la seguridad pública; los delitos de drogas, donde el bien jurídico protegido es la salud pública; el uso de documentos falsos, donde el bien jurídico protegido es la fe pública; en la figura del cohecho donde el bien jurídico protegido es la seguridad pública.
 - **Ej. Delitos contra la propiedad:** hurto, robo, extorsión, estafa y defraudaciones, usura, daños. Donde el bien jurídico es individual, el cual puede ser lesionado y dar lugar a la tentativa.
 - **Ej. Delitos con la seguridad pública:** incendio, tenencia de armas, drogas. El cual es un bien jurídico colectivo que se puede poner en peligro y no da lugar a la tentativa (ya que el arma se tiene o no se tiene).
 - **Sin afectación del bien jurídico, sin lesión, no hay delito.**

LAS NORMAS JURÍDICAS TIENEN 2 FUNCIONES:

- **NORMA DE DETERMINACIÓN:** la función de la norma es mandarle un mensaje al individuo para que se someta al contenido de la norma y decida no cometer un delito determinado. Ej. si el art. 79 CP dice que el que matare a otro tendrá una pena de 8 a 25 años de prisión, esta diciendo como norma de determinación “no mates”.
Va a determinar un **DISVALOR DEL RESULTADO**, se analiza objetivamente, esto quiere decir que en el caso que la persona cometa el resultado disvalioso, que este contenido en la norma, se va analizar negativamente. Infringió la norma, cometió el delito.
- **NORMA DE VALORACIÓN:** se analiza como el **DISVALOR DE LA ACCIÓN**, se analiza subjetivamente (que es lo que paso por la cabeza), el cual a su vez se va analizar de manera **positiva** o **negativa**. Si la persona infringe la norma se va analizar **negativamente**, la cual la puede infringir de dos maneras: con **DOLO** o con **CULPA**.
Si la persona afecto la vida de otra persona, no se sometió a la determinación que le imponía la norma (no mates), y como norma de valoración el caso se va analizar (el disvalor de la acción que cometió la persona), si esa persona actuó subjetivamente con dolo o con culpa. Si la persona decide no matar, eso se analizará de manera positiva, si la persona infringe la norma lo vamos a analizar de manera negativa.
Para el derecho argentino, para que exista el delito se tienen que dar las dos circunstancias: el **DISVALOR DEL RESULTADO** (afectación al bien jurídico) y el **DISVALOR DE LA ACCIÓN** (con Dolo o Culpa). Ej. disvalor del resultado, haberse afectado una norma y el disvalor de la acción, a la persona a la cual le vamos a reprochar el delito determinado, tuvo que haber actuado con dolo o con culpa.

EN QUE SITUACIONES NO SE VA A TENER POR CONFIGURADO EL DELITO. No se va a configurar por 2 situaciones que tiene que ver con la NO afectación al bien jurídico, llamado **ATIPICIDAD** o **INSIGNIFICANCIA**, en ambas situaciones podemos considerar que se afecta a un bien jurídico determinado, sin embargo, no va a ser susceptible

de reproche penal, o porque la afectación es muy insignificante que no se puede poner en marcha el aparato represivo del Estado para reprimir es clase de delito, o porque existe alguna circunstancia que hace que no se configure ese disvalor del resultado (afectación del bien jurídico) o ese disvalor de la acción (haber actuado con dolo o culpa).

Ej. con el consentimiento informado, no se va afectar el bien jurídico, en este caso un médico me produce una lesión, va a existir un disvalor del resultado (en una cirugía de rodilla), pero no se actuó ni con dolo ni con culpa, ya que yo firme que me someta a la cirugía. Por ende, no se va a ver afectado el tipo penal de lesiones, por mi autorización.

Principio de insignificancia (delito de bagatela). Ej. pasar por una verdulería y que un niño se robe una manzana, hay disvalor del resultado, se afectó el bien jurídico y se robaron una manzana y hay un disvalor de la acción, el chico paso y tuvo la intención de robarse una manzana. Por lo cual podemos decir que hay una afectación al bien jurídico, pero es ínfima. Este mismo criterio se aplica a la Salada con la ropa de imitación a grandes marcas.

Exigibilidad de mínima lesividad, para que pueda imponerse una norma se requiere que haya un mínimo de lesión al bien jurídico, si ese bien jurídico se encuentra afectado por una causal de atipicidad, que hace que no sea un delito, como es el consentimiento informado o que tampoco puede ser recriminado, porque hay algo que hace que sea insignificante la lesión, no se cumple con la exigencia de la mínima lesión del bien jurídico.

LOS DELITOS DE PELIGRO Colectivos (su afectación es la puesta en peligro) / No acepta tentativa / Indisponibles

Se clasifican en:

- **DELITOS DE PELIGRO CONCRETOS**
 - Acá están los delitos de abuso de armas. Aunque no tenga un objetivo claro, la sola intimidación con el arma, es concreto porque la acción típica ya genera de por si la puesta en peligro del bien jurídico, si el arma no se dispara no se genera esa puesta en peligro. Ahora la tenencia de un arma enmarcada y colgada de una pared es un delito de peligro abstracto.
- **DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTOS**
 - Autores como Rusconi dicen que estos tipos de peligro son inconstitucionales. Ya que generalmente estos tipos de peligro son lo de tenencia (drogas, armas, etc.) Para tener por configurado el delito no se requiere el análisis de afectación al bien jurídico, ni del disvalor de la acción. Solamente se encuentra configurado el delito por la sola tenencia (por el solo hecho de tener el arma, el delito se encuentra configurado). Se dice que es inconstitucional, porque el Poder Legislativo se arrogó funciones del Poder Judicial, que es la tarea de analizar a partir de una conducta si encaja en un tipo penal. Sin embargo, en todos los casos se tiene que hacer igual, analizar que una conducta determinada recaiga en un tipo penal y que ese tipo penal afecte al bien jurídico y que esa afectación haya sido realizada con dolo o con culpa.

AVANCES Y RETROCESOS

Caso “Bazterrica” (CSJN, 1986)

Gustavo Bazterrica, músico baterista del grupo Los Abuelos de la Nada, en 1981 (última dictadura cívico militar), estaba en su casa, barrio de Villa Ortuzar. La policía entró por la fuerza y encontró 3 cigarrillos de marihuana y dos gramos de cocaína.

Argumentos de la Corte: las acciones privadas que no ofenden la moral están exentas de la autoridad de los magistrados. Son “privadas” las acciones que no causan daño. El Estado no es perfeccionista, no puede imponer planes de vida.

Caso “Montalvo” (CSJN, 1990)

Ernesto Alfredo Montalvo tenía en su poder 2,7 gramos de marihuana en circunstancias en que era llevado detenido en un automóvil de alquiler junto con Jorge Monteagudo como sospechosos del delito de hurto (sustracción de dólares). El hecho ocurrió el 8 de junio de 1986 en las adyacencias de la Unidad Policial de Carlos Paz, provincia de

Córdoba. Al llegar a la dependencia policial y descender del vehículo Montalvo arrojó una bolsa que contenía la marihuana en cuestión, hecho que el mismo reconoció al prestar declaración indagatoria.

Argumentos de la Corte: El consumo de droga trasciende los límites del art. 19 CN. Los drogadictos contagian a otras personas. El BI salud pública merece protección por encima del interés particular del adicto, dado que su conducta también constituye un medio de difusión de la droga o de los estupefacientes. Se resguardan además valores morales, la familia, la sociedad, la juventud, la niñez, la nación y la humanidad.

Caso Arriola (CSJN, 2009)

¿Qué se discutía?

a) La **tenencia** por parte de Gustavo Alberto Fares **de tres cigarrillos de marihuana** de armado manual (con un peso de 0,283 gramos, 0,245 gramos y 0,161 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0,8; 1,1 y 0,5, respectivamente), **incautados del bolsillo delantero izquierdo del pantalón que vestía Fares** por parte del personal de la Sección Rosario de la Superintendencia de Investigaciones Federales de la Policía Federal Argentina, en el procedimiento que tuvo lugar el 29 de octubre de 2005 en la intersección de las calles Forest y México, de Rosario.

b) La **tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal** (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total), **incautados del bolsillo trasero izquierdo del pantalón que vestía el primero y del bolsillo derecho lateral del pantalón que vestía el segundo**, en el procedimiento llevado a cabo por el personal de prevención antes mencionado, el 18 de enero de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario.

c) Por último, la **tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual cada uno de ellos** (con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales: 0), secuestrados en el procedimiento que tuvo lugar el 26 de abril de 2006, en la intersección de las calles Forest y México de la ciudad de Rosario, por parte de personal de la Brigada Operativa Departamental II, dependiente de la Dirección General de Drogas Peligrosas de la Policía de la Provincia de Santa Fe; en este caso, al percatarse de la presencia policial, **los imputados dejaron caer sobre la vereda dos paquetes de cigarrillos conteniendo el material posteriormente incautado.**

Argumentos de la Corte: 1) argumento de respeto de la autonomía, 2) la inadecuación del medio técnico para el logro del fin, 3) atipicidad por inocuidad de la conducta (PRINCIPIO DE LESIVIDAD), 4) el consumidor es víctima y no imputado.

En resumen...

1. Cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea sin que el Estado pueda intervenir en ese ámbito (Art 19 CN).
2. No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad.
3. La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes o derechos de terceros.
4. Cuidado con las restricciones (prohibición de abusar de bebidas alcohólicas y de relacionarse con personas vinculadas al expendio o consumo de estupefacientes), pueden implicar una intromisión en la vida privada de una persona adulta.
5. Cuando rigió el criterio de "Bazterrica" que ahora se consagra no hubo ningún incremento en el consumo.

+ PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Se va a relacionar primer con sus FUNDAMENTOS:

- **CONCEPTO DE PERSONA (DUDH, art. 1)**
- **PRINCIPIO DE PERSONALIDAD Y DE DIGNIDAD**
- **DERECHO PENAL DEL ACTO**

Si entendemos que la persona tiene dignidad, entendemos que puede elegir. La religión habla del libre albedrío, la posibilidad de elegir lo bueno y lo malo. Entender que la persona tiene la capacidad de elegir es reconocerla en su dignidad. Es la posibilidad de elegir y de motivarse en la norma. Cuando se piensa en culpabilidad, se piensa en qué posibilidad tuvo de motivarse en la norma penal (que es legal, formal, previa, lesiona un bien jurídico o lo pone en peligro) que posibilidades tuvo de motivarse en eso. Para el derecho penal que una persona tenga la capacidad de motivarse en eso, tiene que ver con la posibilidad de haber elegido, no hacer la conducta sancionada.

En el caso de que una persona haga una conducta sancionada, la pregunta respecto a la culpabilidad, es saber, si esa persona pudo hacer otra cosa y si en ese momento que realizó la conducta ilícita, estaba disponible para el llamado de la ley penal, para hacer lo que la ley mandaba hacer (Ej. disponible para el no mataras, no robaras, no defraudaras, etc.).

Esto lo vamos a pensar en dos aspectos fundamentales:

- **Cuando pueda verificar en el caso concreto, que puedo hacer un reproche a la persona.** Reprochar en términos penales, es verificar si la persona pudo motivarse en la norma y en consecuencia se lo va a reprochar. Ya que, si no pudo motivarse, no se lo va a poder reprochar (por el principio de culpabilidad). Como consecuencia de esto, en el Derecho Penal, no se le va a poder atribuir responsabilidad penal a alguien solamente por el resultado. Ej. una persona sufre un ataque de epilepsia y rompe un jarrón de mucho valor, por lo cual no se la va a poder atribuir una sanción penal, porque no estaba disponible para el llamado de esa norma, por su epilepsia.
- **Cuando pueda verificar que la persona que cometió ese acto disvalioso, haya estado en ese momento disponible para hacer lo que le mando la ley y no lo contrario.** Implica analizar, si podía comprender que lo que estaba haciendo, estaba mal, era un delito y si podía en consecuencia dirigir sus acciones en no ir al delito. Hay varias situaciones que se van a poner en juego:
 - **En razón de la edad:** dada su inmadurez, derivada de la edad, no pueden comprender la criminalidad.
 - **Trastornos severos de la salud mental:** personas que no pueden comprender realmente la criminalidad del acto y en consecuencia no pueda dirigir sus acciones.
 - **Las intoxicaciones severas:** a modo tal que no permita comprender la criminalidad del acto.
 - **Poder conocer que existe una norma prohibitiva:** error de prohibición.
 - **Inexigibilidad de otra conducta:** Ej. cuando te obligan a cometer un delito por medio de una amenaza inminente. En ese caso la persona que roba, no estaba disponible para la norma penal, no se puede motivar en la norma, por tener la libertad coartada. **CAPADIDAD DE CULPABILIDAD:** soy capaz de culpabilidad cuando no me están pasando ninguna de estas cosas.

DOLO (INTENCIÓN) y CULPA (IMPRUDENCIA): No es lo mismo actuar con intención, que con imprudencia y lo mismo sucede en el Derecho Penal, donde no es lo mismo actuar con intención (dolo), que violando algún deber de cuidado (culpa – imprudencia). Violación a deber de cuidado, ejemplo, si la máxima es 60 y voy a 120, estoy realizando una violación al deber de cuidado, no estoy teniendo cuidado con lo que la norma me indica. En el caso que atropello a alguien a esa velocidad, estoy actuado con imprudencia y causando un daño que es la muerte. Diferente es si a esa misma persona, la atropello porque le tengo bronca, ahí se está actuando con intención.

Estos dos conceptos tan difíciles de entender, en el Derecho Penal y en esta cátedra en particular lo vamos a llamar **INTENCIÓN** (dolo) e **IMPRUDENCIA** (culpa), que como claramente no son lo mismo, también van a tener distintos

grados de reproche, en la IMPRUDENCIA (dolo) se dan condenas de perpetuas. El castigo penal es graduable, porque el reproche es graduable.

En Derecho Penal entre una acción y un resultado voy a tener que tener **INTENCIÓN** o **IMPRUDENCIA**. Esto hay que diferenciar muy bien de la responsabilidad en el Derecho Privado, donde existe la responsabilidad objetiva, donde la acción generó un resultado y no me importa si hubo intención o imprudencia en la responsabilidad objetiva se paga con dinero; pero en el Derecho Penal como no se paga, sino que se encierra a la gente, la responsabilidad es **SUBJETIVA** (se analiza al sujeto) y esto quiere decir que voy a tener que constatar si la acción se realizó con IMPRUDENCIA o INTENCIÓN, que violó el deber de cuidado y que actuó con imprudencia o intención. Ej. si voy manejando un vehículo, me agarra un ataque de epilepsia y en ese estado donde no estoy disponible para la norma penal, choco a alguien, en términos civiles voy a responder, pero en términos penales, como no tengo conciencia, no puede existir ni intención, ni imprudencia, por lo cual no existiría culpabilidad y no hay responsabilidad penal.

Para que el Derecho Penal pueda estar legitimado para imponer el poder punitivo del Estado (encarcelar una persona), debe existir la **RESPONSABILIDAD SUBJETIVA**, entre la **ACCIÓN** y el **RESULTADO**, tiene que existir INTENCIÓN (DOLO) o IMPRUDENCIA.

Tanto la intención como la imprudencia es gradual, ya que no todo es lo mismo, vamos a tener mayores grados de intención (dolo eventual / dolo culposo), como diferentes grados de imprudencia.

El **REPROCHE** siempre es personal (sobre la persona del autor), si solo puedo atribuir responsabilidad por intención o imprudencia, ese análisis siempre es subjetivo (ej. en Derecho Penal, los daños causados por un hijo, no pueden atribuirse a un padre, algo que si sucede en el Derecho Civil).

CLASE 7 – 30/08/2023 – AULA 6 – Dr. Federico Navascues / Dra. Gabriela Fontenla

TEORÍA DEL DELITO - INTRODUCCIÓN

Mecanismo para determinar si una conducta es delito. Es básicamente una herramienta, es una construcción teórica, es una forma de pensar casos penales y de tratar de darle solución a casos penales. Con la idea de que, a un mismo hecho, le corresponda la misma consecuencia jurídica. Es desmenuzar un caso penal y tratar de dar una respuesta igualitaria o racional. Se pasa por unas series de filtros y recién ahí el castigo va a estar legitimado.

DELITO por definición sería: una **CONDUCTA, TÍPICA, ANTIJURÍDICA** y **CULPABLE**.

La importancia principal de la **TEORÍA DEL DELITO**, es la **SEGURIDAD JURÍDICA**, que es ofrecer un mecanismo técnico axiológico que nos permite analizar cuando una conducta es delictiva, cuando un hecho termina siendo un delito. Voy a utilizar siempre la misma "herramienta", como un "tamiz", donde todos los hechos que sucedan, siempre se va a tener que utilizar el mismo "tamiz". Ej. sí un juez tiene por criterio creer que el dolo eventual no existe y que, si existe la culpa con representación, no puede juzgar, por quien sea la persona, un hecho por dolo eventual y si es otra persona, culpa con representación.

Para que haya un delito tiene que haber una **CONDUCTA**, la cual debe ser humana, voluntaria y con una finalidad. En la **TIPICIDAD** vamos a hablar del aspecto subjetivo, algo que ocurra en la realidad y algo que pasa en la cabeza de la persona. No solamente alcanza con dañar el bien jurídico, sino que además tiene que querer hacerlo, tiene que estar el dolo o la culpa.

Los CAUSALISTA, sostiene que todos los problemas se tienen que resolver en la culpabilidad. **Los FINALISTAS** decían que no, porque las conductas ya tienen una finalidad, como mínimo la de cambiar el mundo exterior al momento que se realiza, se tienen que resolver en la tipicidad.

LAS TEORÍAS FUNCIONALISTAS SISTÉMICAS, parten de la base de cómo se vincula la conducta de una persona con un resultado, cual es el nexo causal, cual es la conducta que determina ese resultado. Hay diferentes maneras de vincular esa conducta. Esta teoría parte de una idea funcionalista, de que todo es un organismo social y que todos dentro de ese organismo, tenemos funciones y roles; cuando uno excede ese rol y provoca un riesgo que no está permitido, un riesgo desaprobado, es ese caso, se va a poder imputar ese resultado a la persona que eleva ese riesgo.

El **HECHO** que sospechamos que es ilícito, implica una **CONDUCTA**. Para determinar si es un delito, vamos a ir pasando por distintos estratos de la Teoría del Delito, que es como un sistema de filtros, que tiene válvulas de escape, que hacen que ciertas circunstancias en los hechos, que se van a manifestar a partir del análisis al que lo vamos a someter, que van a excluir a un montón de conductas que nosotros consideramos ilícitos y que en realidad no lo es.

La Teoría del delito se analiza dentro de una pirámide invertida



CONDUCTA = ACCIÓN u OMISIÓN.

Un hecho voluntario humano que tiene como fin provocar un cambio en el mundo exterior, se requiere un mínimo de voluntad, que la persona pueda dirigir su conducta.

- **HUMANO:** por lo cual quedan excluidas de cometer un delito, las Personas Jurídicas ya que no pueden tener la tipicidad subjetiva, no puede actuar con dolo o culpa.
- **VOLUNTARIO:** tuvo que haber enervado sus músculos para moverse de determinada manera. Pero **se van a excluir ciertos comportamientos** que pueden ser llevados a cabo por una persona, pero en realidad no pasa por su conciencia, en estos casos **NO HAY ACCIÓN** y el caso sale por la válvula de escape de la acción.
 - **Incapacidad absoluta**
 - **Acto reflejo** (no pasa por la conciencia, es un acto neurológico que se inicia en la médula espinal, el cual se transmite al cerebro mediante un impulso eléctrico, teniendo como resultado un movimiento determinado involuntario)
 - **Fuerza física irresistible** (cuando el cuerpo de una persona actúa como una mera masa mecánica, el movimiento que se realiza no es voluntario y tampoco tiene la capacidad de detenerlo)
- **PROVOCAR UN CAMBIO EN EL MUNDO EXTERNO.**

TIPICIDAD

Este es el estrato de la Teoría del Delito donde se va a realizar la mayor decantación de los casos a analizar. Acá tiene influencia dos de los tres principios constitucionales, el **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** y el **PRINCIPIO DE LESIVIDAD**.

La Tipicidad, viene de la voz “tipo”, donde nosotros vamos a cotejar la conducta (ese hecho voluntario humano que tiene como fin provocar un cambio en el mundo exterior) para ver si encaja típicamente en la norma penal, por eso se dice “tipo” (esta conducta es típica de tal cosa).

TIPICIDAD – TIPO (vemos en este caso la acción activa, doloso, de autor y culpa)

- **TIPO OBJETIVO** (vamos a analizar la conducta como si estuviéramos mirando un hecho ajeno, la mirada externa, lo que aconteció en el hecho para ver si encaja en la norma)
 - **Sujeto Activo** (autor)
 - **Sujeto Pasivo** (víctima)
 - **Una ACCIÓN con el consecuente RESULTADO que va a estar unido por el NEXO CAUSAL (*)**
Ejemplo: A le dispara a B, A el sujeto activo, B sujeto pasivo y la acción (el disparo) produce el resultado (muerte). Entonces entre la acción y el resultado va a estar unido por un nexo de causalidad.

Elementos que surgen de la aplicación de la norma. La norma contiene:

- Elementos Normativos / Descriptivos
- Elementos de recortes
- Referencias de autor
- **TIPO SUBJETIVO** (vamos a analizar lo que pasa de manera interna, en la cabeza del autor)
 - **DOLO** (conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo)
 - **Dolo directo**
 - **Dolo indirecto**
 - **Dolo eventual**
 - **CULPA (No hay voluntad del autor - la persona quiso hacer otra cosa, no se propuso ese fin, tiene el conocimiento, pero no tiene la voluntad de hacerlo)**
 - **Culpa con representación**
 - **Culpa sin representación**

(*) TEORÍAS DEL NEXO DE CAUSALIDAD

1. **La Teoría de la “conditio sine qua non” o la condición sin la cual.** Hay que unir entre la acción y el resultado si se corresponde a esa acción que se está investigando el resultado lesivo, si hay una relación entre causa y efecto. Es un ejercicio mental que se hace con la siguiente pregunta, en el caso del caso de A dispara a B. Si se suprime mentalmente la acción de disparar, ¿el resultado de la muerte de B se produce? Si el resultado no se produce, decimos que el disparo es causa; si el resultado se produce, porque B muere previamente de un infarto, decimos que el disparo no fue la causa de la muerte de B.

Esto es algo que se le discutía a esta teoría, si suprimo mentalmente hacia atrás, si suprimo mentalmente el disparo el resultado no se produce, si suprimo mentalmente la fabricación de balas el resultado tampoco se produce, si suprimo mentalmente la fabricación de armas el resultado tampoco se produce y si suprimo mentalmente el nacimiento del autor tampoco se produce. En cuantas circunstancias se va a ir para atrás para buscar cual es la causa que responde y por eso algunos autores dicen que no se puede usar, sin embargo, es la que se usa.

No es una justificación que se puede ir indefinidamente hacia atrás, sino que hay que quedarse con la causa inmediata, en el caso que la causa inmediata no responda, se va a poder ir a la causa mediatas más remotas (ej. venta de drogas por delivery, pizzería contrata un “pedido ya” para la entrega de una pizza con droga, el sujeto activo es el repartidor que es detenido por la policía. Si yo suprimo la pizza el resultado lesivo no se produce, pero en este caso como el repartidor no sabía se va a tener que ir para atrás, a la persona que contrató al repartidor – el dueño de la pizzería).

2. **La Teoría de la Causalidad Adecuada.** En el caso de disparo de A contra B, en vez de suprimir mentalmente, si A le dispara B con un arma de fuego a cierta distancia, en una parte vital del organismo, a cierta altura y con un arma de cierto calibre, ¿es adecuado que esa acción le cause la muerte a B? Si A tenía una 45 en la mano y le dispara en una zona vital a la altura del pecho y la bala entra, es adecuado que B muera.

Entonces se va a decir que en virtud de la Teoría de la Causalidad entre la acción y el resultado hay un nexo de causalidad.

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En este caso se analiza que con la evolución de las sociedades se generaron muchos contactos anónimos, ya sea a través del desarrollo de las empresas, en las compañías de transporte de pasajeros, en el tránsito, hospitales con las personas que intervienen, todas ellas actividades riesgosas. Este contacto anónimo,

significa que muchas personas intervienen en el desarrollo de una determinada actividad y esto genera que haya muchas más circunstancias en la que esas actividades implican un riesgo al que nos sometemos, como por ejemplo el transporte público donde uno lo utiliza sabiendo que puede sufrir un daño, o el caso de una cirugía, donde van a intervenir diferentes especialistas (cirujano, anestesista, instrumentista, enfermero, etc). En este último caso el cirujano va a confiar en el instrumentista que tenga los instrumentos esterilizados, si bien el médico es el encargado, existe una relación de confianza es esa actividad riesgosa.

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA es una teoría que se creó a partir de estas circunstancias, que se usa más que nada en los **CASOS DE IMPRUDENCIA**. En **SOCIEDAD EN LA QUE SE MANIFIESTAN CIERTOS RIESGOS**, a esos riesgos estamos sometidos y los aceptamos para poder vivir en la sociedad.

Nos tenemos que hacer varias preguntas

- **¿Hubo un riesgo?** Conducir un vehículo.
- **¿Ese riesgo se elevó más allá de lo permitido?** Conducir el vehículo a mayor velocidad que la permitida
- **¿Ese aumento del riesgo provocó una lesión al bien jurídico?** Esto se verifica con el resultado, verificación de la lesión en el resultado. Atropello a una persona.
- **Se realiza el Test de Lesividad**
- **Verificación del Núcleo Típico**
 - **Riesgo permitido**
 - **Principio de confianza** (cuando el instrumentista no tiene los elementos esterilizados, exime de responsabilidad al cirujano)
 - **Prohibición de regreso** (en el caso de un asesinato por envenenamiento, donde voy a una panadería y le digo al panadero que me dé una medialuna, que la voy a envenenar y asesinar a mi pareja. La prohibición de regreso es conforme al rol que cada uno cumple, ya que el panadero nunca salió de su rol, porque vende pan, no lo hace ni partícipe, ni responsable)
 - **Autopuestas voluntarias en peligro** (cuando el peatón es atropellado por un auto que circulaba en exceso de velocidad, pero el peatón cruza la calle con el semáforo en rojo)

****TEST DE LESIVIDAD****

DISVALOS DEL RESULTADO (R) y DISVALOR DE ACCIÓN (A)

Para que se pueda avanzar en la Teoría del Delito, se necesita disvalor del resultado (lesivo del bien jurídico) y disvalor de la acción, se tienen que dar los dos. Por lo cual se pueden dar cuatro combinaciones, las que son mensurables ya que admiten grados:

- **+R -A** (accidente de tránsito, conductor sufre una convulsión, pero mata a un peatón – homicidio culposo).
- **+R +A** (homicidios agravados con alevosía, uno de los más graves).
- **-R +A** (una bomba para matar a alumnos de un aula, colocada en un aula donde no había nadie, explota, pero nadie resulta herido – termina siendo una tentativa, cuando la persona en realidad tenía la intención de matar)
- **-R -A** (el conductor que le agarra una convulsión, choca contra un árbol – NO hay delito).

ANTI JURICIDAD

Hay casos en los cuales la persona realiza una acción que encaja en una norma de tipo penal y que la quiso hacer, porque actúa con dolo o con culpa, pero que no se la vamos a reprochar porque la persona actuó bajo una causa de justificación, que son permisos que la ley me otorga para que pueda infringir cuando estoy en cierto riesgo, y el Estado no puede cumplir la función de protegerme y prevenir la situación

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN (permiso que el Estado otorga y permite actuar de una manera antijurídica)

- **Legítima defensa** (defenderse ante un ataque inminente).

- **Estado de necesidad justificante** (actuar de manera antijurídica que la ley me permite, porque el bien jurídico que se expuso en riesgo, es de mayor valor que el que se sacrificó. Ej. entrar a la fuerza a la casa de mi vecino para rescatar a su hijo de un incendio).
- **Cumplimiento de un deber y/o Ejercicio legítimo de un derecho** (policía que allana domicilio).

Se pueden dar **ERRORES DE TIPO** (cuando una persona actúa bajo un error en la tipicidad objetiva).

Si en la ANTIJURICIDAD vemos que no se dan ninguno de estas causas de justificación, pasamos al siguiente estrato.

CULPABILIDAD (aplica el principio de culpabilidad)

Ya en este estrato, si hay una acción, si esa acción es típica y si esa acción es antijurídica, vamos a tener un **INJUSTO PENAL**. Estamos en la puerta de una posible condena (acción típica y antijurídica).

Dentro de la culpabilidad tenemos la **IMPUTABILIDAD** que hace referencia a la persona del autor y vamos a tener en cuenta la edad y su capacidad psicofísica.

En la culpabilidad lo que vamos a analizar es la autodeterminación de la persona:

- Capacidad a derecho (si se somete a la norma conforme a su comprensión)
- Capacidad de actuar (si puede actuar conforme a esa condición)

ERRORES DE PROHIBICIÓN

CLASE 8 – 1/09/2023 – AULA 6 – Dr. Federico Navascues / Dra. Marcela

TEORÍA DEL DELITO

ACCION / CONDUCTA

Primero vamos a descartar aquellas conductas, acciones y hechos que groseramente no pueden ser considerados delitos, es el primer filtro.

La **ACCIÓN** es un **COMPORTAMIENTO HUMANO VOLUNTARIO** que va a producir un **CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR** (un resultado) con una **FINALIDAD**.

- ❖ Cuando hablamos de **COMPORTAMIENTO HUMANO**, estamos excluyendo a:
 - **Las Personas Jurídicas**, se puede aplicar a las personas que dirigen a esa institución, pero no la Persona Jurídica en sí.
 - **Animales o fuerzas de la naturaleza.**
- ❖ Cuando hablamos de que es **VOLUNTARIO**, tenemos que saber que la acción en una conducta exterior evitable, por lo cual, si ese hecho que cometió la persona lo pudo evitar, va a pasar por el filtro de la acción; por el contrario, si no lo pudo evitar, va a salir por las válvulas de escape de la acción y va a impedir que se siga analizando en la Teoría del Delito.
- ❖ Cuando hablamos de que produce un **CAMBIO EN EL MUNDO EXTERIOR**, hablamos de un comportamiento que tiene que ser exteriorizado, por lo cual estamos dejando de lado a los pensamientos, penamos las acciones de las personas, penamos a las personas por lo que hacen, esto quiere decir que no se va a penar a la persona por lo que son (ideologías políticas, religiosas, orientaciones sexuales, etc).
- ❖ Esa **FINALIDAD** tiene dos corrientes doctrinarias, las de CAUSALISMO y FINALISMO que durante mucho tiempo se pelearon para ver cuál era el concepto de acción que debía adoptar la Teoría del Delito.
 - **EL CAUSALISMO:** esta acción se da por un movimiento corporal, con una inervación muscular, sin importar la finalidad que tuvo el sujeto para realizar esta acción.
 - **EL FINALISMO:** rompe con esta idea, y dijo que el concepto de acción debía ser tomado como algo complejo, que debería tener su parte objetiva que produce un cambio en el mundo exterior, pero a la vez, debía tener

su parte subjetiva, que era ver cuál era la finalidad que tenía el sujeto. Uno no tiene comportamiento sin voluntad.

CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN se van a excluir ciertas acciones que pueden ser llevados a cabo por una persona, pero que en realidad no pasa por su conciencia, en estos 3 casos **NO HAY ACCIÓN**:

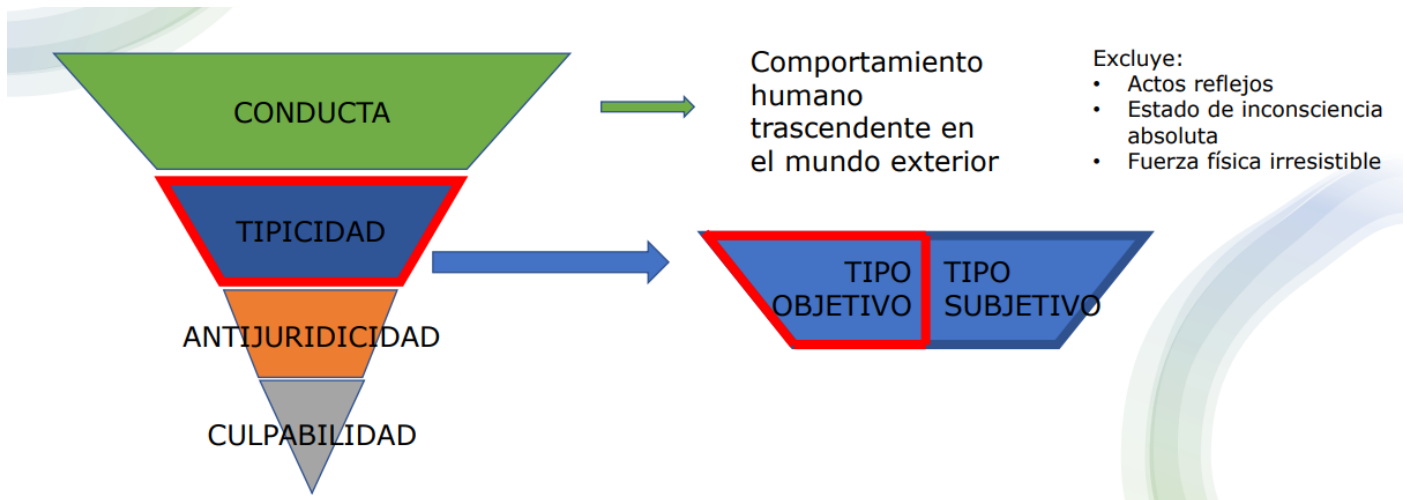
- **Un acto reflejo:** (no pasa por la conciencia, se produce por un **estímulo exterior**, es un acto neurológico que se inicia en la médula espinal, el cual se transmite al cerebro mediante un impulso eléctrico, teniendo como resultado un **movimiento mecánico involuntario**). Hay que diferenciarlo de los movimientos impulsivos, automatizados o aprendidos.
- **Ausencia de conciencia o inconciencia absoluta:** cuando la persona no tiene control de su cuerpo, como puede suceder en una convulsión, cuando dormimos, al sufrir un desmayo, etc. Hay que diferenciarlo de otros tipos de trastornos de índole mental.
- **Fuerza física irresistible → una mera masa mecánica:** (cuando el cuerpo de una persona actúa como una mera masa mecánica, el movimiento que se realiza no es voluntario y tampoco tiene la capacidad de detenerlo). Puede ser ejercida por una persona, un objeto o por la naturaleza y animales.

Las 3 acciones descritas excluyen la acción porque no hay voluntad y porque la conducta es inevitable

CASOS DE ACCIÓN - PRÁCTICOS

- **Tanque Australiano:** persona salta por estampida de animales a un tanque y lesiona a un niño.
 - **Hay acción:** ya que voluntariamente decidió realizar esa acción, que produjo un cambio en el mundo exterior y finaliza con el niño lesionado.
- **Entrenado para matar:** soldado de élite que ataca con una toma a una persona que lo sorprende.
 - **Hay acción:** ya que la acción realizada por el soldado es un movimiento voluntario aprendido o automatizado, que puedo discernir ejecutarlo o no. Era evitable, por lo cual esa acción generó un cambio en el mundo exterior, con la finalidad de una persona lesionada
- **La piscina:** persona que es empujada por otra, le clava destornillador a una que estaba en el agua.
 - **No hay acción:** porque existe una causal de exclusión de la acción, ya que la persona al ser empujada se convierte en una mera masa mecánica, perdiendo toda voluntad para controlar su cuerpo y evitar la acción cometida.
- **El cine:** persona es empujada por avalancha humana y aplasta a un niño.
 - **No hay acción:** porque existe una causal de exclusión de la acción, ya que la persona al ser empujada se convierte en una mera masa mecánica, perdiendo toda voluntad para controlar su cuerpo y evitar la acción cometida.
- **La reunión en el bar:** una persona quema a otra y ésta reacciona a la quemadura y golpea la bandeja de la moza y los vidrios se clavan en otra persona.
 - **No hay acción:** porque existe una causal de exclusión de la acción, ya que la persona quemada reacciona involuntariamente con un acto reflejo, el cual es involuntario.
- **El amigo sonámbulo:** sonámbulo rompe jarrón valioso.
 - **No hay acción:** porque existe una causal de exclusión de la acción, la persona sonámbulo padece de una ausencia conciencia, por lo cual los movimientos que producen la acción son involuntarios.

TIPICIDAD



Este es el estrato de la Teoría del Delito donde se va a realizar la mayor decantación de los casos a analizar. Aquí tiene influencia dos de los tres principios constitucionales, el PRINCIPIO DE LEGALIDAD y el PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

La Tipicidad, viene de la voz “tipo”, donde nosotros vamos a cotejar la conducta (ese hecho voluntario humano que tiene como fin provocar un cambio en el mundo exterior) para ver si encaja típicamente en la norma penal, por eso se dice “tipo” (esta conducta es típica de tal cosa).

Es un estrato que se llama complejo, porque tiene **2 aspectos**, uno **TIPO OBJETIVO** y el otro **TIPO SUBJETIVO**. Para poder atravesar este estrato primero debo analizar el tipo objetivo y posteriormente el tipo subjetivo

TIPICIDAD – TIPO (vemos en este caso la acción activa, doloso, de autor y culpa. Los tipos penales, el tipo penal de homicidio, el tipo penal de robo, etc.). Tenemos **TIPO OBJETIVO** y **TIPO SUBJETIVO**.

TIPO OBJETIVO (vamos a analizar la conducta como si estuviéramos mirando un hecho ajeno, la mirada externa de un tercero, lo que aconteció en el hecho para ver si encaja en la norma).

Elementos que surgen de la aplicación de la norma. La norma contiene:

- Elementos Normativos / Descriptivos
- Elementos de recortes
- Referencias de autor

Ejemplo: A empujó a B de una tribuna alta y causa la muerte de C que estaba debajo de esta tribuna. Vamos a analizar si en la conducta de A podemos verificar un delito, una norma típica. La norma penal del art. 79 que dice “...al que matare a otro...”, en ese tipo objetivo, como primera medida, vamos a evaluar si A mató y como segunda medida, si mato a un otro (ese “otro” el código penal refiere a una persona). Tenemos que ver los elementos del tipo que describe la ley.

Si no se verifica el tipo objetivo, la acción no tipifica, se termina el análisis y sale por la válvula de escape de la Tipicidad (Ej. el fallecido no era una persona, era un perro) Tengo conducta, pero esa conducta no es típica.

Sujeto Activo (autor) / Sujeto Pasivo (víctima) / Una ACCIÓN con el consecuente RESULTADO que va a estar unido por el NEXO CAUSAL. Ejemplo: A le dispara a B, A el sujeto activo, B sujeto pasivo y la acción (el disparo) produce el resultado (muerte). Entonces entre la acción y el resultado va a estar unido por un nexo de causalidad.

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (se creó para tratar de pensar, de la manera más científicamente posible, la relación de causalidad e imputación). Es un conjunto de reglas tendientes a determinar si un comportamiento constituye un riesgo jurídicamente desaprobado, y que a su vez, sea el que se realice –en todo o en parte- en el resultado previsto en un tipo penal.

El análisis es normativo, es valorativo (no como sucede en el nexo de causalidad), acá voy a ver que debió haber hecho el sujeto, que era lo que la ley lo llamaba realizar, si está aprobado jurídicamente lo que hizo o no está

aprobado. Por eso **es un juicio de imputación y no de causalidad**. Los **tipos activos** (cuando A dispara a B) y **omisivos** (guardavida que decide no rescatar a un bañista), **dolosos** (con intención) e **imprudentes** (culpa). Va a limitar el poder punitivo por permitir un mejor ejercicio del principio de legalidad.

Estructura de la tipicidad objetiva:

- 1. NEXO DE CAUSALIDAD** (Naturalístico -es una relación de causa efecto-, establecer que el resultado se debió en la acción del autor).
 - Objetivo: afirmar o descartar que una conducta causó un resultado típico
 - Tipos Activos (no omisiones) – Reglas Científicas (naturales) – No hay análisis normativos.
 - **Teoría de la equivalencia de la condición** o **Teoría de la “conditio sine qua non”** (inmediatas, mediatas y remotas). En esta teoría hacemos un ejercicio mental donde vamos a suprimir la acción del sujeto activo (A) y nos preguntamos, ¿El resultado muerte de C se hubiese producido? Si la respuesta es NO, entonces confirmamos la existencia del Nexo de Causalidad. Si la respuesta es SI, porque C muere por otra causa y no por la acción de A, entonces no hay Nexo de Causalidad entre la acción de A y la muerte de C, por lo cual A no puede ser imputar por la muerte de C.
 - **Ejemplo de la Tribuna:** Existe una **acción** por una **conducta** de A al tirar a B por la tribuna, la cual genera un **resultado** que es la **muerte** de C. Lo primero que hay que **verificar** cuando se habla de **TIPO OBJETIVO** es que pueda **unir** esa **acción** con ese **resultado**. Que pueda establecer que esa muerte de C se debió en la acción de A. Esto es lo que se denomina en penal, nexo de causalidad.
 - **CAUSALIDAD ≠ IMPUTACIÓN**. Son 2 planos separados, la **CAUSALIDAD** implica un plano totalmente del **SER** (causa efecto) se explica desde la lógica, no todo lo que tenga nexo de causalidad va a ser relevante al derecho penal, por eso tenemos que utilizar la Imputación Objetiva. Por el contrario, la **IMPUTACIÓN** se encuentra en el plano del **DEBER SER** (tiene que ver con lo normativo, con la ley). Una cosa, es decir: “Juan agarró un arma, la cargó, apuntó contra Pedro, apretó el gatillo y le produjo una lesión que condujo a la muerte” (eso es el SER) donde se realiza una valoración de esa acción. Otra, es decir “Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro...” (eso es el DEBER SER). Como consecuencia de estos 2 planos, **se descartan Teorías de la Causalidad Adecuada** (no se suprime mentalmente la acción, se analiza directamente si esa acción, de la manera que se efectuó, el resultado determina la muerte) o de **Relevancia Típica** (establece que de todas las causas que determinaron la muerte, cual es la relevante típicamente que pueda implicar un delito penal).

Nace con el Dr. Roxin LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.
- 2. CREACIÓN DE RIESGO NO PERMITIDO** (sin esto no se cumple no hay imputación). En el ejemplo el riesgo no permitido fue que A empujó a B de la tribuna.
 - Se habla de riesgo, porque hoy en día toda actividad que desarrolla la sociedad, es riesgosa (ej. todos usan autos, transporte público, aviones, etc. todas actividades que se realizan sabiendo que hay un riesgo latente). La sociedad en todo momento fomenta riesgo, pero hay que diferenciar los riesgos permitidos (conducir por ruta a 110 km/h), riesgos fomentados (utilizar bicisendas para movilizarse) y riesgos desaprobados (conducir por ruta a 150 km/h).
 - El **análisis es CONGLOBADO**, es decir, desde todo el ordenamiento jurídico. Por eso hay que ir a todos los ordenamientos jurídicos y no solo al código penal (ej. jugador de futbol fracturado por una patada, la actividad realizada es riesgosa y esa finalidad no constituye un riesgo desaprobado; diferente si ese jugador es fracturado por otro, cuando el juego está detenido).
 - Especial énfasis en los **ROLES de la persona** y en consecuencia, de las **EXPECTATIVAS** (ej. cuando subo a mi vehículo, asumo el rol de conductor y hay una expectativa de que voy a respetar las normas de tránsito. Lo mismo sucede con el peatón, hay una expectativa de que también va a respetar las normas y que, si el semáforo está en rojo, no va a cruzar corriendo la avenida).
- 3. REALIZACIÓN DEL RIESGO NO PERMITIDO EN RESULTADO** (en el ejemplo A empuja a B y ese riesgo no permitido, tiene como resultado la muerte de C).
- 4. VERIFICACIÓN LESIVIDAD** (tengo que verificar que esa conducta lesionó algún bien jurídico)
Ausencia de afectación del bien jurídico. El consentimiento expreso:
 - Titular del bien jurídico presta consentimiento para que un tercero intervenga sobre él. (ej. colocarse un piercing).
 - Admisible si es anterior o concomitante al hecho, y otorgado de manera libre por una persona con

capacidad suficiente y en plena capacidad de comprensión. (ej. Gran Hermano).

Insignificancia de afectación del bien jurídico.

- Afectación o puesta en peligro de bien jurídico es de escasa magnitud.

- Criminalización secundaria

- Estándar mínimo para que se configure DISVALOR DE RESULTADO, para que podamos reafirmar el DISVALOR DE INJUSTO.

5. **VERIFICACIÓN NÚCLEO TÍPICO (subsunción -asociar un hecho con una norma legal-)** (Ej. art. 79 CP, norma que establece la **pena de 8 a 25 años** al que **“matare”** a **“otro”**, este **“otro”** hace referencia a una persona y eso es el **TIPO PENAL DE HOMICIDIO**. Por lo cual, para poder verificar el núcleo típico, tengo que acreditar que una persona haya matado a otra persona.

Reglas de la Imputación Objetiva (HAY QUE SABER PARA EL EXAMEN)

1. **NEXO DE CAUSALIDAD** (Naturalístico -es una relación de causa efecto- vamos a utilizar la teoría de la causalidad como la **Teoría de la equivalencia de la condición** o **Teoría de la “conditio sine qua non”**)
2. **TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA** (tiene dos reglas – que se haya efectuado un riesgo desaprobado y que ese riesgo me explique el resultado)

- a. **CREACIÓN DE RIESGO NO PERMITIDO** – Creación de un riesgo desaprobado. Si la acción que estoy analizando, constituye o no un riesgo desaprobado.

Existen 4 casos donde no voy a poder verificar la creación de riesgo desaprobado

- **Riesgo permitido**
 - Distinguir riesgo permitido del no permitido.
 - Integración de tipos penales con reglamentaciones para ámbitos especialmente peligrosos (por ejemplo, la conducción de vehículos automotor o el ejercicio de la medicina).
 - Diferenciación entre aporte causal y valoración jurídico penal de la conducta (una diferenciación entre la imputación bien jurídica a una cuestión moral).
 - Desempeño de rol de una sola persona (ej. mozo que entrega hongos venenosos en ensalada, actúa a riesgo aprobado, porque está cumpliendo su rol de mozo).
- **Principio de confianza**
 - Aplicación teoría de los riesgos para ACTIVIDADES GRUPALES de toda índole, en la que existe REPARTO DE TAREAS y DIVISIÓN DE RESPONSABILIDADES.
 - “Todos estamos autorizados a confiar en que los demás integrantes de una organización se van a comportar conforme las expectativas del rol asumido por cada cual”. (ej. en un quirófano el instrumentista no tiene los elementos esterilizados, el cirujano no puede ser imputado porque el actuó a riesgo aprobado, diferente es el caso del instrumentista que actuó a riesgo desaprobado)
 - Cada miembro debe enfocarse en el sector de responsabilidad que le incumbe, y no aumentar allí el riesgo por arriba de lo permitido.
 - LÍMITE: No es aplicable si uno de los miembros aumenta el riesgo por arriba de lo permitido de manera OSTENSIBLE. Allí cede la posibilidad de confiar (ej. en un quirófano el anestesista entra borracho, el cirujano lo advierte y no le importa, por lo cual actúa a riesgo desaprobado).
- **Prohibición de regreso a conductas neutrales**
 - Surge para limitar el ámbito de la participación punible.
 - Respecto de quien ejerce rol básico (estereotipado, intercambiable).
 - Aporte neutral CARECE DE RELEVANCIA PENAL.
 - Por eso, será muy importante la diferenciación entre RIESGO PERMITIDO Y RIESGO DESAPROBADO.
 - Aun cuando el sujeto conozca fin delictivo. Se privilegia el ROL. CLAVE: el aporte a la causalidad hubiese sido el mismo que si el agente no hubiese sabido del plan criminal. En este caso, no se motiva en el PLAN DELICTIVO, sino en el ROL. (ej.

persona que va con un bidón a una estación de servicios y le piden nafta al playero para incendiar la casa de su vecino. El playero solo cumple su rol de despachar nafta por lo cual actúa a riesgo aprobado).

- Todo esto, sin perjuicio de la comisión de otro delito de omisión.

▪ **Autopuesta voluntaria en peligro**

- Titular del bien jurídico emprende actividad con otro/s que puede producir una lesión en ese bien jurídico. (ej. jugador de futbol que es fracturado producto de una patada en un partido, el que pego la patada actuó a riesgo aprobado ya que la persona fracturada, sabe que esto puede pasar. En el caso que la fractura se produjo porque el rival lo golpeó con un bate de beisbol, ahí sí esta actuando a riesgo desaprobado).
- Quien aparece como víctima acepta colocarse en esa situación riesgosa (diferencia con CONSENTIMIENTO EXPRESO) Condición: dentro del marco de las reglas jurídicas, reglamentos y técnicas regladas para la actividad, que tiene que estar reconocida y regulada (RIESGO PERMITIDO).



b. **REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO LESIVO (de las 3 "R")**. Que ese riesgo se materialice en un resultado lesivo, que ese riesgo me explica el resultado.

Para cada curso causal, constatar si se configuró un riesgo jurídicamente desaprobado, y si éste se ha realizado o no en el resultado lesivo.

¿El resultado lesivo se debe a la conducta del autor? ¿O se explica por su propia conducta, por la de un tercero o por un mero infortunio?

Para reafirmar esta regla, el riesgo debe poder EXPLICAR el resultado lesivo, o al menos CONTRIBUIR de manera RELEVANTE.

Casos de exclusión de la segunda regla:

▪ **EL COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO (CACD)**

- Método. Ejercicio hipotético. Sirve para afirmar esta segunda regla
- Se afirma imputación solo si "la utilización del cuidado (hipotético) debido hubiera evitado el resultado con una probabilidad cercana a la certeza". Ej. los pelos de cabra de los pinceles, donde existe una reglamentación que establece que hay que tratarlos con un compuesto químico, que mata la bacteria X que tiene esos pelos, ya que produce un riesgo a la salud de las personas que lo manipulan. El fabricante decide no tratarlos con el compuesto químico, con el tiempo se mueren varias personas, que aducen que debido a los pelos de cabra sin tratar. Se descubre que las muertes se

produjeron no por la bacteria X, sino por la bacteria Y. Por lo cual hay que realizar el siguiente ejercicio:

¿El CACD hubiese evitado la consecución del resultado lesivo?

SÍ → HAY IMPUTACIÓN (si se estableciera que ese químico para la bacteria X también fuese efectivo para la bacteria Y).

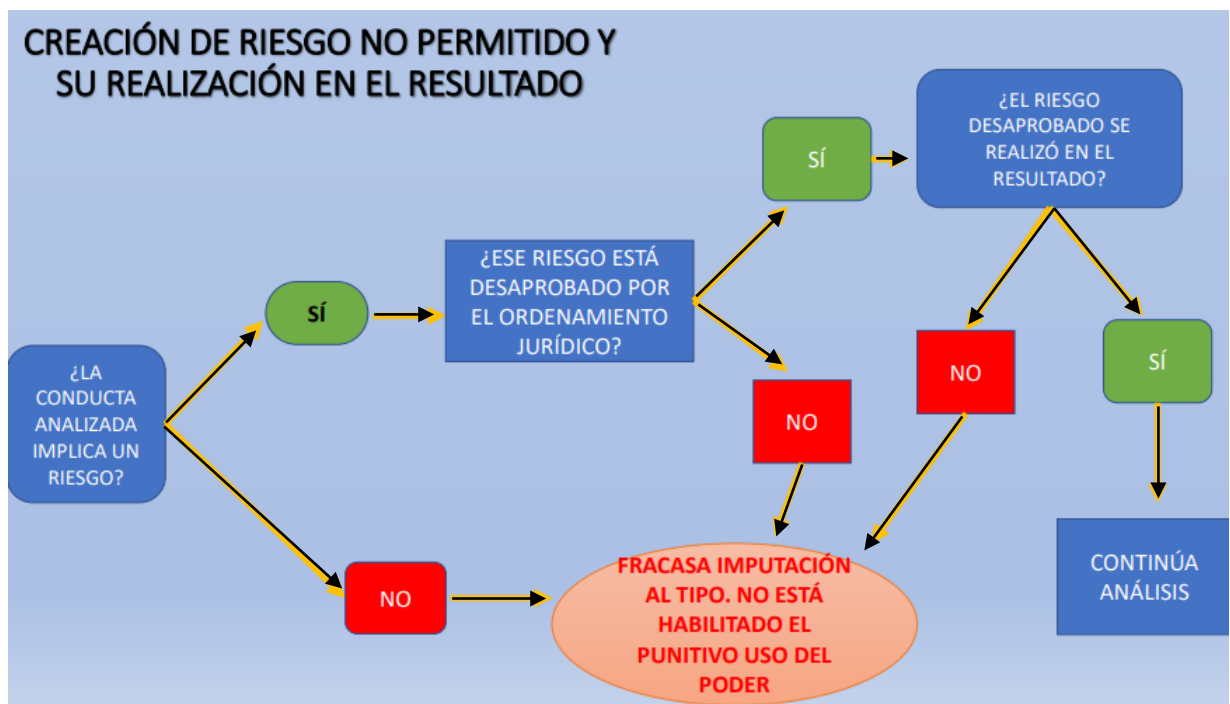
POSIBLEMENTE → NO HAY IMPUTACIÓN (in dubio pro reo) (sería el caso que no esté determinado si el químico resultase realmente efectivo contra la bacteria Y).

NO → NO HAY IMPUTACIÓN (de haberse utilizado el químico, no hubiese atacado la bacteria Y).

▪ **EL RESULTADO ESTÁ FUERA DEL ALCANCE DE LA NORMA PROHIBITIVA**

(Ej. en la calle hay un accidente de tránsito muy violento, una persona mayor que lo observó por la ventana, se impresiona y muere de un ataque al corazón. El nexo de causalidad se afirma ya que, de no existir el accidente, esta persona no moriría, las personas involucradas venían a riesgo desaprobado, por lo cual ratifica la primera regla de la teoría de la imputación objetiva, ahora respecto a la segunda regla, si ese riesgo desaprobado me explica el resultado del fallecimiento de la persona, la respuesta es NO, ya que lo que explica el resultado es un ataque al corazón y no el accidente de tránsito).

- Evidente que el legislador, al crear el tipo penal, no quiso alcanzar ese supuesto de hecho (cuando se crea una norma para intentar menores accidentes de tránsito, lo que busca proteger, es que la muerte de una persona no se genere por una conducción imprudente, y no que la gente no muera de ataques al corazón porque vieron un accidente de tránsito).
- Evaluar el ámbito de protección de la norma.



CLASE 10 – 8/09/2023 – AULA 6 – Dra. Gabriela Fontenla ***repaso clase 9***

CLASE 11 – 13/09/2023 – AULA 6 – Dr. Mariano D’Ambrosio / Dra. Guillermina Wickham / Dra. Gabriela Fontenla

CASOS DE TIPICIDAD - PRÁCTICOS

- **Caso del tío y del sobrino actual:** El sobrino quería cobrar la herencia de su tío, le regala un pasaje de avión con la idea de que este muera y el avión sufre un desperfecto y se estrella.

- **ACCIÓN/CONDUCTA:** La acción o conducta es la realizada por el sobrino al regalarle un pasaje de avión a su tío, la misma es humana, voluntaria y realiza un cambio en el mundo exterior y que finaliza con la muerte del tío. No se dan ninguna de las reglas de exclusión.
- **TIPICIDAD OBJETIVA: 1.- Nexo de causalidad:** decimos que se cumple porque existe una acción en el resultado, el cual está relacionado con un nexo de causalidad natural y físico, que sería regalar el pasaje de avión, si sustraemos esa acción el tío no fallecía. **2.- Teoría de la Imputación objetiva: a. Creación de un riesgo desaprobado:** acá tenemos nuestra válvula de escape, ya que regalar un pasaje de avión, aun con la intención y deseo que ese avión se estrelle, no se le puede imputar objetivamente al sobrino la muerte del tío, ya que no existe un riesgo desaprobado. No podemos aplicar poder punitivo.
- **Anestesia:** *El anestesista en un descuido administra cocaína a su paciente en vez de novocaína, y el paciente fallece. Luego se descubre que el paciente resultaba hipersensible a todos los narcóticos, por lo cual hubiese fallecido también con la droga correcta.*
 - **ACCIÓN/CONDUCTA:** La acción o conducta es la realizada por el anestesista al aplicar la droga al paciente, la misma es humana, voluntaria y realiza un cambio en el mundo exterior y que finaliza con la muerte del paciente. No se dan ninguna de las reglas de exclusión.
 - **TIPICIDAD OBJETIVA: 1.- Nexo de causalidad:** decimos que se cumple porque existe una acción en el resultado, el cual está relacionado con un nexo de causalidad natural y físico, que sería aplicar la droga, si sustraemos esa acción de aplicar la anestesia el paciente este no hubiese fallecido. **2.- Teoría de la Imputación objetiva: a. Creación de un riesgo desaprobado:** acá existe un riesgo desaprobado que ese la cometida por el anestesista al confundir la droga aplicada, lo cual desencadena en la muerte del paciente. Y no se dan ninguna de las 4 reglas donde no se va a poder verificar la creación de un riesgo desaprobado. **b. Realización del riesgo en el resultado lesivo:** se verifica, porque ese riesgo desaprobado culmina con la muerte del paciente; pero dentro de esta segunda regla de la imputación objetiva existe una exclusión, la cual se cumple en este caso que es el **comportamiento alternativo conforme a derecha (CACD)**, donde vamos a tener nuestra válvula de escape, ya que la aplicación de la droga incorrecta no me va a poder explicar que la muerte se produjo exclusivamente por la misma, porque de habersele aplicado la correcta, el resultado hubiese sido el mismo. Por lo cual no se le va a poder imputar objetivamente ese error cometido y no podemos aplicar poder punitivo.
- **El actor:** Luis es actor de teatro que en la obra dispara un arma con balas de salva a Pablo, pero un productor que tiene problemas con Pablo cambia las balas por verdaderas sin que Luis sepa y Luis mata a Pablo.
- **El falso gorila**
- **La valija**

TIPO SUBJETIVO (ya verificado el tipo objetivo, ahora vamos a analizar lo que pasa de manera interna, en la cabeza del autor, por eso hablamos de subjetivo, porque estamos haciendo referencia del sujeto, a la persona).

- **DOLO:** Está compuesto por el **CONOCIMIENTO** y la **VOLUNTAD** de la realización del tipo objetivo. Necesito de estos 2 elementos, uno cognoscitivo (conocimiento) y otro cognitivo (voluntad), para poder reafirmar que existió el dolo. Es importante establecer que la persona tiene que **conocer** y **querer** todos los elementos del tipo objetivo. (tiene que saber que está realizando un riesgo desaprobado, conocer y querer ese resultado. El conocimiento es previo a la voluntad y ese conocimiento deber ser actual o actualizable en el momento que esta llevando a cabo la conducta y, por ende, tiene que querer el tipo objetivo de lo que está realizando). Para que exista un injusto penal (lo que van a valorar los jueces) tiene que haber un disvalor de acción (en el dolo está fuertemente afirmado) y un disvalor del resultado (relacionado con el bien jurídico afectado).
 - **ERROR:** es la falta de conocimiento o conocimiento falso sobre algún aspecto. Estoy en error cuando creo algo que no es. Se da cuando la persona tiene **un problema** en el **CONOCIMIENTO**, por lo cual, si para reafirmar el dolo tengo que tener conocimiento y voluntad del tipo objetivo, el error en el conocimiento me va a impedir esa reafirmación. Puede existir error en el objeto y en la persona
 - **ERROR DE TIPO:** un **falso conocimiento** sobre algún aspecto del **tipo objetivo**.

- **Invencible** (no puedo vencer el error, haga lo que haga no puedo salir del error, aunque se aplique el cuidado necesario el error no se puede vencer). En este caso vamos a tener una válvula de escape, ya que voy a tener que eliminar la tipicidad, porque el error invencible me determina que no tengo dolo y tampoco tengo imprudencia porque se aplicó el cuidado necesario.
- **Vencible** (un error que con el debido cuidado podía haberse evitado, por lo cual se descarta el dolo y se aplica la imprudencia).
- El **ERROR en la persona** por lo general es irrelevante (Si yo quería matar a A y maté a B por error, ese error es irrelevante y se va a seguir configurando el DOLO, porque siempre existió la voluntad y el conocimiento de matar).

Ej. hay dos libros iguales en la mesa, uno es el mío y el otro no, me llevo un libro creyendo que es mío y la otra persona me denuncia por hurto. En esa conducta se va a verificar todos los elementos del **tipo objetivo** que establece el hurto (*art. 162 CP: Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que se apoderare ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena.*). Pero cuando voy al **tipo subjetivo**, nos damos cuenta que tengo un **falso conocimiento de uno de los elementos del tipo objetivo** (“...total o parcialmente ajena”), en mi mente yo estaba pensando que estaba llevando mi libro, cometí un **error de tipo vencible**. Por lo cual, no podemos establecer el dolo, pero esa falta de cuidado, de llevarme un libro que no es el mío, es una **imprudencia** (culpa). En este ejemplo, como el código penal no establece pena alguna para el hurto imprudente, no se va a poder aplicar poder punitivo. **NOTA:** el 90% de las figuras del CP son dolosas, por lo cual 9 de cada 10 delitos tienen que tener conocimiento y voluntad, solo en determinados casos se aplica la imprudencia.

- **TIPOS DE DOLO:**
 - **Dolo directo** (tengo la voluntad y conocimiento de matar a alguien determinado).
 - **Dolo indirecto** (tengo la voluntad y conocimiento de matar a alguien determinado, pero mato a alguien más).
 - **Dolo eventual** (tengo la voluntad y conocimiento de matar a alguien, no me importa quién, puede que pase o no).
- **CULPA / IMPRUDENCIA** (Existe el **CONOCIMIENTO**, pero **NO la VOLUNTAD** del autor - la persona quiso hacer otra cosa, no se propuso ese fin, tiene el conocimiento, pero no tiene la voluntad de hacerlo)

Para que exista un injusto penal (lo que van a valorar los jueces) tiene que haber un disvalor de acción (lo que se ve fuertemente disminuido en la imprudencia) y un disvalor del resultado (relacionado con el bien jurídico afectado).

 - **Culpa con representación (consciente):** La persona se representa la posibilidad de una afectación al bien jurídico, porque esta llevando a cabo una actividad riesgosa y sin embargo confía en su pericia, en su conocimiento, en su experiencia y confía que el resultado no se va a producir (ej. la mayoría de los accidentes de tránsito). El límite entre la culpa con representación y el dolo eventual es muy fino, es difuso.
 - **Culpa sin representación (inconsciente):** La persona no se representó y no tuvo manera de representarse que iba a producir una lesión al bien jurídico, aunque tomase los recaudos necesarios. Va a ser nuestra válvula de escape.

*******RESUMEN TIPICIDAD******* Determinada la **ACCIÓN/CONDUCTA**. Como primer paso tenemos el **TIPO OBJETIVO**, luego un **NEXO DE CAUSALIDAD** que lo voy a determinar con causas naturales, si tal acción la suprimo, ¿qué sucede con ese resultado?, dependiendo la respuesta, me va a dar la pauta si puedo afirmar el nexo de causalidad (la cual denominamos **TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES** o **TEORÍA DE LA “CONDITIO SINE QUA NON”**). Como segundo paso, voy a verificar la **IMPUTACIÓN OBJETIVA**, si esa acción es imputable objetivamente, la cual tiene dos reglas: La regla número **1. CREACIÓN DE RIESGO NO PERMITIDO** o creación de un riesgo desaprobado. Donde vamos a tener 4 casos donde no voy a poder verificar la creación de riesgo desaprobado: **Riesgo permitido / Principio de confianza / Prohibición de regreso a conductas neutrales / Autopuestas voluntarias en peligro**. La regla número **2. REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO LESIVO** (de las 3 “R”). Hay 2 casos de exclusión de la segunda regla: **EL**

COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME A DERECHO (CACD) y EL RESULTADO ESTÁ FUERA DEL ALCANCE DE LA NORMA PROHIBITIVA. Por último, vamos a establecer la **VERIFICACIÓN DEL NÚCLEO TÍPICO** – asociar el hecho con una norma legal (si esa acción o conducta realizada está penada en nuestro ordenamiento – ej. homicidio, robo, hurto, etc.). Pasamos al **TIPO SUBJETIVO**, donde primero analizamos el **DOLO (CONOCIMIENTO y VOLUNTAD)** y si existe algún **ERROR DE TIPO**, en el caso del **INVENCIBLE** (no hay tipicidad) y en el **VENCIBLE** (pasamos de dolo a imprudencia). Existen el **dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual**. En la **IMPRUDENCIA/CULPA (CONOCIMIENTO, NO HAY VOLUNTAD)**, el mismo puede ser **imprudencia con representación o imprudencia sin representación**.

CLASE 12 – 15/09/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham

ANTI JURICIDAD (contrario a derecho)

En este estrato ya sabemos que lo que estamos analizando es una conducta desaprobada una conducta reprochable, pero puede ocurrir que la persona y situación que estoy juzgando, si bien contraria al derecho penal, quizás el ordenamiento jurídico le haya otorgado a esta persona algún permiso para actuar como actuó, verificamos si lo que hizo no está justificado por el ordenamiento (normas permisivas). (Ej. existe una norma que dice “no matarás” pero existe otra norma que permite defenderte).

Vamos a analizar las conductas típicas y verificar que las mismas no estén justificadas, que esa persona tenga un permiso, llamados causas de justificación o normas permisivas, si verifico que tenía un permiso para actuar así, se convierte en mi válvula de escape y se termina el análisis, ya no se va a poder aplicar poder punitivo.

CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: permisos

- **LEGÍTIMA DEFENSA:** (Artículo 34. – **No son punibles:** ...inc. 6º *El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia)*

Obrare en defensa propia o de terceros:

- A. Agresión ilegítima** (esa agresión puede ser una pelea o bienes jurídicos, propios o de terceros, puede ser mi vida la que defiende, mi integridad sexual, mi propiedad, etc.; la cual tiene que ser ilegítima y no ilegal, porque no hace falta que configure delito penal esa agresión).
- B. Necesidad de impedir la o repelerla** (esa defensa tiene que ser necesaria, si tengo otros medios para repeler o impedir no puedo obrar en defensa propia; la ley me va a decir desde cuando puedo defenderme y hasta cuando me puedo defender, porque si la agresión cesó, ya no me puedo defender).
- C. Medio racional** (el medio utilizado para defenderme, lo cual va a determinar que la defensa tiene que ser necesaria y racional -ej. si una persona me quiere golpear con un diario, no puedo dispararle-).
- D. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende** (el que está alegando la legítima defensa, no tiene que haber provocado la agresión).

Estos son los presupuestos que tienen que existir para que una defensa sea legítima.

LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA: (*Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor*). Hay una defensa privilegiada en relación a la persona que está durmiendo y otra persona entra a su casa sin saber con qué fin, lo que significa que no se va a reparar en el daño que le produzca al agresor, el solo hecho de ingresar legitima la defensa.

LEGÍTIMA DEFENSA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO El análisis siempre tiene que ser contextualizado y mucho más en el caso de la mujer que sufre violencia de género. Ya que tenemos que tener en cuenta que la redacción del código penal es de 1921, si en ese entonces las mujeres no votaban, mucho menos iban a

participar en la redacción de una ley, la cual fue pensada solo por hombres; pero lo más grave, es que la aplicación de esa ley es muy masculina. Es por eso que, en el caso de las mujeres, se tiene que realizar un análisis mucho más contextual (ver la película y no la foto), pero no siempre es así.

CICLO DE VIOLENCIA EN LA MUJER: es una construcción teórica formulada por la psiquiatra Leonor Walker, donde evidenció a través de unos estudios de casos, que las relaciones violentas tienen una forma espiralada, básicamente las violencias basadas en género es un ciclo, arranca con una situación de tensión, se da un conflicto, después viene el arrepentimiento por parte del agresor, lo que se conoce como luna de miel (“te pido perdón”, “mira lo que me haces hacer”, “no te lo voy hacer más”, etc.), luego la reconciliación y luego vuelve a comenzar una nueva situación de tensión, pero con la particularidad de que cada vez es mas grave y se repite con mayor frecuencia.

En un Tribunal de Casación Penal de Lomas de Zamora, dijo que la perspectiva de género aplicado a la legítima defensa, hay que explicársela al jurado, porque es obligación internacional; básicamente pensar el ciclo de violencia, de como se da la agresión, es permanente, que la mujer como ya lo sufrió en reiteradas ocasiones aprende y sabe cuándo va a ocurrir; entonces esa necesidad de defensa hay que interpretarla a la luz del ciclo de violencia y ese medio ocasional también hay que contextualizarlo, no solo en la desigualdad física, sino cultural en relación al poder.

En el caso de **violencia de género la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende**, existió un caso de los años 80, donde la Corte de la Provincia de Buenos Aires, entendió como la mujer no hizo la comida el hombre está justificado para pegarle. Donde se da a entender que la mujer provoca el enojo del hombre el cual la golpea por no tener la comida y provoca la agresión ilegítima.

Aplicando lo que hay y con un análisis contextual, no es necesario hacer una modificación en la ley.

EXCESO A LA LEGÍTIMA DEFENSA: (Artículo 35. – *El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia*). Para que exista el exceso a la legítima defensa, yo tengo que tener legítima defensa y arrancar con los presupuestos mencionados y si por ejemplo me excedí en como me defendí, arranqué con un medio racional y después ese medio fue totalmente irracional o el modo con el que me defendí fue excesivo, ahí se me va a aplicar es la imprudencia.

- **ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE:** (Artículo 34. – **No son punibles:** ...inc. 3º *El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño*)

Voy a poder causar un mal, por el estado de necesidad, **para evitar otro mayor**. Se hace una ponderación de males (ej. veo que se está incendiando un auto en la calle y veo que en una casa, si salto la reja puedo agarrar un matafuego). La ponderación es en concreto, se tiene que poder valorar que voy a realizar un daño menor, para evitar uno mayor.

La limitación de esta causa de justificación, está limitada cuando se traten de derechos personalísimos, no son ponderables esos bienes (ej. de la persona que necesita un riñón para sobrevivir y se lo sacamos a otra persona que tiene 2, para evitar un mal mayor, realizamos un mal menor). No va a tener un permiso para actuar de manera típica. (Ej. hay una persona que dice que puso una bomba en un jardín de infantes y como no sabemos en cual, torturamos a la persona para que nos diga donde está, si uno ponderada esta situación podría entender que sería un mal menor. Pero la Corte estableció que la tortura es un mandato universal que no se puede ponderar, porque hay una cuestión de derechos personalísimos que es la dignidad de la persona.

- **Ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber:** (no lo toman) (ej. derecho a retención de los contratos y allanamiento policial).

*******RESUMEN ANTIJURICIDAD******* Determinada la **ACCIÓN/CONDUCTA**, verificamos **TIPICIDAD** y pasamos a **ANTI JURICIDAD** verificamos si tenemos una **CAUSA DE JUSTIFICACIÓN**, si no tengo una causa de justificación seguimos a **CULPABILIDAD**. Las **CUSAS DE JUSTIFICACIÓN** son **LEGÍTIMA DEFENSA**, **LEGÍTIMA DEFENSA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO** y **ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE**, si se da alguna de estas, se utiliza como válvula de escape, esa conducta es típica, pero no es antijurídica, no es contraria a derecho, por lo cual no se puede aplicar poder punitivo.

PENAL PARTE GENERAL – SEGUNDA PARTE

CLASE 15 – 4/10/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham

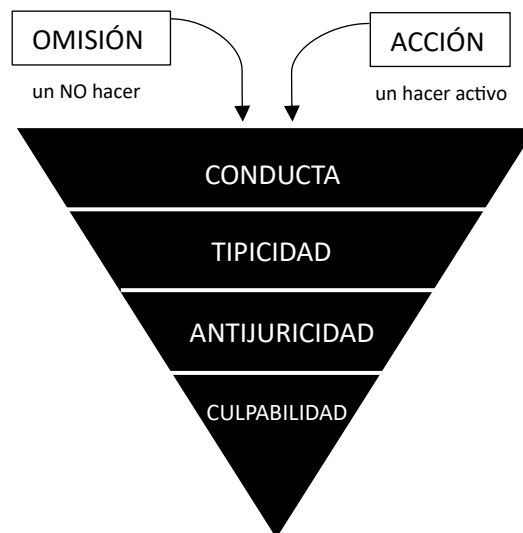
TIPOS OMISIVOS

LAS NORMAS PENALES se dividen en dos grandes categorías:

- Normas prohibitivas → Mandato de NO hacer → Acción
- Normas preceptivas → Mandato de hacer → Omisión

Las normas prohibitivas que incluye las normas primarias, como por ejemplo el art. 79 CP que establece “...al que matare a otro ...Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años...”, esconde una norma secundaria que encierra un mandato (como los mandamientos), mandatos de no hacer, en el art. 79 el mandato es de no matarás y por ende a este mandato de no hacer le va a corresponder una acción, va a estar violando norma prohibitiva el que haga eso. En la Teoría del Delito voy a tirar acción o sea un hacer activo, llamados tipos de comisión.

Las normas preceptivas a diferencia de las prohibitivas imponen mandatos de hacer, ante determinada situación hay que hacer tal cosa. Hay normas penales que establecen esto, ejemplo hay una norma penal que establece que, si encontrase un niño en la calle hay que prestarle auxilio, hay que hacer algo y en el caso de que no lo hagamos estamos violando esta norma preceptiva. En la Teoría del Delito voy a tirar una omisión, no haber realizado lo que debía hacer ante esta situación.



Son dos caras de una moneda, la acción es el sentido negativo de la omisión.

CLASIFICACIÓN:

- **Omisión Simple (Omisión)** va a tener la siguiente estructura -3 elementos- y va a sufrir cambios en el Tipo Objetivo (en el Tipo Subjetivo, Antijuricidad y Culpabilidad no va a producir cambios). Ejemplo el médico que toma conocimiento de que una persona fue torturada y no denuncia.
 - **Situación típica generadora del deber de actuar** (ejemplo: tomé conocimiento de que la persona X había sido torturada, me encontré con el niño desamparado)
 - **Ausencia de la acción mandada** (ejemplo: no hice lo que la ley me dice que haga, que puede ser denunciar dentro de las 24 horas)
 - **Capacidad individual en concreto de actuar por parte del autor** (ejemplo: el funcionario tiene que tener la capacidad individual de poder denunciar, solo se va a poder imputar siempre y cuando la persona haya podido hacer lo que la ley le mando -Principio de Culpabilidad-)
- **Comisión por Omisión (Omisión Impropia)**. No cualquiera puede cometer por omisión. Ejemplo del hijo que no le da la medicación a su padre que está enfermo y es vital para su vida.
 - **Situación típica generadora del deber de actuar** (necesitaba de la medicación para sobrevivir)
 - **Ausencia de la acción mandada** (hay una ausencia porque el rol de hijo de prestar asistencia a su padre, no se realiza)

- **Capacidad individual en concreto de actuar por parte del autor** (no había ningún motivo para que el hijo no atiende a su padre)
- + (en la comisión por omisión vamos a tener unos elementos más que en la omisión simple)
- **Que exista posición de garante** (el autor este en una situación de protección de ese bien jurídico, que sea el encargado de que ese resultado no se produzca. Ejemplo la responsabilidad parental que tienen los padres respecto de sus hijos; el guardavidua respecto de los bañistas)
- **La producción de un resultado lesivo** (acá si vamos a atribuir el resultado lesivo como puede ser la muerte, lesiones corporales, defraudación, etc.)
- **Imputación objetiva del resultado al autor** (tengo que poder imputar objetivamente ese resultado al autor)

En la **OMISIÓN SIMPLE**, la gran diferencia que tengo con la acción es que no tengo Nexos de Causalidad, por su NO hacer, no hay cursos causales que determinen el resultado, al ser la contracara de la acción, al autor se le va a imputar no haber introducido un curso causal. Ejemplo: “**ARTICULO 144 ter.- 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura...**”. Acá podemos ver un Tipo de Comisión ya que esta torturando, este delito se comete con una acción. “**ARTICULO 144 quater. - 1º. Se impondrá prisión de tres a diez años al funcionario que omitiese evitar la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior, cuando tuviese competencia para ello. 2º. La pena será de uno a cinco años de prisión para el funcionario que en razón de sus funciones tomase conocimiento de la comisión de alguno de los hechos del artículo anterior y, careciendo de la competencia a que alude el inciso precedente, omitiese denunciar dentro de las veinticuatro horas el hecho ante el funcionario, ministerio público o juez competente. Si el funcionario fuera médico se le impondrá, además, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de prisión.**” Este tipo penal tiene como primer requisito haber tomado conocimiento de la comisión de algún hecho de tortura y además en razón de su tarea, segundo requisito omitiese denunciar y como tercer requisito que tenga la capacidad de actuar.

En el ejemplo desarrollado, a la persona que había tomado conocimiento de la tortura, en las omisiones simples **no se le imputa el resultado** (tortura), sino el no haber denunciado, por ese motivo cometo omitiendo.

“**ARTICULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.**” Este tipo penal tengo una condición objetiva del deber de actuar (encontré al niño perdido) y una omisión de la conducta debida (omití prestarle el auxilio necesario), resta evaluar si la persona pudo prestar el auxilio necesario en ese momento (la persona estaba siendo víctima de un delito extorsivo por lo cual la persona y el niño están desamparados) En definitiva la persona no tiene capacidad individual en concreto de hacer lo que manda la ley (eso no se va a evaluar a nivel de culpabilidad, sino que a nivel cognitivo, se va a tener que verificar la situación típica objetiva generadora del deber de actuar por parte del que omite).

En el **Tipo Subjetivo de la Omisión Simple** voy a poder tener **DOLO** o **IMPRUDENCIA**. Ejemplo dolo: “**ARTICULO 248. - Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.**” Acá en la primera parte vemos una comisión (dictar órdenes) un hacer activo y en el final vemos una omisión dolosa (no ejecutar) una figura de dolo directo ya que para no dictar necesito conocimiento y voluntad (figura penal de abuso de autoridad). Ejemplo imprudencia “**ARTICULO 144 quinto.- Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.**” Acá tenemos una figura imprudente, si hubiese tenido cuidado no se hubiese cometido esa privación ilegítima de la libertad.

En la omisión simple voy a poder tener un autor de omisión simple tanto a una persona común por un delito común como por un delito especial, esto quiere decir que puedo tener funcionarios, médicos, o cualquier persona.

A las omisiones simples también se las llama **Omisiones Propia**, porque son las omisiones descriptas por el código penal (Zaffaroni).

Las penas en la omisión simples son bajas, porque no se le está imputando el resultado muerte.

En la **COMISIÓN POR OMISIÓN**, el resultado se lo atribuyo al autor, imputo el resultado lesivo. Ejemplos: padres que no hacen nada para que su hijo no se caiga por las escaleras o a una pileta, persona que no le da la medicación a su padre enfermo.

No todas las personas van a poder estar en posición de garantes, sino aquellas que estén en posición de garante respecto a la víctima. Para la comisión por omisión siempre tiene que existir la posición de garante

En la **Posición de Garante** el origen se puede dar en 3 causas:

- **La Ley** (la responsabilidad parental surge del Código Civil y Comercial)
- **Contrato** (en el caso del guardavida o el docente surge del contrato que celebra con su empleador)
- **Situación precedente** (que el propio autor la genera, se da en los accidentes de tránsito cuando hay que quedarse a asistir a la víctima)

Podemos aplicar las reglas de la imputación objetiva donde debemos comprobar la creación de un riesgo desaprobado (los padres que no hacen nada para que el bebé no caiga por las escaleras), la realización del riesgo en el resultado lesivo (ese no hacer nada me explica el resultado de la muerte del bebe).

Imputación a las malas madres: es muy común que este tipo de comisiones por omisiones se atribuyan a las madres respecto a hechos que sufre los hijos, es una preconcepción que hay que poner en disputa, ya que terminan en imputaciones penales para las madres cuando el cuidado es compartido. La doctrina lo entendió como imputación a las malas madres por hechos que victimaron a sus hijos (accidentes caseros, desnutrición, abusos sexuales). La casuística habla de que hay casos donde las mujeres son víctimas de violencia de género y los hijos víctimas de violencia familiar por parte del agresor y se les imputa a las madres no haber evitado ese resultado lesivo, cuando ellas eran víctimas también de la misma violencia. La casuística menciona que no se da la situación de la capacidad individual concreta de actuar y que no hubiera podido evitar el resultado.

Autores como Zaffaroni que van a decir que el tipo de omisión impropia (llamadas Comisión por Omisión) son inconstitucional, porque los tipos penales deberían estar escritos así: "al que omitiere prestar el auxilio necesario a su padre al no llevar la medicación..." Es por eso que un sector de la doctrina esta interpretación (las comisiones por omisión) resulta inconstitucional por violar el Principio de Legalidad.

La Comisión por Omisión también puede ser **DOLOSA** o **IMPRUDENTE**. Ejemplo de figura dolosa: se considerará casos especiales de defraudación, *"ARTICULO 173.- Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: ...2. El que con perjuicio de otro se negare a restituir o no restituyere a su debido tiempo, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que se le haya dado en depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación de entregar o devolver;..."* Los verbos típicos son: "negarse a restituir", "no restituir a su debido tiempo". La posición de garante esta en el "depósito, comisión, administración u otro título que produzca obligación" (son contratos) que a partir de estos contratos es que nace esta obligación de entregar y si no lo hago, se configura una figura super dolosa, ya que quiero causar un perjuicio (esa es la Comisión por Omisión). Ejemplo de figura imprudente: la que cause la muerte *"ARTICULO 94 bis. - Será reprimido con prisión de uno (1) a tres (3) años e inhabilitación especial por dos (2) a cuatro (4) años, si las lesiones de los artículos 90 o 91 fueran ocasionadas por la conducción imprudente, negligente o antirreglamentaria de un vehículo con motor. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si se verificase alguna de las circunstancias previstas en el párrafo anterior y el conductor se diese a la fuga, o no intentare socorrer a la víctima siempre y cuando no incurriera en la conducta prevista en el artículo 106, o estuviere bajo los efectos de estupefacientes o con un nivel de alcoholemia igual o superior a quinientos (500) miligramos por litro de sangre en el caso de conductores de transporte público o un (1) gramo por litro de sangre en los demás casos, o estuviere conduciendo en exceso de velocidad de más de treinta (30) kilómetros por encima de la máxima permitida en el lugar del hecho, o si condujese estando inhabilitado para hacerlo por autoridad competente, o violare la señalización del semáforo o las señales de tránsito que indican el sentido de circulación vehicular, o cuando se dieren las circunstancias previstas en el artículo 193 bis, o con culpa temeraria, o cuando fueren más de una las víctimas lesionadas."* Se viola el deber de cuidado.

El que domina el hecho es el autor, es el que dirige la causalidad en el resultado, decime cómo se va a hacer, en qué momento, en qué lugar, en qué circunstancias. El que comete por omisión está domando el hecho (lo contrario sucede con la omisión simple).

****Los casos de omisión se resuelven por alguna de estas dos cuestiones: Primero saber si está en posición de garante (en la comisión por omisión) y Segundo en la capacidad individual en concreto de actuar por parte del autor (en la

comisión por omisión y en la omisión simple) de hacer la acción mandada. En los casos de omisión generalmente están en los elementos del tipo objetivo****

Ejemplo de un caso de Comisión por Omisión: Dos personas tiene un hijo, pero la madre le oculto a su pareja que era también su hijo; estaban en la playa, ven que el chico se está ahogando y deciden no ayudarlo. Los imputan a los dos la comisión por omisión art. 80 CP (homicidio agravado), ese no hacer produjo ese resultado de asfixia por sumersión. Aplicando la Teoría del Delito decimos que hay conducta (la omisión, un no hacer), en el tipo objetivo le vamos a imputar el no haber introducido el nexo de causalidad. Verificamos los elementos de la omisión, 1. Situación típica generadora del deber de actuar (se da) 2. Ausencia de la acción mandada (se da), 3. Capacidad individual en concreto de actuar por parte del autor (se da), 4. Que exista posición de garante (la madre tiene la posición de garante / el padre objetivamente también, pero este no sabe que es su hijo). Cuando vamos a la Tipicidad Subjetiva, nos damos cuenta que hay un error de tipo (un falso conocimiento sobre algún aspecto del tipo objetivo, entre ellos la posición de garante), puede ser que el padre no tenga ese conocimiento respecto de la posición de garante (no sabía que era el hijo). La solución al caso, al existir por parte del padre un error de tipo vencible en el conocimiento sobre el tipo objetivo, él no sabía que tenía la posición de garante respecto de su hijo.

Alternativa al caso: Supongamos que el padre alega que el no sabía que tenía que cuidar al niño, que no sabía de esa posición de garante que él tiene, que era la función del guardavida cuidar de la vida de su hijo. Entonces dentro del estrato de culpabilidad vamos a encontrarnos con un error de prohibición indirecto. Dentro de la culpabilidad vamos a analizar primero la capacidad de la culpabilidad (imputabilidad), luego el conocimiento de la antijuricidad (el momento donde a la persona se le hace el reproche personal, es el momento ético de la teoría del delito, se fija cuando esa persona pudo hacer lo debido y para hacer lo debido hay que conocer lo debido). Por lo cual vamos a decir que en la culpabilidad hay un error de prohibición indirecto vencible, ya que la persona tiene un falso conocimiento respecto de la antijuricidad, el cree que la responsabilidad es del guardavida (pero es un error sobre esa extensión de la posición de garante, él le está dando a la posición de garante un contenido mas limitado del que tiene), si está el guardavida yo no me hago cargo. Pero esto no es así, porque la ley dice que no es así. Al ser un error vencible va a existir una atenuación en la culpabilidad.

CUADRO COMPARATIVO – LIBRO DE RAFECAS

OMISION SIMPLE	COMISION POR OMISION
Consisten únicamente en la infracción de un mandato (desobediencia a la norma)	Al igual que los tipos activos, aquí el resultado lesivo forma parte del injusto.
Su realización no equivale a la producción activa del resultado lesivo.	Su realización si equivale a la producción activa del resultado.
Al omitente no le corresponde jurídicamente evitar que el resultado se produzca.	Al omitente se le impone jurídicamente el deber de evitar el resultado.
La omisión no afecta el bien jurídico a partir de la producción del resultado.	La omisión si afecta el bien jurídico a partir del resultado.
Siempre están tipificados	No siempre están tipificados como tales.
Las penas previstas son casi siempre leves.	Son delitos con igual disvalor de resultado que los delitos comisivos.
Pueden ser tipos comunes o especiales.	Son siempre delitos especiales (posición de garante)
Pueden ser dolosos o imprudentes	Pueden ser dolosos o imprudentes
Son siempre delitos de peligro (con un mínimo disvalor de resultado)	Pueden ser delitos de daño o de peligro (según el bien jurídico)
No son relevantes desde el punto de vista político – criminal	Son relevantes desde el punto de vista político – criminal
Ejemplo típico” Omisión de auxilio” (Art. 108 CP)	Ejemplo típico” Retención indebida” (Art. 173 inc.2 CP)
Están estructurados como delitos de infracción al deber	Responden a la estructura de los delitos de dominio
Solo admiten autoría	Admiten tanto la autoría como la complicidad

TENTATIVA

Está regulada por los siguientes artículos del código penal:

ARTICULO 42.- *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.*

ARTICULO 43.- *El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.*

ARTICULO 44.- *La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.*

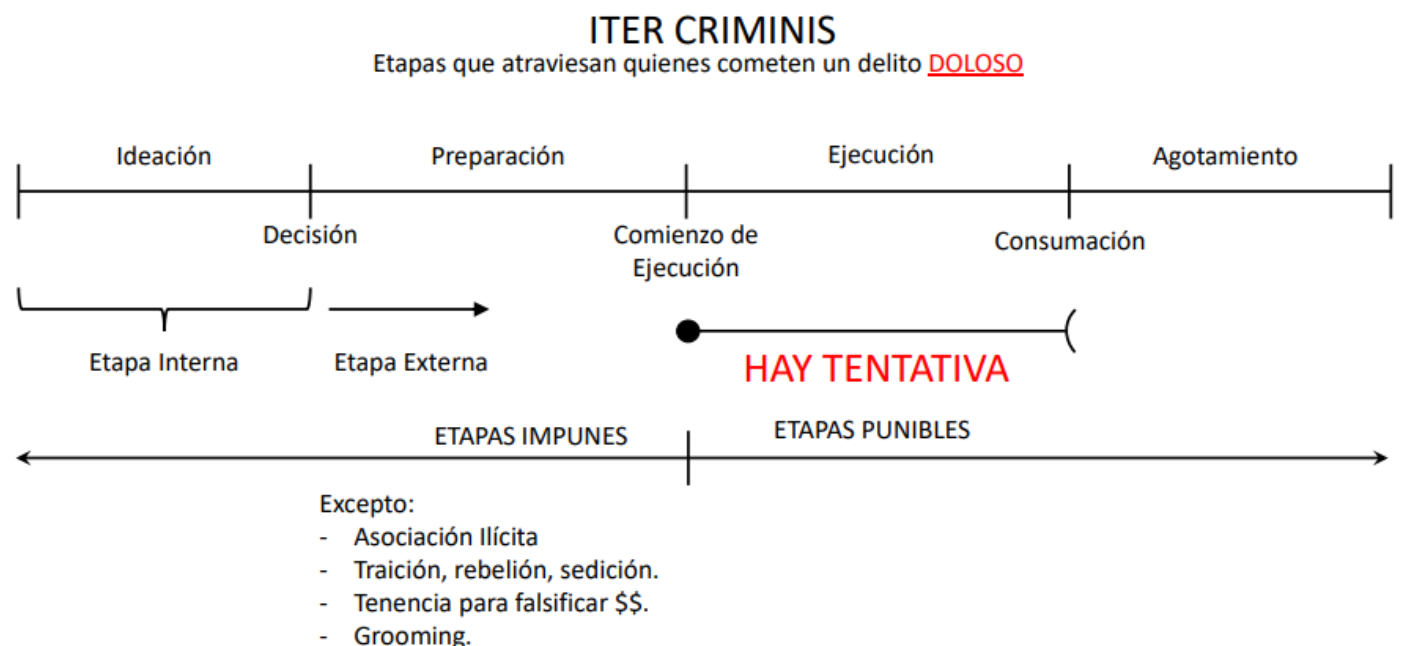
Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

Conocer este instituto es un adelanto de la punibilidad, porque es una cuestión en la que parte el código penal, el derecho penal, nos autoriza a punir algo que todavía no es la consumación del delito.

Ejemplo: El profesor saca un arma del bolso, apunta a la altura de la cabeza a un alumno, éste se corre, escapa y salva su vida. ¿Esa conducta que realizó el profesor, tiene algún tipo de pena? Si, hay dos posturas. La primer porque puso en riesgo un bien jurídico y la segunda que establece que lo que va a importar no es lo que pasa en la realidad, sino la intención que tuvo la persona, van a decir que esta conducta hay que sancionarla, porque en realidad lo que quiso es matar al compañero, como hay que tener en cuenta cual fue la intención, entonces en ese caso hay que punir la culpabilidad.

En nuestro país se aplica la puesta en peligro del bien jurídico. No se va a castigar lo que la persona quiso hacer.



El **ITER CRIMINIS** es el camino del delito, donde comienza con:

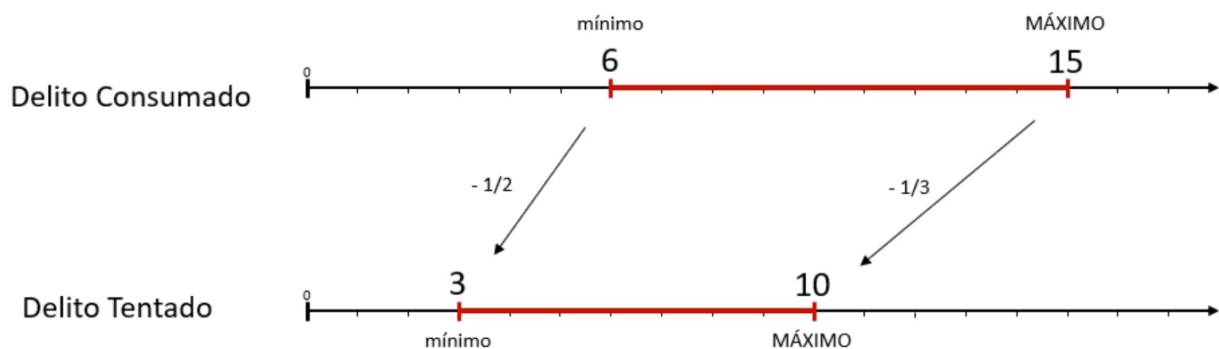
- La **IDEACIÓN** (el profesor está en la casa pensando que va a venir a la clase y que en esa clase, va a sacar un revolver, el cual previamente va a comprar en una armería y cuando el alumno esté distraído le va a apuntar y matar) lo está ideando, lo está pensado, lo cual en esta instancia de ser detenido no es punible lo que está haciendo, en virtud al principio de lesividad ya que solo son pensamientos. La ideación nunca es punible por lo tanto no se va a hablar de tentativa.

- La **PREPARACIÓN** (el profesor va a comprar el arma, va a llegar a la facultad sin que nadie lo detenga con el arma de fuego) ese acto preparativo no es punible ya que puede suceder que al llegar a la facultad decida no realizar lo que tenía pensado hacer.
- El **COMIENZO DE EJECUCIÓN (es ahora o nunca)** a partir de este momento la conducta va a ser punible en grado de tentativa, los actos ejecutivos van a ser actos propios del tipo penal que engloba la conducta realizada (el profesor entro al aula, agarro el arma de fuego y lo único que queda para cometer el delito, entre la conducta y la muerte ya no falta nada. Si en ese momento lo detienen ahí se le puede imputar la tentativa, lo mismos si dispara y erra, o dispara le pega, pero no mata al alumno). A partir de los actos ejecutivo **comienza la tentativa** y la única manera de saber cuándo empieza los **actos ejecutorios**, es teniendo en cuenta **el plan concreto del autor**, debemos conocer cuál es el plan del autor. Hay una amenaza real y eminente al bien jurídico, éste se ve resentido, no se lesiona, se perturba, por lo cual a partir de acá hay tentativa.

Para que se dé la tentativa, no tengo que lograr el objetivo por **razones ajenas a mi voluntad** (esto significa que, si el profesor llegó hasta el aula, agarró el arma, la saca y sigue dando clases, éste desiste por lo cual el hecho no ocurrió por razones ajenas a su voluntad. En la misma situación el profesor saca el arma apunta y ahí lo reducen, el profesor no comete el delito por razones ajenas a su voluntad, hay una razón que hace que el profesor fracase, razón que es ajena a lo que tenía pensado realizar el profesor).

Desistimiento, el autor puede desistir en algún momento de realizar la conducta típica, puede desistir de la ideación, de la preparación, de los actos ejecutivos, siempre **el desistimiento es voluntario y total**.

La escala penal de la tentativa (art. 42 CP "...se disminuirá de un tercio a la mitad.") como había diferentes interpretaciones la Corte resuelve que el mínimo va a la mitad y al máximo se le resta un tercio por lo tanto si la pena estipula un máximo de 15 y un mínimo de 6 en la tentativa quedaría un máximo de 10 y un mínimo de 3.



Únicamente los delitos **dolosos** son los que **permiten la tentativa**. Los delitos culposos no.

- La **CONSUMACIÓN** cuando yo realizado efectivamente la conducta (el profesor le disparo al alumno y este se murió, se consumó el delito) ya paso la tentativa y es un delito consumado. La tentativa es cuando se quiso consumir el delito, pero por razones ajenas a la voluntad del autor, a su dolo, no lo logró, ahí el Estado va a sancionar, pero con una escala reducida porque puso en peligro un bien jurídico. Entre el **Comienzo de la Ejecución** y el **Agotamiento** tenemos lo que se llama **FAZ EJECUTIVA**.
- El **AGOTAMIENTO** lo vamos a tener exclusivamente en otro tipo de delitos que son los delitos permanentes que se confunde a veces con la consumación (ej. quiero robar un vehículo y para ello privo de la libertad al conductor, en ese momento el robo está consumado, pero el delito no se agotó, porque al ser permanente la privación ilegítima de la libertad, ésta se va a agotar cuando se libera a la persona, el robo se consumó, pero la privación ilegítima de la libertad es un delito permanente, se está consumando siempre hasta que se le ponga fin)

TIPOS DE TENTATIVAS

TENTATIVA ACABADA: No tengo que dejar de hacer, tengo que hacer algo para solucionar lo que empecé, ya me desprendí del nexo causal (ej. bomba en el aula, el autor pone la bomba y se va, ya se desprende del nexo causal, solo

hay que esperar a que explote, hizo todo lo que tenía que hacer, si el autor quiere desistir de esa tentativa tiene que volver y sacar la bomba. Si la bomba explota, no hay tentativa porque es un delito consumado, si lo alumnos la desactivan es una tentativa de homicidio, la única manera es que sea el autor el que vuelva y la desactive). **Siempre está presente el desistimiento.** Esta expresa una mayor perturbación al bien jurídico.

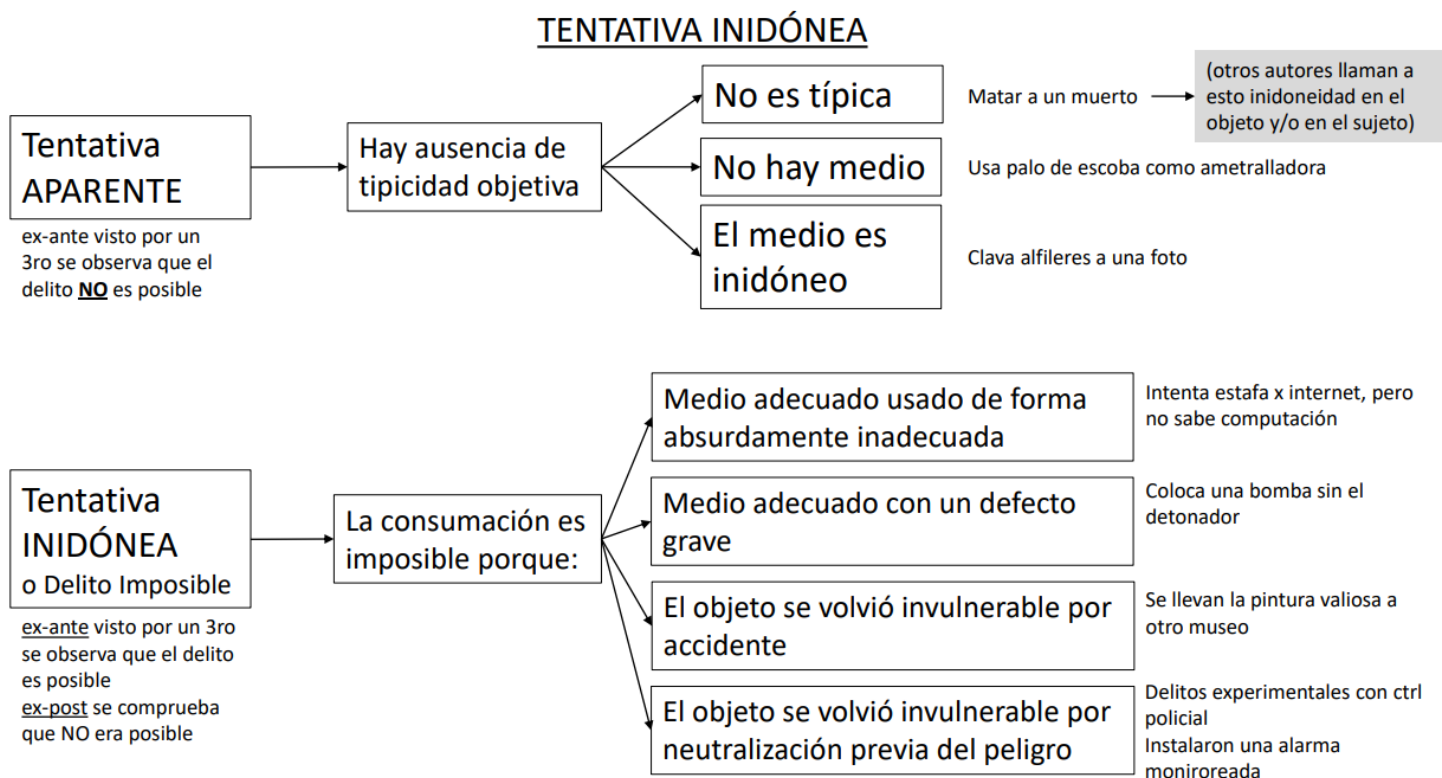
El autor hizo todo lo que se propuso en su plan criminal y queda solamente el paso del tiempo, en el caso de la bomba, para desistir de la tentativa lo que tiene que hacer es desarmar la bomba de manera voluntaria.

TENTATIVA INACABADA: interrumpo el nexo causal, es un **dejar de hacer de forma voluntaria**, interrumpo mi plan y me quedan muchas conductas que realizar para llegar a la consumación (ideación, preparación, cuando llego a los actos ejecutivos inicio, pero todavía me faltan pasos por completar cuando desisto). **Siempre está presente el desistimiento** (que es una atenuación de la pena). Esta expresa una menor perturbación al bien jurídico que en la tentativa acabada.

(*****INACABADA concepto de Dra. Gabriela** la persona no hizo todos los pasos requeridos para el tipo, la interrupción de la tentativa que es **siempre por razones ajenas a la voluntad**, estuvo provocada cuando el tipo ya había iniciado el curso del inicio de la ejecución y **se interrumpió por alguna cuestión ajena a su voluntad**. Ejemplo: si una persona apuñala a su pareja repetidamente y luego desiste porque se arrepiente y no la quiere matar y llama a la ambulancia. Esa persona tiene el dolo de matar y con un cuchillo, por más de que tenga un desistimiento voluntario, se considera que aun así hay una **tentativa de homicidio agravado por femicidio** *****pregunta de examen*****)

TENTATIVA IDÓNEA: Idóneamente permite suponer conforme el normal desenvolvimiento de una cosa que ese resultado que puede ocasionar, puede ser real y que efectivamente se pudo lograr ese resultado (compre el arma, el arma funciona, anda bien, es idónea) **el medio es idóneo**, cuando un medio es idóneo puede haber tentativa.

TENTATIVA INIDÓNEA: Realizo todo lo mismo que en la tentativa idónea, pero el medio elegido es inidóneo para ese final (quiero matar con el arma pero las balas son de salva) **el medio es inidóneo**, cuando un medio es inidóneo el juez puede imponer una pena, porque más allá que si bien no puede lograr el resultado, hay que ver si demuestra una perturbación importante al bien jurídico (ejemplo botella de agua con sal para envenenar a una persona, el medio es inidóneo). La idoneidad puede estar en el medio (sal en vez de veneno) o en el objeto (balas de salva). En los casos más burdos no tiene pena, pero en otros puede haber pena, pero son menores.



El Principio Constitucional que está en juego acá es el Principio de Lesividad.

Ejemplo: En el robo, me sacan la billetera y yo empiezo a perseguir al ladrón mientras doy aviso a la policía y no lo pierdo de vista, ese hecho sigue estando en grado de tentativa, porque la teoría jurisprudencial que se usa es la teoría de la esfera de la custodia, todavía el ladrón no logró disponer libremente de ese bien.

Ejemplo: Mismo que el anterior pero el ladrón me robo la billetera, luego se da cuenta que me conoce, me contacta y me devuelve todo sin que falte nada. El robo se consumó, por lo cual no puede haber tentativa, salió de mi esfera la custodia de la billetera.

Teoría de la tentativa fracasada: cuando quiero matar a alguien, se dónde vive, a qué hora está en su habitación y en qué posición tiene ubicada la cama respecto de la puerta. Me paro en la puerta y descargo una ametralladora, pero no lo mato porque ese día no llegó a la casa. Esta teoría para una parte de la jurisprudencia va a decir que hay una tentativa, pero para otra no. ¿Cuál tendrá razón? Depende del juez en cada caso.

La **ASOCIACIÓN ILÍCITA** es un delito que tiene un gran problema, porque es un adelanto de punibilidad muy fuerte.

*En los **DELITOS DE PELIGRO**, lo que se pena es la puesta en riesgo del bien jurídico, por eso los delitos de peligro no son tentados, no puede existir un caso de tentativa. En los delitos de portación, no existe la tentativa de la portación (se tiene o no se tiene), es un delito de peligro; lo que se quiere prevenir es que se cause una lesión con ese arma, que sería un homicidio o la lesión, en el delito de resultado es lo que se haga con ese arma que sería un homicidio, la puesta en peligro sería la portación del arma que pone en peligro la vida de las personas. (**Prof Gabriela**)*

*****PREGUNTAS DE EXAMEN***** ¿Por qué penamos la tentativa? Porque hay una perturbación al bien jurídico. ¿Cuál es el Iter Criminis? Ideación, Preparación, Principio de Ejecución, Consumación y Agotamiento. ¿A partir de cuando hay tentativa, a partir de cuando lo peno? A partir de los actos ejecutivos. ¿Cómo me doy cuenta que estoy frente a un acto ejecutivo? Cuando se el plan concreto del autor, cuando empieza a realizar el verbo típico (robar, matar, etc.) y a partir de ahí puedo conocer cuando la persona realizó conductas propias del delito y me doy cuenta que entre su conducta y el resultado ya no queda nada. ¿Cómo es la escala penal de la tentativa? Le reducimos al máximo un tercio y al mínimo la mitad. ¿Qué es la tentativa acabada? Cuando se desprendió del nexos causal y luego desiste de forma voluntaria y total. Por lo cual desactiva la perturbación al bien jurídico. ¿Qué es la tentativa inacabada? Es un dejar de hacer algo, interrumpo el nexos causal. ¿Qué es la tentativa inidónea? Cuando quiero matar a alguien, pero existe una idoneidad en el medio o en el objeto. ¿Qué es la tentativa? Es la intención de cometer un delito, pero esa conducta no se materializa por razones ajenas a la voluntad del autor.

CASO 1 DE TENTATIVA: Juan tiene la idea e intención de matar a su compañero de trabajo Pedro, compra un arma de fuego, la carga de balas aptas para disparo, va hacia el trabajo y cuando está en el ascensor subiendo se encuentra con Manuel, Manuel lo persuade se da cuenta lo que quiere hacer y le dice que no vale la pena lo que va a realizar. Juan en base a lo que le dice Manuel cambia su postura y desiste de matar a Pedro.

Respuesta: No hay tentativa porque desiste en el acto preparatorio y no llega al principio de ejecución. La conducta no es punible.

Para Rafecas hay principio de ejecución, pero el sostiene que hay un desistimiento voluntario en el momento que habla con Manuel.

CASO 2 DE TENTATIVA: Martín decide ir a robar la escribanía de su barrio, arma una banda, ingresa a la escribanía, revienta la caja fuerte y cuando ven la suma que hay, la cual era mucho menor a la que fueron a buscar, la cierran y se van sin robar nada.

Respuesta: Hay ideación, hay preparación, hay principio de ejecución, no hay consumación. Pero estamos ante una tentativa inacabada, se interrumpe el nexos de causalidad y efectúa un desistimiento voluntario y total. La conducta es punible.

Para Rafecas es un caso de Tentativa fracasada, la persona no es que desiste voluntariamente, sino que desiste porque hay un elemento distinto que lo hace desistir (menor cantidad de dinero) y por situaciones de ese momento, decide no hacerlo más (ese desistimiento no es tan voluntario).

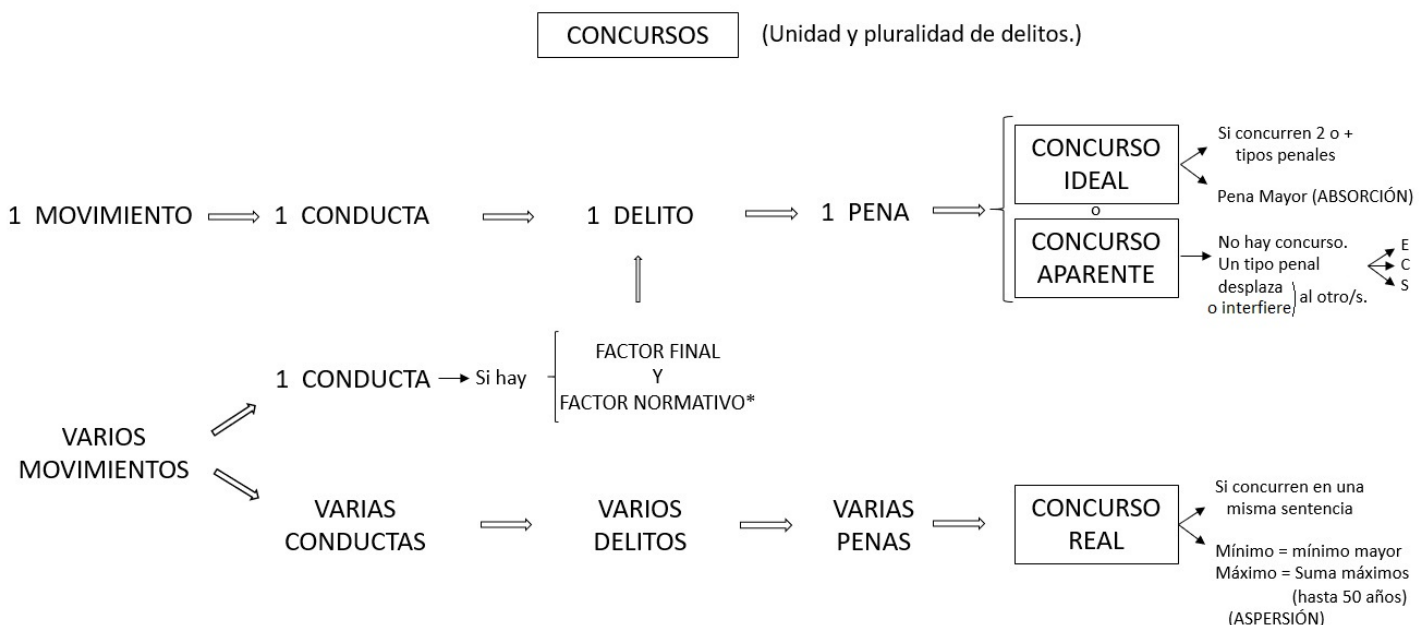
CONCURSO

El concurso de delitos sirve para poder determinar cuándo en un mismo hecho o misma situación se puede considerar que se vio afectada una norma, a partir de una conducta o se vieron afectadas a partir de una conducta varias normas y de esa manera determinar si hubo un delito o varios delitos.

Cuando hay un solo movimiento independiente, va haber un solo delito. Excepto en el caso de lo que se afecte no admita grados, o sea que sean varios delitos que se destruyen con su sola afectación, como es el delito de la vida. Si produzco un solo disparo y mato a dos personas, no vamos a tener un solo delito, vamos a tener dos delitos de homicidios.

CONCURSO PROPIO: es un verdadero concurso y tenemos a los **CONCURSO REAL** (en su gran mayoría) y a los **CONCURSO IDEAL**.

CONCURSO APARENTE: parece un concurso, pero no lo es.



El concurso de delito está dividido en 3 clases

- CONCURSO REAL:** contenido en el **art. 55 CP** (Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión). **Hay varios hechos que son independientes que concurren en una misma sentencia**, por ejemplo, que a una persona se lo investigue por robos reiterados que fueron cometidos en tal lugar con independencia de circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada una de las situaciones, como es el caso de una banda que roba vehículos, donde en tres fechas diferentes robaron vehículos (las circunstancias entre tiempo, modo y lugar), son tres hechos, son tres robos, cuando concurren y se los juzgan va haber una sola sentencia en la que se le van a juzgar los tres delitos de robo, **la pena será** el concurso real que se va a tomar el **mínimo mayor** del delito de robo y después la **suma aritmética de los máximos (POR ASPERSIÓN)**, que si vemos el art. 166 CP (robo) la pena mínima será de 5 años y la suma de la pena máxima de 45 año (15 máxima x 3 robos)

En el caso de un robo tentado, donde el mínimo es 5 y el máximo es 15, el margen que va a tener el juez para determinar la pena es de 2 años y 6 meses de mínima (ya que se reduce el mínimo a la mitad) y 10 años de máxima (ya que se reduce 1/3 el máximo).

Cuando afecta bienes jurídicos personalísimo, siempre es concurso real.

En concurso real varios hechos concurren en una misma sentencia, excepto cuando se produce un homicidio, como no es graduable y produce la muerte, puede darse que haya un concurso real en un solo hecho. Ejemplo: un solo disparo y mueren dos personas es un concurso real aunque fuera un solo hecho. Cuando se afectan bienes personalísimos como la vida que se agota, se destruyen y no admiten grados, se habla de concursos reales.

- **CONCURSO IDEAL:** contenido en el **art. 54 CP** (*Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor*). **Hay un solo hecho que impacta sobre diversos tipos penales, pero el hecho es uno.** Por ejemplo, una persona va a robar un auto y en el auto había un niño en el asiento de atrás, lo trasladan 5 cuadras y después lo bajan; el delito que se está analizando que surge de un mismo hecho, es el desapoderamiento del auto y el traslado de un menor de edad por 5 cuadras, por lo cual ese hecho que fue único impactó sobre 2 normas penales (delito de robo y privación ilegítima de la libertad). **Para determina la pena** se va a toma el **mínimo mayor** y el **máximo mayor** de las normas involucradas (**POR ABSORCIÓN**).
- **CONCURSO APARENTE:** en realidad este no es un concurso, por eso aparente. Nos va a indicar ciertas pautas para que podamos identificar si estamos ante un concurso o no. Cuando aparentemente estamos en un hecho frente a un concurso, pero que en realidad no es un concurso. **La pena** que se aplica es la pena del **delito que se imputa** ya que es un solo hecho.

Hay 3 circunstancias que se van a analizar para poder identificarlos:

- **Principio de Especialidad:** determina que la norma especial desplaza a la norma general. Como ejemplo se da en los tipos agravados, como en delito de robo agravado, donde estamos ante un hecho donde se producen lesiones, que a su vez esas lesiones provocan lesiones graves, como dice el art. 90 CP, no va a existir un concurso ideal entre el delito de robo y de lesiones, hay un concurso aparente porque hay una norma específica que agrava la figura del robo que hace que desaparezca el concurso. (**Art. 166.** *Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años: inc. 1º Si por las violencias ejercidas para realizar el robo; se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91. Inc. 2º Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.*) (**Artículo 90.** – *Se impondrá reclusión o prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente del rostro. Artículo 91.* – *Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.*). El robo de por sí implica violencia en las personas y fuerza en las cosas, ya de por sí el delito de robo podría pensarse que es un concurso aparente porque el delito de robo implica que se provoque una fuerza en la cosa que puede recaer en el delito de daño y violencia en las personas que puede recaer en el delito de lesiones. La figura del robo lo integra, ahí también podría pensarse que hay un concurso aparente en la figura típica del robo. Ahora al mismo tiempo, en el robo agravado, para poder consumarlo de las lesiones que se provocan se determinan como lesiones graves o gravísimas, va a agravar la pena, por lo cual no es un concurso real o ideal según el caso, por el contrario, es un robo agravado, es un concurso aparente porque existe especialmente una norma que abarca los dos tipos penales, hay una norma específica que abarca la descripción típica.
El robo agravado por el uso de arma ya de por sí ese agravamiento que tiene la conducta, abarca el abuso de arma, podría pensarse en un delito de robo donde se utiliza un arma pensar que se puede calificar como delito de robo en concurso ideal con abuso de armar, pero sin embargo hay una norma específica que habla que si ese robo se cometiere con arma va a estar agravado, va a tener una pena mayor. Por el principio de especialidad no hay un concurso ya que la conducta agravada se encuentra en el tipo penal, hay un artículo en el código penal que la contiene (robo agravado por el uso de arma de fuego art. 166 inc. 2).
- **Principio de Consunción:** se va a dar en dos casos, en el que un tipo penal abarca el contenido de otro tipo prohibitivo, lo adopta y contiene. Es el ejemplo típico del delito de robo, que implica fuerza en las cosas y violencia en las personas. Ante un hecho de robo no va a poder calificarse como robo en concurso con lesiones, ya que la figura de robo implica la violencia en las personas, implica las lesiones

en la persona. Otro ejemplo es el delito de la privación ilegal de la libertad y el secuestro extorsivo, los dos son lo mismo, pero el último implica a su vez el pedido de rescate; como son delitos permanentes desde que comienza la ejecución del mismo y desde el momento que la persona esta privada de su libertad, cuando se califica se le impone secuestro, porque hubo un pedido de rescate por ese motivo no puede calificarse como privación ilegal de la libertad, acá vemos como el principio de consunción opera, ya que el delito de secuestro implica la privación de la libertad de una persona, se va aplicar directamente la figura de secuestro extorsivo que agrava muchísimo la figura de la privación de la libertad entre una y otra.

- **Principio de Subsidiariedad:** el delito es progresivo, comienza afectando a un tipo penal y progresivamente interfiere en la tentativa de otro delito, que en el caso que no pueda comprobarse la tentativa de ese otro delito lo que se va a aplicar (volviendo atrás en el tiempo) y se va aplicar la figura típica que dio nacimiento. Ejemplo en la tentativa de homicidio donde una persona quiere lastimar a otra y matar a cuchilladas, en el momento del inicio de la ejecución va provocándole lesiones, progresivamente el delito de lesiones va aumentando, si no llega a matar, pero se determina que las cuchilladas tenían esa finalidad, se va a caratular como tentativa de homicidio. Ahora si no se puede determinar que la persona actuó con el dolo de la tentativa de homicidio, la figura residual va a ser la de lesiones (leves, graves o gravísimas dependiendo del tipo de lesiones). En el concurso aparente por subsidiariedad el comienzo de ejecución impacta sobre una figura típica que se ve interferida por la tentativa de un delito mayor, en el caso que no se pueda imputar esa tentativa por el otro delito, se va a volver para atrás y se va a aplicar la figura residual.

Otro ejemplo la violación de domicilio con la tentativa de robo, cuando no alcance para aplicar la tentativa de robo, se va a aplicar la violación de domicilio. Otro puede ser el delito de robo con encubrimiento, si no le pueden comprobar el robo, pero tiene en su poder la cosa robada, le van a imputar el encubrimiento.

El art. 150 CP ya establece que la violación de domicilio se va a aplicar siempre y cuando no se establezca un delito mas severamente penado como la figura del robo, Por lo cual, si una persona entra a un domicilio a robar, no se le puede aplicar la violación de domicilio, sino el robo, ya que la misma ley la establece como elemento subsidiario. En definitiva, no se le puede aplicar la violación de domicilio y el robo, porque no es un concurso, por eso es aparente, la persona no realizó varios delitos, sino uno solo.

CASOS DE CONCURSOS:

+ Peatón distraído

Juan camina por la vereda mientras chatea con su celular. Es así como no se percata que ha llegado a una bocacalle y continúa, cruza la calle sin mirar. Carlos, que venía conduciendo su vehículo conforme a todas las normas de tránsito, al verlo aparecer de repente presiona fuertemente el freno y, al ver que no llegaría a detener el auto a tiempo para evitar atropellar a Juan, gira violentamente el volante hacia la izquierda (Juan se le cruzaba desde la derecha) lo que le hace perder el control y termina subiendo a la vereda y atropellando a 3 personas que estaban en una parada de colectivos, las que sufren lesiones.

Respuesta: Acción Carlos atropella a 3 personas que estaban en la parada del colectivo. Hay una conducta que afecta a 3 personas que sufren lesiones que son graduables, se ve afectado por el **CONCURSO IDEAL**, se va a determinar la pena por el mínimo mayor y el máximo mayor de las lesiones generadas (de los 3 hechos, el que sufriera mayor daño). Pero hay que verificar si dentro de las lesiones existe una norma que agrave la misma por una conducta liberal al volante.

Si Carlos hubiese matado a las 3 personas estaríamos ante un concurso real, porque la vida se destruyó, serían 3 hechos, 3 muertes.

La afectación es gradual porque las lesiones son graduables (leves, graves o gravísimas) no destruyen a la cosa, la afectan gradualmente. Lo único que no es graduable, es la vida.

+ Arrebato violento.

“El chato”, sobrenombre que le habían puesto a nuestro personaje en la prisión, donde ya había estado varias veces, ve que María, una joven de 22 años, va por la calle hablando por el celular y decide arrebatárselo. Así lo hace. Sin embargo, al tomarlo y alejarlo violentamente de María, esta cae al piso y queda con el brazo extendido hacia él. Pasa que, como protección, tenía una cuerda atada al celular y a su muñeca. Entonces, vuelve a tirar, esta vez más fuerte, y logra que la cuerda se rompa, luego de lo cual emprende la fuga. María, además de verse despojada de su celular, sufre lesiones que son calificadas como leves en la muñeca y en una rodilla, esto último producto de la caída.

Respuesta: Concurso aparente por el principio de Consunción, porque las lesiones leves que describe el hecho de robo, están contenidas en la figura típica del robo.

+ En los restaurantes te roban.

Esta banda está integrada por Napo, Titi, Ruli y Cofre, sus alias, y se dedican a asaltar restaurantes. Su “modus operandi” es el siguiente, Napo, ingresa al establecimiento como una clienta, se sienta en una mesa, pide algo de la carta, etc. Lo que en realidad hace es observar el lugar, analizar la situación, y en definitiva es la que decide si se dan las condiciones para el atraco. Cuando es así, lo que hace es colocar la servilleta bien doblada a su derecha, mientras que, si piensa que no es conveniente que sus socios hagan el asalto, la coloca a la izquierda sin doblar. Cuando el hecho se realiza, los tres entran tranquilamente al lugar y amenazan a todos los presentes con armas de fuego; Napo hace el papel de víctima entregando incluso sus pertenencias, Titi va por la caja, y Ruli y Cofre se ocupan de apoderarse de las cosas de la gente.

En una ocasión, Cofre, mientras recorre las mesas tomando los objetos de valor de los comensales, reconoce a un ex cómplice que lo había traicionado, por el que había pasado un largo tiempo en la cárcel, y al cual andaba buscando; sin pensarlo dos veces, le dispara y lo mata; luego de lo cual huyen los 3 del lugar.

Esto hace que la investigación se intensifique y sean descubiertos. Los 4 son detenidos y procesados por 3 robos a restaurantes y el homicidio, aunque se sabe que han robado muchísimas veces más.

Respuesta: En este caso hay un **delito continuado** que significa que **hay una unidad de acción y un factor normativo**. Cuando la unidad de acción va directamente a cometer el hecho que está pensado como unidad, ellos van a robar a un bar que está repleto de comensales que tienen sus efectos personales. Cuando hay una unidad de acción, estas personas entran y quieren robar a todas las personas presentes en el lugar, **el hecho es uno solo**, entran a robarles a todos, **hay una unidad de acción y hay un factor normativo** que es la figura del robo que implica robarles a todos ellos. En este caso que es un delito de robo no va haber tantas figuras típicas afectadas, **el hecho va seguir siendo uno solo**, el robo con arma el cual va a estar agravado y va a existir **una multiplicidad de víctimas**. Pero el hecho está pensado como una unidad de acción.

En el caso del robo y el homicidio ya tenemos dos hechos, ya que no estaba establecido en el plan común, por lo tanto no hay unidad de acción, uno de los integrantes “cofre” determina en ese momento la comisión de otro delito que es el homicidio; resultando un concurso aparente respecto del robo con armas por el principio de especialidad, porque hay un tipo agravado de robo que incluye el haberlo cometido con arma (si el arma utilizada fuera de fuego la escala penal prevista se elevará un 1/3 del mínimo y del máximo), Teniendo en cuenta que la figura del robo agravado tiene un mínimo de 5 y un máximo de 15, si el arma fuera de fuego se eleva el mínimo a 6 años y 8 meses y la máxima en 20 años. Conclusión, en el caso del robo hay un concurso aparente por especialidad que va a determinar que el robo con arma tiene un mínimo de 6 años y 8 meses y un máximo de 20. Y va a existir un concurso real por el caso del homicidio que tiene un mínimo de 8 y un máximo de 25. Al momento de determinar la pena, como es un concurso real entre el robo y el homicidio, el que se apartó del plan común del robo y mató a una persona, ese homicidio no se le va a aplicar a los otros, sino que solo al que disparó. El que disparó va tener el robo de 6 años y 8 meses con 20 de máxima en concurso real por homicidio que tiene de 8 a 25 años quedaría una mínima de 8 años y una máxima de 45 años.

Variante: Donde llega la policía y no se llega a consumar el robo, le dispara a la persona y luego a ser asistida por la ambulancia y no murió queda en tentativa de homicidio, por lo cual se le va a reducir el mínimo de la escala a la mitad y el máximo en un tercio.

Variante: En el caso de una variante donde solo roban (no hay homicidio) pero uno de ellos cierra la puerta para que nadie escape al solo efecto de poder robarles a todos, el plan común sigue siendo robarles a todos los comensales, seguimos teniendo un solo hecho, pero ahora tenemos 2 tipos penales con una multiplicidad de víctima, el Concurso

es Ideal y la pena se determina el mínimo mayor y el máximo mayor. Si en las mismas condiciones que el caso anterior el delito es tentado, quedaría en 4 años de mínima y 30 de máxima.

Lo mismo sucede en el caso donde una persona que trabaja en una casa de familia y se quiere robar un collar de perla, por lo cual todos los días solo se roba una perla, al día siguiente otra y así sucesivamente. Acá también vemos una unidad de acción, lo que la mujer quiere es apoderarse de ese collar más allá que durante cierto período de tiempo la mujer se acerca al lugar y se va llevando de a una perla, la unidad de acción es que lo que quiere es robarse ese collar.

En el caso del restaurante es lo mismo ellos quieren robar el restaurante y llevarse todo lo que tienen los comensales, después se verá a raíz de como se ve afectado si se va a poner una pena de un mínimo o máximo, pero la unidad de acción es una sola. Cuando no haya unidad de acción y una persona decida todo el tiempo ir a robar a determinado lugar o determinadas personas porque de esa manera sobrevive va a haber tantos robos como unidades de decisión y unidades de acción que el tipo haga diariamente (un día roba acá, otro allá) todos robos independientes.

Es el mismo caso del cajero del banco que roba centavos a cada cuenta bancarias o el caso del ladrón que roba a los pasajeros de un colectivo.

La gravedad o no de la conducta va a estar determinada por el mínimo y el máximo, la acción es una sola y es un delito continuado.

Los delitos permanentes son aquellos en que el desarrollo de la acción se va a prolongar durante todo el tiempo hasta que se configure el tipo, por ejemplo, en el secuestro extorsivo ya que no se configura en el momento en que la persona es privada de su libertad, el delito va a continuar siendo ejecutado hasta que la persona recupere la libertad. Otro delito de carácter permanente es la falsificación de identidad como la apropiación de niños durante la dictadura que va a seguir vigente hasta que recupere su verdadera identidad.

En el **delito continuado** hay **una unidad de acción** y **una unidad de afectación normativa** se afecta a una figura típica con un plan común como robar el colectivo o contrariamente pueden con **una unidad de acción** llevar a cabo **en distintos momentos**, pero el **plan es uno solo** como el robo del collar.

******TENER EN CUENTA QUE PARA LA DRA. INCARDONA EL DELITO CONTINUADO NO EXISTE******

CASO DE TENTATIVA:

En el hospital.

Tras herir gravemente a Bernardo de un tiro -con voluntad de matarlo-, Aníbal se arrepiente del hecho y conduce a la víctima rápidamente al mejor hospital. Allí el médico de guardia salva milagrosamente la vida de Bernardo. Variante: pese a todos los esfuerzos del médico de guardia, Bernardo muere.

Repuesta para Rafecas: son lesiones graves porque la persona se arrepiente y le aplica la figura residual.

Repuesta de la cátedra: es tentativa de homicidio y si es una mujer es tentativa de femicidio.

Otro ejemplo donde se ven muchos posibles concursos que en realidad no lo son es la trata de persona (Artículo 145 bis: Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima.) Toda la descripción de la conducta para el tipo penal de trata de persona incluye ofrecer, capturar, trasladar, recibir o acoger personas con fines de explotación. Ante un hecho el tipo se va a configurar cuando se produzca una sola de todas las formas de consumación del delito o se produzcan todas. O sea, el delito de trata se va a dar cuan el autor ofrezca o captare o traslade o recibiere o todas ellas. Acá también en su caso según la conducta que desarrolle se va a poder preguntar si está dentro de un concurso aparente o de un concurso ideal, porque la persona ofreció, captó, traslado y recibió. Cuando una persona haga una o todas esas conductas no hay concurso, ya que se va a configurar igual el tipo, la pena se va a imponer dependiendo de la conducta que desarrolló o no, pero no va a existir un concurso ideal, porque la acción que emplea la persona para configurar el tipo implica todas esas conductas o una sola. No va a existir concurso sino delito de trata de persona.

Si va a existir concurso cuando en una privación ilegal de la libertad, en la cual se amenaza a una persona con arma, para obligarla a subir a un vehículo (secuestro simple) hay portación ilegal de arma que se utiliza en el hecho para

llevarse a la persona Concurso Ideal porque hay un solo hecho que impacta en distintas figuras típicas y si es ideal se va a penar con el mínimo mayor y el máximo mayor de las normas típica involucradas (va a estar determinado por la portación de arma que tiene penas mayores)

En lo delitos de peligro no existe tentativa

******En el segundo parcial se va a preguntar TODO, desde acción hasta concurso y determinación de pena, se va a tener que hacer el ejercicio de poder determinar las penas en base a los concursos y en base a la tentativa, la tentativa es lo último que se aplica, después de que el concurso está determinado, una vez determinada la pena de aplicación para el caso dado se reduce en el caso de que el delito sea tentado******

CLASE 18 – 18/10/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham y Dra. Gabriela Fontenla

REPASO CONCURSO

Cuando hay un solo movimiento y una sola conducta en principio no vamos a tener concurso, excepto que el bien jurídico que se lesiona se destruya como es el caso de la vida. Cuando el bien jurídico se destruya con esa acción, por ejemplo dispara una escopeta y los perdigones matan a 2 personas, solo en ese caso el concurso va a ser real y no ideal.

¿Cómo se determina la tentativa en el delito de homicidio agravado? La pena que correspondería a la gente que hubiere consumado el delito, se le disminuirá de un tercio a la mitad, si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de tentativa se reduce de 15 a 20 años, si la pena fuese de prisión perpetua la tentativa será prisión de 10 a 15 años, si el delito fuere imposible la pena disminuirá en la mitad y podrá reducírsele al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

PUNIBILIDAD: Se puede analizar en la Teoría del Delito posterior a la Culpabilidad. Son determinados casos que por razón de política criminal el legislador a la gente lo exonera de castigo penal, es una cuestión de punibilidad. Son dos causales donde no se va a aplicar pena:

- **Excusas absolutorias (art. 185 CP).** Son los casos donde se imputan delitos contra la propiedad, siempre y cuando se cometan entre cónyuges, hermanos, ascendientes. Ejemplo el caso de robo entre hermanos.
- **Condiciones Objetivas de Punibilidad.** Ejemplo en la ley penal tributaria a la cual se va a castigar al que evada determinado monto de pesos por año.

REPASO TENTATIVA

Penas divisibles: ejemplo art. 79 CP – establece la pena de 8 a 25 años

Penas indeterminadas: ejemplo art. 80 CP establece: reclusión perpetua de 15 a 20 años / prisión perpetua de 10 a 15 años (**ESTO NO ES CONSTITUCIONAL**)

PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Trata de determinar responsabilidad dentro de un esquema delictivo donde participan más de una persona en el hecho. De alguna manera va a comprender a todos los sujetos que pueden participar activamente en la comisión de un hecho ilícito. Cuando hablamos de participar nos referimos a sujeto activo y sujeto pasivo de la conducta que se está analizando. Vamos a tratar de determinar un poco más a ese sujeto activo.

¿POR QUÉ?

Delito es fenómeno complejo.

“Participación criminal” comprende a quienes, de un modo u otro, mediante toda clase de aportes (materiales espirituales) y con distinta relevancia e intensidad, intervienen en la comisión de un delito en alguna de sus etapas.

¿QUIÉNES SON?

AUTORES: “los que tomasen parte en la ejecución del hecho...” (art. 45 primera parte CP)

- **AUTORÍA:** 1 persona que toma parte del hecho
- **COAUTORÍA:** 2 personas o más que toman parte del hecho
- **AUTORÍA MEDIATA:** el autor detrás del autor

CÓMPLICE: también se lo puede encontrar como partícipe. Los que sin formar parte del hecho presta un auxilio o cooperación.

- **Cómplice Primario:** “los que prestaren al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales (el delito) no podría cometerse” (art. 45 segunda parte). En los primarios es fundamental para que el hecho se realice, sin ese aporte el hecho no podía haberse llevado a cabo.
- **Cómplice Secundario:** “los que cooperaren de cualquier otro modo a la ejecución del hecho” esa cooperación es secundaria porque no es esencial para que el hecho se realice y también son cómplices “los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo” (art. 46 CP). Ejemplo de esta última parte, tengo un amigo que sé que anda en cosas raras, viene y me dice tengo una moto y necesito que me la guardes un par de días y le digo que sí sabiendo que es algo raro, al tiempo me cae con la moto robada. Acá vemos que como le estoy aportando después del robo, pero yo me había comprometido antes cuando le dije que si que le podía guarda la moto. Para que exista una complicidad la promesa tiene que ser anterior al hecho.

INSTIGADOR: “los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo” (art. 45). El que le crea el dolo al autor

ARTICULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTICULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

UN POCO DE HISTORIA... como se comenzó a pensar esta idea de autoría y participación. Tradicionalmente había dos formas de pensar, dos teorías para analizar la participación:

- **Teoría Objetivas:** Autor debe realizar, de propia mano, la acción típica (el autor tiene que realizar todos los elementos del tipo objetivo). / Problemas en explicar fenómenos como la coautoría, la tentativa y la omisión. / Corresponde al modelo causalista y por tanto NO analiza el aspecto subjetivo, que era analizado en la culpabilidad.
- **Teoría Subjetiva:** Total preponderancia al aspecto subjetivo. / Autor es quien quiere el hecho como propio, independientemente de su aporte. Es cómplice el que quiere el hecho como ajeno. / No se corresponde con nuestro régimen legal (requiere “tomar parte”). Esta teoría se utilizó para juzgar los crímenes del nazismo.

AUTORÍA

NACIO LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO (ROXIN 1963). Va a tratar de definir quién es autor, quien coautor y quien en consecuencia no va a ser autor.

1 persona que toma parte del hecho (que es lo mismos que decir el que domina el hecho).

- **AUTOR es el que posee el dominio del hecho** y es autor quien en la realización del delito aparece como figura clave, como personaje central por su influencia determinante o decisiva en el acontecimiento.
- Considera aspectos objetivos y subjetivos
- Es autor “quien detenta en sus manos el curso causal y lo dirige durante la etapa ejecutiva, hacia la producción del resultado” (Rafecas, 2021).
- Para tipos dolosos, comisivos y omisivos.

COAUTORÍA

“Realización del tipo mediante ejecución con división de trabajo”. Codominio se deriva de su función en la ejecución. En la coautoría funcional, tengo división de tareas, tengo un plan entre esas 2 o más personas que toman parte del

hecho y ese codominio se va a derivar de lo que esas personas hagan en la ejecución de ese hecho, no antes, no después.

2 personas o más que toman parte del hecho (que es lo mismo que decir el que dominan el hecho).

- **Ejecución Conjunta:** Durante la etapa ejecutiva y no meramente en su preparación. Reparto funcional de tareas, distribución de roles, que se deriva del dominio sobre ese hecho.

Cada uno de los intervinientes realiza durante la ejecución, al menos, un elemento del tipo.

ASPECTO OBJETIVO.

Ejemplo, dos personas entran a un local uno intimida con un arma de fuego y el otro desapodera de la caja registradora (los dos están dentro de la fase ejecutiva están realizando acciones relevantes y distribuyéndose tareas por lo cual ambos dominan el hecho, porque ambos están haciendo una ejecución conjunta).

- **Contribución esencial y decisiva en la fase ejecutiva:** El aporte es esencial y decisivo (en el ejemplo anterior es tan importante el que intimida con el arma como el que desapodera de la caja) si de él depende el éxito o el fracaso de la empresa criminal (teniendo en cuenta consumación o impunidad, que ese aporte haya sido esencial para ejecutarlo, o bien para consumarlo o bien para lograr la impunidad de ese hecho). Ejemplo anterior, luego del robo al comercio, se suben a un auto que conduce un tercero, son perseguidos por la policía y ese tercero saca un arma y empieza a disparar al patrullero, queriendo procurar la impunidad del hecho al intentar escapar, como seguimos en la fase ejecutiva, el aporte realizado por el tercero es esencial y entraría a formar parte de la coautoría.

Análisis ex ante: Es irrelevante si finalmente ese aporte no fue necesario para la realización del hecho. Ejemplo robo de un banco donde hay un especialista en apertura de cajas fuertes, pero al cometer el hecho no fue necesaria su aporte porque la caja estaba abierta, aunque el plan del especialista no fue esencial porque la caja estaba abierta, de igual manera va a estar imputado, porque se realiza el análisis ex ante y no a resultados de lo que paso, ya que de acuerdo al plan común esa persona era importante que esté ahí para la apertura de la caja. No importa que hubiese estado abierta, dentro de la ideación de ese plan era relevante, por eso el análisis es anterior y no desde lo que paso.

ASPECTO OBJETIVO.

- **Plan Común:** Decisión voluntaria y final de llevar adelante el ilícito. Acuerdo de ejecutar y consumir el delito. Conecta todas las partes del hecho. Es relevante el conocimiento de la distribución de roles, no necesariamente el conocimiento personal. **ASPECTO SUBJETIVO.**

SI NO TENGO LOS 3 ELEMENTOS DE LA COAUTORIA (Ejecución Conjunta / Contribución esencial y decisiva en la fase ejecutiva / Plan común) NO TENGO COAUTORÍA.

Habrá COAUTORÍA solo si se reafirman los TRES ELEMENTOS simultáneamente

- **¿Y si contribuyó de manera esencial pero sólo en la etapa preparatoria?** NO HAY COAUTORIA. No hay realización en común, no hay ejecución conjunta, podrá responder como cómplice.
- **¿Y si realizó un aporte esencial pero luego de consumado el hecho?** NO HAY COAUTORIA. Si la participación es previa, cómplice; si es posterior al hecho, solo será encubridor. Ejemplo del manejo de un cuerpo para hacerlo desaparecer o guardar mercadería robada.
- **¿Y si uno de ellos se excede del plan común?** Puede haber exceso de autor (art. 47 CP) aunque se debe analizar el dolo eventual.
- Se deben verificar también otro tipo de exigencias típicas (ej, delitos especiales, ultraintenciones, posición de garante, etc.)

AUTORÍA MEDIATA

Autor no realiza por sí mismo el hecho, sino que se vale de un tercero. Éste obra como un mero instrumento de quien está por detrás y es el verdadero autor. Lo que trata esta teoría es evitar que el autor quede impune ante el hecho que ejecutó el tercero. Siempre la clave es pensar quien está dominando el hecho más allá de quien lo ejecuta, ya que el autor es el que domina el hecho. Ejemplo A le dice a B que si no mata a C lo va a matar; en este caso se ve al **autor detrás del autor**

Se deduce del art. 45 CP. Nos habla de quien toma parte del hecho, quien domina el hecho

Quien realiza de propia mano el delito lo ignora y **actúa sin dolo** (principio de confianza -tipo objetivo- o error de tipo -tipo subjetivo-), bajo una causa de justificación (legítima defensa y estado de necesidad justificante) o de manera inculpable (en el estrato de culpabilidad donde encontramos la **causa de inexigibilidad** como la situación de **coacción** y el **estado de necesidad justificante**).

El verdadero autor se valga de otro, de un tercero, y que este tercero este actuando bajo el principio de confianza, o el error de tipo, o el estado de necesidad justificante, o estado de necesidad justificante.

EJEMPLOS DE AUTORÍAS MEDIATAS:

+ Francisco, dueño de la empresa X, sabe que le pagaron con un cheque robado. Envía a Julio, su cadete, a que cobre ese cheque al banco, donde advierten que el cheque en cuestión es robado. Julio es detenido por tentativa de estafa.

Respuesta: Julio esta actuando bajo el **principio de confianza** y está realizando un comportamiento neutro conforme a su rol (cadete) por lo cual no vamos a confirmar en la Teoría del Delito la Tipicidad Objetiva respecto de Julio realizó un comportamiento permitido y en consecuencia no confirma la primera regla de la imputación objetiva ya que no realizó un riesgo desaprobado. En el caso de Francisco el autor detrás del autor, el verdadero autor que domina el hecho, voy a transitar toda la Teoría del Delito y voy a concluir que Francisco cometió un delito bajo el carácter de autor mediato.

+ Juan es empleado de Mercado Libre y realiza envíos en domicilios. Un día, mientras estaba llevando un pedido, en el marco de un operativo público de control, es interceptado por la policía, quien encuentra cocaína en el paquete en cuestión. Es imputado por la tenencia de ilegítima de estupefacientes.

Respuesta: En el delito de tenencia el resultado se da por la puesta en peligro a un bien jurídico, el aspecto objetivo se puso en peligro la salud pública porque transportaba cocaína, pero en el aspecto subjetivo el creía que llevaba un paquete normal, por lo cual nos encontramos con un **error de tipo**, Juan tiene un falso conocimiento respecto de uno de los elementos del tipo objetivo, el creer que lleva un paquete lícito, no cocaína. Actúa sin dolo por un error de tipo porque no tiene conocimiento. El autor es el que envía el paquete y a Juan va actuar con ausencia de dolo y no se le va a poder aplicar poder punitivo.

+ Griselda es tesorera de Banco Nación. Un día, mientras que ingresaba a su casa, es interceptada por un grupo de personas armadas. Le exigen que vaya al banco y retire \$2M. Caso contrario, matarán a sus hijos. Griselda lo hace.

Respuesta: Griselda actúa coaccionada y se va a resolver en la culpabilidad. Los autores verdaderos o los coautores son el grupo armado detrás de Griselda. Otra forma de resolverlos es que Griselda actúa por un **estado de necesidad justificante**, hace una ponderación de males, la vida de sus hijos justifica el robo del dinero, elige el mal menor.

Otra forma de entender la autoría:

AUTORÍA POR APARATO DE PODER ORGANIZADO (Teoría de Roxin - 1963)

Instrumento del que se vale el autor de escritorio es el aparato de poder organizado. En el juicio de las juntas fue la primera vez que se utilizó esta teoría por aparato organizado de poder. Fue clave para poder enjuiciar a los comandantes en jefe. También es la teoría que adopta la Corte Internacional que juzga los delitos de genocidios, crímenes de guerra, etc.

- **Aparato organizado de poder:** Gran estructura de recursos humanos y económicos, organizados de manera vertical y jerárquica, con cadenas de mando por donde fluyen las órdenes (generalmente –pero no de manera excluyente- se vale del Estado). Se puede ver en el narcotráfico o crimen organizado transnacional. A diferencia de la Autoría mediata el autor no se va a servir de otra persona, sino de un aparato organizado de poder. Utiliza como instrumento para su designio criminal el aparato de poder.
- **Actúa en la más abierta ilegalidad:** Carácter manifiestamente ilegal, en el marco de un Estado Autoritario. Como la obediencia de vida donde se ejecutaron fusilamientos y torturas aberrantes.
- **Convierte a los ejecutores directos en fungibles o intercambiables:** Cuando desde la cúspide se da una orden, indefectiblemente se cumplirá. Si no la ejecuta A, la ejecutará B o C. Acá nos da la pauta que domina el aparato de poder, que nos permite sostener que por donde pase la orden, esa cadena de mando se está dominando, y por eso se va a enjuiciar a toda la cadena de mando. **Dar la orden equivale a ejecución (dominio del hecho)**

Para poder atribuir responsabilidad penal de esta manera se tiene que verificar estos tres requisitos.

CLASE 19 – 20/10/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham

COMPLICIDAD

Los **CÓMPLICES** carecen de dominio del hecho, pero **cooperan dolosamente con el autor** en su injusto (hay conocimiento y voluntad).

- **Complicidad (o participación) primaria** –art. 45- El aporte que me hace el cómplice primario es fundamental para que ese hecho se logre.
- **Instigación** –art. 45-. Tanto en la complicidad primaria como en instigador, tienen la **misma pena que al autor**.
- **Complicidad (o participación) secundaria** –art. 46-.
- **Complicidad posterior preacordada** – art. 46-. Tanto en la complicidad secundaria y la complicidad posterior preacordada, se **disminuye la pena** (escala de la tentativa – de reduce la mitad del mínimo y un tercio del máximo).

En todos los casos faltan algún requisito para ser coautor.

Su injusto depende en existencia y alcance al del autor (teoría de la accesoriedad). Pero si el autor es menor de edad o padecer de alguna alteración de las facultades mentales que no le permita comprender la criminalidad de sus actos (existe alguna cuestión de culpabilidad), no va a beneficiar en la pena al cómplice.

¿CÓMPLICE PRIMARIO O SECUNDARIO?

PRIMARIO

- Aporte al hecho ajeno es ESENCIAL e INDISPENSABLE para lograr la consumación del delito o la impunidad.
- Curso causal que introduce cumple con CONDICTIO SINE QUENON (suprimo ese curso causal, ¿se mantiene el resultado?)
- El aporte de los cómplices siempre constituye riesgo desaprobado. (es contrario a la prohibición de regreso como el caso del playero que vende nafta al cliente que le dice que la va a usar para prender fuego la casa de su vecino. El playero tiene una conducta neutral porque su rol el vender nafta)
- Posibilitan, Facilitan, Instensifican o Aseguran el delito de otro.
- Ej. campana: ejecuta un plan común, pero carece de codominio funcional del hecho.

SECUNDARIO

- Figura residual. Lo aplico cuando no aplico la complicidad primaria, tengo un aporte que constituye un riesgo desaprobado, pero no era esencial. Sin ese aporte el hecho se hubiese realizado igual.
- El curso causal que introdujo no fue indispensable.
- Pero sí incrementó el riesgo para la víctima, y la posibilidad de éxito del autor.

COMPLICIDAD POSTERIOR PREACORDADA: Dos actos, **promesa a prestar determinada ayuda** a brindarse luego de consumado el hecho, y la **efectiva prestación de esa ayuda**. Esa promesa se realiza antes de la fase ejecutiva y después de la fase ejecutiva hace el aporte (ya que en el caso de que el aporte se realice en la fase ejecutiva podría considerarse un coautor).

INSTIGADOR

Le crea el dolo en la cabeza del autor, por eso no domina el hecho, no está decidiendo el sí y el cómo. Ejemplo la persona que contrata a un sicario.

- Es instigador o inductor el que realiza un aporte espiritual
- **Convence al autor** para que este, **por su propia voluntad**, consume el delito.
- Debe existir un NEXO DE CAUSALIDAD, respecto de la decisión del autor de llevar adelante el delito.

- Crea el DOLO en la mente del autor.
- No puede ser genérica, debe ser PRECISA en cuanto al delito que determina a cometerse.
- Actúa con DOLO DIRECTO de instigar, pero puede instigar a cometer delitos tanto DOLOSOS como IMPRUDENTES

Ejemplo A contrata a B para matar a C, B tiene conocimiento y voluntad de matar a C, transito por toda la teoría de la imputación objetiva y determino que es autor, en cambio A no mato ni utilizó a B para matar a C, ya que utilizar esta determinado por la persona que actúa sin voluntad, en error, bajo principio de confianza, o actúa por coacción, B quiere matar en este caso por una promesa remuneratoria

Carece de dominio del hecho

Se diferencia del cómplice primario (este realiza un aporte esencial en la etapa preparatorio) y también del autor mediato

CASOS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

+ La falsa rabia.

Con el fin de que Bernardo mate al perro de Javier, el veterinario Aníbal le asegura a Bernardo que ese animal, que corre ahora en dirección hacia su familia, está rabioso, y que puede morder a sus hijos. Bernardo toma entonces su arma de caza y mata al animal de un tiro. El perro no tenía rabia.

Respuesta: Bernardo, si lo analizamos con la Teoría del Delito, realiza una conducta, típica, pero la misma no es antijurídica porque actúa con un permiso en **estado de necesidad justificante**, pondera males y decide salvar a sus hijos de ser mordido por un perro rabioso, sacrificando la vida del perro. Por lo cual Bernardo está **actuando bajo coacción** por parte de Anibal (veterinario). Hay una **autoría mediata** por parte de Anibal hacia Bernardo, lo está utilizando como un instrumento y Bernardo actúa justificadamente creyendo que el perro está rabioso. Me da la pauta de la autoría mediata porque con el ejecutor tengo un problema en la antijuricidad.

CLASE 20 – 25/10/2023 – AULA 6 – Dra. Guillermina Wickham

+ Tirador convencido.

Andrés persuade a Víctor de que mate a Juan. Víctor cree erróneamente que su amigo le pagaría por ello, por lo que pone especial dedicación al asunto. Es así que planea dispararle con un rifle de alta precisión desde una terraza; pero luego se da cuenta que, el departamento que estaba debajo de esa terraza le pertenecía a su amigo Cristian, y que sería mucho mejor realizar el disparo desde allí. Le pide entonces a Cristian que le preste al departamento por unos días explicándole el motivo y prometiéndole compartir la ganancia; este accede y le entrega las llaves. El día del hecho, desde la ventana del departamento, dispara sobre la pretendida víctima, con tal suerte que hiere mortalmente a José, que estaba muy cerca de Juan.

Como analizar y resolver el caso: Primero separar los hechos, separar los sujetos activos, ver si hay concurso, establecer el carácter por el cual va a responder (actor, coautor, etc).

HECHOS:

- **Andrés: Sujeto Activo**
 - Persuade a Victor a que mate a Juan
- **Victor: Sujeto Activo**
 - Es persuadido
 - Cree que Andrés le va a pagar (y no es así)
 - Planea disparar con un rifle desde una terraza
 - Dispara a Juan desde el departamento de Cristian, pero mata a José
- **Juan: Sujeto Pasivo**
 - Iba dirigida la causalidad
- **Cristian: Sujeto Activo**

- Tiene un departamento
- Es mejor disparar de ahí
- Presta el departamento, saber para que y va a recibir dinero
- **José: Sujeto Pasivo**
 - Muere

BIEN JURÍDICO AFECTADO LA VIDA

ANÁLISIS JURÍDICO: Aplicamos la Teoría del Delito a cada uno de los sujetos activos y si tuviese varios hechos por cada delito. Siempre conviene arrancar por el ejecutor que me da la pauta de la existencia del delito.

Victor va a responder como **AUTOR** en relación al Sujeto Pasivo Juan y al Sujeto Pasivo José

- **EN RELACIÓN A JOSÉ** recorro la Teoría del Delito, determinamos que hay **ACCIÓN/CONDUCTA**, en la **TIPICIDAD OBJETIVA** analizo primero el **Nexo de Causalidad** donde establecemos por la **Teoría de la “Conditio Sine Qua Non”** que si suprimimos mentalmente la acción de Victor de disparar a Juan el resultado muerte no se producía. Como segundo paso, voy a verificar la **Imputación Objetiva**, si esa acción es imputable objetivamente, la cual tiene dos reglas: **1. Creación de un riesgo desaprobado** (disparar con el rifle). **2. Realización del Riesgo en el Resultado lesivo** (esa acción termina con la vida de José ya que el Comportamiento Alternativo Conforme a Derecho (CACD) establece que si hubiese hecho lo que manda le ley José no hubiese muerto). Por último, vamos a establecer la **Verificación del Núcleo Típico** – homicidio. **TIPICIDAD SUBJETIVA** acá nos encontramos con un **Error en el Golpe** (error en el nexo causal) ya que dirige la causalidad a Juan y termina matando a José (una desviación en el curso causal). Acá hay dos teorías, la **Teoría del Dolo General** (que dice que el conocimiento y voluntad que tenía Victor de matar a Juan, se traslada a José y que es irrelevante, ya que tenía el dolo de matar) y la **Teoría del Concurso Ideal** (que en realidad no tuvo conocimiento y voluntad de matar José, que tuvo conocimiento y voluntad de matar a Juan y que en realidad esto es una **Imprudencia en relación a José – un hecho imprudente**). No hay causa de **ANTI JURICIDAD**, no hay causas de **CULPABILIDAD**.

En relación a este hecho donde Victor es el sujeto activo y José el sujeto Pasivo, llegamos a la conclusión que estamos ante el **DELITO** de **HOMICIDIO IMPRUDENTE**.

- **EN RELACIÓN A JUAN** recorro la Teoría del Delito, determinamos que hay **ACCIÓN/CONDUCTA**, en la **TIPICIDAD OBJETIVA** analizo primero el **Nexo de Causalidad** donde establecemos por la **Teoría de la “Conditio Sine Qua Non”** que si suprimimos mentalmente la acción de Victor de disparar a Juan el resultado de poner en riesgo el bien jurídico vida de Juan no se producía. Como segundo paso, voy a verificar la **Imputación Objetiva**, si esa acción es imputable objetivamente, la cual tiene dos reglas: **1. Creación de un riesgo desaprobado** (disparar con el rifle). **2. Realización del Riesgo en el Resultado lesivo no se cumple** esta segunda regla por razones ajenas a la voluntad del autor, por lo cual tenemos una **TENTATIVA**. Por último, vamos a establecer la **Verificación del Núcleo Típico** – Tentativa de homicidio. **TIPICIDAD SUBJETIVA** tuvo el conocimiento y voluntad de matar a Juan por lo cual es un hecho doloso No hay causa de **ANTI JURICIDAD**, no hay causas de **CULPABILIDAD**.

En relación a este hecho donde Victor es el sujeto activo y Juan el sujeto Pasivo, llegamos a la conclusión que estamos ante el **DELITO** de **HOMICIDIO DOLOSO EN TENTATIVA**.

- **Victor** va a responder por un hecho de **homicidio imprudente** y una **tentativa de homicidio doloso** en **CONCURSO IDEAL**. En materia de **participación criminal** va a responder como **autor** porque es el que domina el hecho. La escala penal será la de homicidio imprudente (ya que por absorción absorbe el homicidio doloso en tentativa).

Andrés va a responder como **INSTIGADOR** del delito de tentativa de homicidio, ya que le genera el dolo en la cabeza del autor, lo persuade. Hay **ACCIÓN/CONDUCTA**, en la **TIPICIDAD OBJETIVA** hay nexo de causalidad, en la imputación objetiva, hay riesgo desaprobado, hay realización del riesgo en el resultado, **TIPICIDAD SUBJETIVA** hay conocimiento y voluntad, hay dolo en relación a Juan y no sobre José. Su dolo, su conocimiento y su voluntad tenía que ver con instigar a cometer ese hecho y no otro.

Cristian va a responder como cómplice secundario, no hay un aporte en la fase ejecutiva y porque su aporte no es esencial, ya que Victor podía haber disparado desde la terraza.

+ La dama de las joyas.

Una distinguida dama de Buenos Aires se halla en Pinamar, alojada en un hotel de prestigio. Durante la cena Aníbal, Beltrán y Carlos, que se hospedaban en el mismo lugar, advierten que la señora luce joyas de ostensible valor. El primero propone, entonces, un plan según el cual, luego de pasar una velada con la mujer, conseguiría que la puerta de la habitación de aquella quedará cerrada sin llaves, para que Beltrán, a la mañana siguiente, entrase a la habitación y se apoderara de las joyas. Carlos, por su parte, esperaría a Beltrán, con su automóvil, cerca de la playa (a unos 200 metros de la entrada del hotel), a fin de conducirlo rápidamente a un lugar cercano, en el que se repartirían el botín. Los 3 acuerdan en estos términos la realización del hecho. Al día siguiente cuando Beltrán llega a la habitación, comprueba que Aníbal no había logrado su propósito; la puerta había quedado cerrada. No queriendo renunciar a su propósito, extrae una pequeña barreta que llevaba consigo, con la que logra abrir la puerta. Una vez adentro, encuentra mal cerrada la caja fuerte, de la que se lleva 1.000 dólares en efectivo y un reloj de gran valor; sobre la mesa de luz encuentra una gargantilla de diamantes, que también se lleva. Al salir, lo espera Carlos, quién lo conduce hasta Villa Gesell, donde ambos se encuentran con Aníbal. Este, creía haber cumplido con su parte del plan. En efecto, una mucama había cerrado la puerta de la habitación de la señora dos minutos antes de la llegada de Beltrán.

Repuesta:

HECHOS

- **Aníbal - Sujeto Activo**
 - Plan
 - Dejar la puerta abierta
 - Cumple pero alguien la cierra
- **Beltrán - Sujeto Activo**
 - Entrar en la habitación
 - Apoderarse de joyas
 - Puerta cerrada, la abre con barreta
- **Carlos - Sujeto Activo**
 - Esperar a Beltrán y conducirlo a un lugar cercano
 - Lo conduce a Villa Gesell

BIEN JURÍDICO AFECTADO LA PROPIEDAD

TEORÍA DEL DELITO

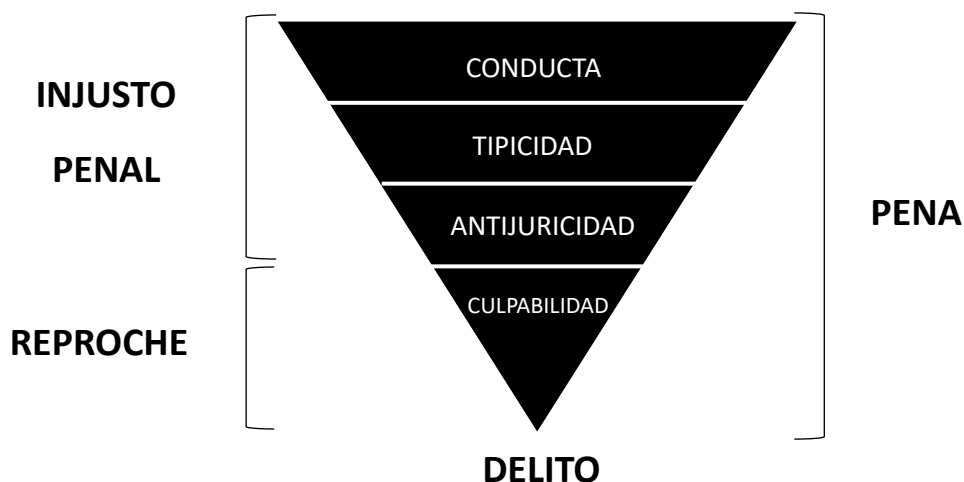
BELTRAN: Hay Acción/Conducta, en la Tipicidad Objetiva verificamos el Nexo de Causalidad, en la Imputación Objetiva, verificamos el Riesgo Desaprobado y la Realización del Riesgo en el Resultado. Tipicidad Subjetiva actúa con Dolo. **Verificación del Núcleo Típico** es un delito contra la propiedad (una forma agravada de robo). No hay causas de Antijuricidad. No hay ninguna causa de Culpabilidad. **HAY DELITO – AUTOR** dominó el hecho

ANÍBAL: **COAUTOR** (hay plan común, ejecución conjunta -ya que la ejecución inicia cuando deja la puerta abierta-, aporte esencial desde un análisis ex-antes).

CARLOS: **CÓMPLICE SECUNDARIO.**

CONSECUENCIA JURÍDICA DEL HECHO PUNIBLE

Si esa conducta que había ingresado al sistema de filtros de la Teoría del Delito, persistía y no era descartada por ninguno de las válvulas de escape de los diferentes estratos, si esa conducta reunía la característica de ser una conducta típica, antijurídica y culpable, nos encontramos frente a un delito, sujeto poder aplicar poder punitivo.



Determinado el injusto penal y de acuerdo a la culpabilidad se establece el reproche en el momento ético, de acuerdo a ese reproche que le vamos a realizar a la persona por el injusto es que vamos a poder determinar la pena.

Tenemos un sistema de escalas en el código penal, los hechos delictivos en abstracto, los tipos penales, están previstos por una escala penal, a determinado hecho corresponde una sanción, esa sanción en la gran mayoría de los casos es gradual, salvo los casos de pena perpetuas las cuales no se gradúan, no son divisibles.

Esa determinación de la pena de 8 a 25 años en el caso del art. 79 CP, se la denomina **determinación legal de la pena**. ¿De esos 8 a 25 años cuanto vamos a imponer? Ese proceso de cuánto vamos a determinar dentro de la escala penal de los extremos, se le llama **determinación judicial de la pena** (porque lo establece el Juez para el caso concreto) y se realiza en la medida del reproche, donde vamos a tener en cuenta el disvalor de acción y el disvalor del resultado (ya que no es lo mismo hacer algo con dolo o con imprudencia y donde se accidentan o fallecen una persona, dos o tres).

Esta determinación judicial de la pena a una persona concreta viene a ser consecuencia de un hecho punible, con lo cual vamos a establecer que ocurre en el sistema penal cuando determina la presencia de un delito y que es lo que corresponde hacer a partir de que ya ese análisis está completo.

Cuando una persona comete un delito se le impone una pena, las cuales surgen del TITULO II art. 5 del Código Penal, las cuales son: **Reclusión, prisión, multa e inhabilitación**. Las cuales se vinculan con distintos bienes jurídicos **Reclusión y Prisión** con la **Libertad**, **Multa** con el **Patrimonio** e **Inhabilitación** se la priva del **Ejercicio de la Profesión**.

Artículo 5º – Las penas que este Código establece son las siguientes: Reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

La diferencia entre la reclusión y la prisión, es que la reclusión ya se encuentra prácticamente derogada por desuetudo (costumbre), no se utiliza; la Corte estableció que la reclusión por tiempo indeterminado es inconstitucional. Ésta tiene un cómputo distinto a la prisión preventiva, 2 día de prisión preventiva equivale a 1 día de reclusión. El recluso a diferencia del preso podía ser sometido a trabajos en favor de la obra pública, el preso no. Pero hoy por hoy esa diferenciación no se utiliza más el concepto de reclusión.

En art. 6 del CP explica como se va a cumplir la pena de reclusión.

Artículo 6º – La pena de reclusión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio en los establecimientos destinados al efecto. Los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares.

Hay que saber diferenciar la pena de la prisión preventiva, la pena viene cuando se determina la culpabilidad de la persona, es la consecuencia jurídica de que se determinó la existencia de un delito y que esa persona lo cometió. La prisión preventiva es una medida cautelar que tiende asegurar que la pena se cumpla y que se utiliza en los casos de

delitos graves donde hay riesgo de fuga o entorpecimiento de la causa. Se computan, por 1 día de prisión preventiva 1 de prisión.

EJECUCIÓN CONDICIONAL → EN SUSPENSO (art. 26, 27 y 27 bis.)

Es la posibilidad que ante un delito donde se determinó la comisión de un hecho, que la persona lo cometió y como consecuencia se va a imponer la pena, la cual tiene un mínimo y un máximo y como en el caso del art. 40 y 41 del CP → **Pena divisible**: en la cuales pueden determinar los **Atenuantes** (edad, educación, costumbres, los motivos del hecho, participación) y **Agravantes** (que medios utilizó la persona, cual fue la extensión del daño y el peligro causado)

- **Requisitos de la Ejecución Condicional:**

- **1ra. Condena (8 años imprudente a 10 años culposo)** (si ya fue condenado por ejemplo 3 años atrás no podrá gozar de este beneficio)
- **Pena de prisión no exceda los 3 años** (si fue condenado a 3 años y 1 día no puede acceder al beneficio)
- **Inconveniencia de aplicar pena de prisión** (ya que la prisión trae problemas de salud, de inserción laboral, ya que se sale peor de lo que se entra, etc.)
- **También en concurso** (si se dan las circunstancias también se aplica en los concursos)

Artículo 26. – En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concursos de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

Artículo 27. – La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro 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 con lo dispuesto sobre acumulación de penas.

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho 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 del pronunciamiento originario.

ARTICULO 27 bis.- Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1. Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
2. Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.
3. Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.
4. Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
5. Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.
6. Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.
7. Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
8. Realizar trabajos no remunerados en favor del estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el Tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el Tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el Tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Artículo 40. – En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente.

Artículo 41. – A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1º La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2º La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Ejemplo de Ejecución Condicional: el Juez dentro de la escala penal y teniendo en consideración los atenuante y agravantes del delito, toma conocimiento con el detenido en esa audiencia de visu que establece el art. 41 e impone la pena de 2 años de prisión. La ley le va a decir al Juez que deberá considerar si esa pena de 2 años, si la misma será de prisión efectiva o condicional, porque la ley a partir del art. 26, 27 y 27 bis le va a dar posibilidad de que esta quede en suspenso, va a quedar suspendida durante un tiempo. Pero va a tener que acatar ciertas reglas ya que en caso de no hacerlo la misma será de prisión efectiva, es por eso que se denomina ejecución condicional, porque condiciona la ejecución de la pena a que la persona cumpla con las obligaciones establecidas.

Obligación para no revocar la Ejecución Condicional:

- NO cometer más hechos (delitos)
- NO juntarse con determinadas personas
- NO abusar de sustancias y alcohol
- NO relacionarse violentamente con la víctima
- Mantener un perímetro de exclusión
- Fijar domicilio
- Someterse al cuidado del Patronato de Liberados

Plazos: Vamos a suspender la ejecución de la pena a los 4 años de dictada la misma. En el caso de que una persona fuera condenada a 2 años de prisión en suspenso, durante los 4 años siguiente de dictada la condena, no puede cometer ningún delito, porque de cometerlo deberá cumplir la condena en suspenso, la cual será de cumplimiento efectivo. No solo va a tener que cumplir la que tenía en suspenso, sino que además tendrá que cumplir el plazo de la nueva pena. Sin perjuicio de la pena impuesta, son siempre 4 años que la persona no puede cometer un nuevo hecho para que esta no se torne de cumplimiento efectivo. Por lo cual pasado esos 4 años se determina que la pena resulta no pronunciada.

Ahora para yo poder tener una segunda pena de Ejecución Condicional tienen que pasar de 8 a 10 años.

*****PREGUNTA DE EXAMEN***** Diferencia entre **SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA** y **EJECUCIÓN CONDICIONAL**. Cuando hablamos de Ejecución Condicional es porque siempre tenemos una condena, una sentencia de condena, que nos estableció que hay un delito, tiene carácter declarativo de que un hecho existió y como consecuencia de ese hecho se le impone la pena. Esa es la diferencia crucial con la suspensión de juicio a prueba.

REINCIDENCIA (art. 50 CP)

- Cumplimiento Total o Parcialmente la pena privativa de la libertad (fallo Marini)
- Nuevo delito con pena privativa de la libertad
- No jóvenes
- Igual al tiempo de condena (mínimo 5 años a 10 años de máximo)

ARTICULO 50.- Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad. La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.

Para poder decir que una persona fue reincidente, se tiene que dar estos requisitos. En el caso del cumplimiento parcial o total de la pena privativa de la libertad, no se da en los casos donde la persona penada obtuvo el beneficio de la

ejecución condicional, ya que no cumplió pena porque la misma fue en suspenso. El **primer requisito es haber cumplido pena como penado privativa de la libertad**. Solo aplico pena cuando tengo un delito y porque hay una sentencia que así lo dice.

Si tengo una persona que fue condenada a 2 años de prisión y esos 2 años los cumplió en prisión preventiva, esa persona no es considerada que cumplió pena, como consecuencia no cumple con el primer requisito de cumplimiento total o parcial. Diferente es el caso si la condena hubiese sido de 2 años y 1 mes, si llevaba dos años de prisión preventiva, tiene que cumplir 1 mes más de prisión como penado, por lo cual ya cumple con el primer requisito de la reincidencia. El fundamento en la diferencia de la prisión preventiva de la pena privativa de la libertad, que en el segundo caso el preso recibe tratamiento penitenciario a los fines de lograr la resocialización e inserción en la sociedad, cuestión que no sucede con el detenido en carácter de prisión preventiva (es una simulación jurídica).

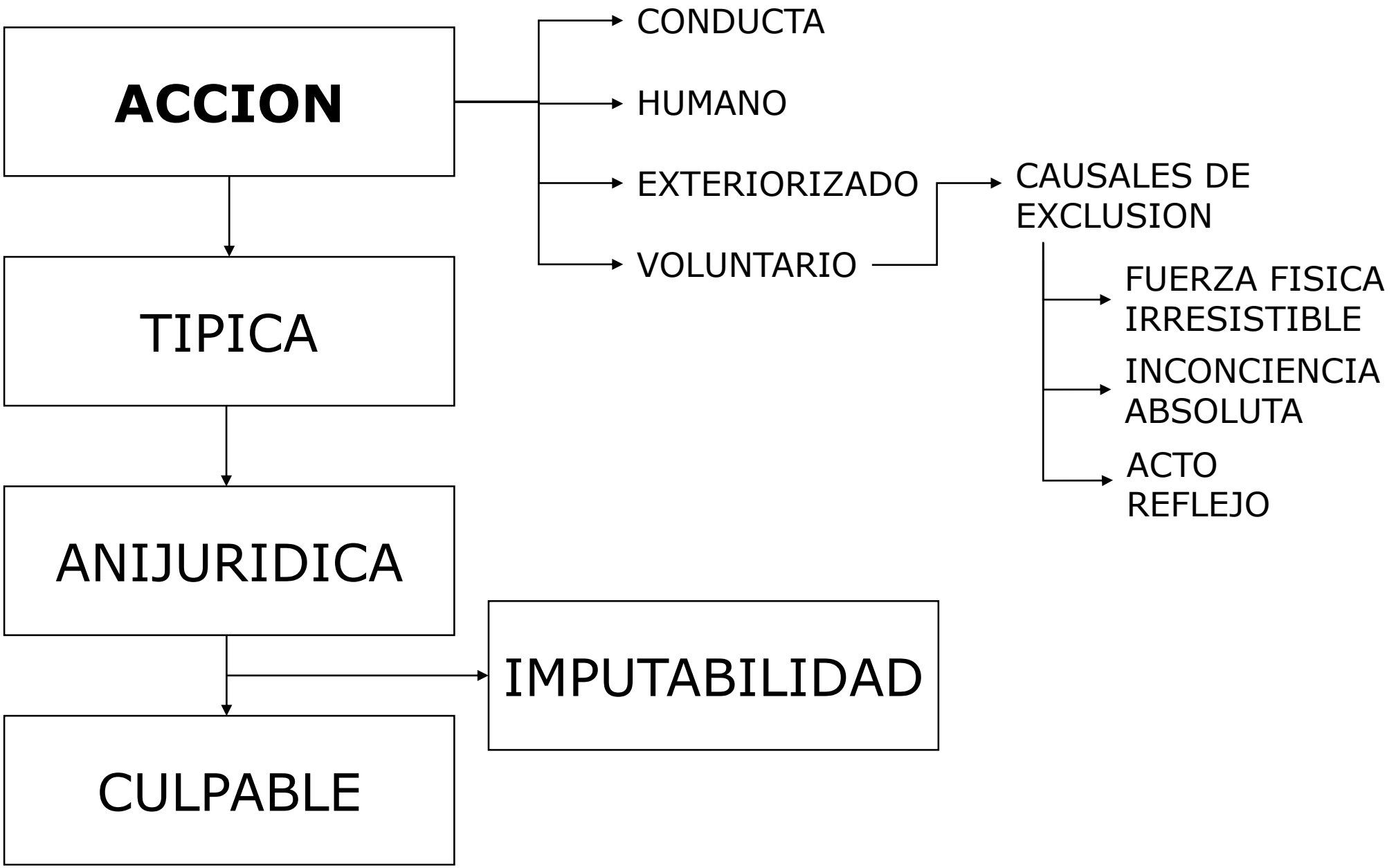
Como **segundo requisito** que este **nuevo delito** también este referido a una **pena privativa de la libertad**.

Como **tercer requisito** si la **pena** era **dictada siendo un joven** (menor de 18 años) al momento de cometerlo, pero recibió la pena siendo adulto, ese hecho **no puede computarse para la reincidencia**.

Como **cuarto requisito** ese **plazo para considerar la reincidencia**, tiene que pasar un tiempo igual a la de la condena pero con **un mínimo de 5 años** (si fue condenado a 2 años, tienen que pasar 5 años de mínimo) si fue condenado a 12 años (tienen que pasar **10 años como máximo**). Pasados esos plazos no es considerado reincidente.

REINCIDENCIA es una **DECLARACIÓN** que se hace respecto de una persona, se declara que una persona es reincidente, por lo cual esa reincidencia es solo una declaración que tiene **EFFECTOS**:

- NO accede a la libertad condicional cumplida las 2/3 partes de la condena.
- Va a generar que, a la hora de recibir la pena, se me aplique más pena.



ACCION

TIPICA

ANIJURIDICA

CULPABLE

IMPUTABILIDAD

CONDUCTA

HUMANO

EXTERIORIZADO

VOLUNTARIO

CAUSALES DE EXCLUSION

FUERZA FISICA IRRESISTIBLE

INCONCIENCIA ABSOLUTA

ACTO REFLEJO

QUE SE VE DESDE AFUERA
QUE ESTÁ PASANDO
EN LA REALIDAD

OBJETIVA

TIPICIDAD

SUBJETIVA

ELEMENTOS DE LA
TIPICIDAD
OBJETIVA

ACCION

RESULTADO

NEXO CAUSAL

¿SI SUPRIMO LA
ACCION EL
RESULTADO SE
PRODUCE?

COMO SE
DETERMINA

TEORIA DE LA
EQUIVALENCIA
DE LAS
CONDICIONES

TEORIA DE LA
IMPUTACION
OBJETIVA

¿HUBO UN
RIESGO
JURIDICAMENTE
DESAPROBADO?

VALVULAS
DE ESCAPE

¿DICHO RIEZGO
SE REALIZÓ EN
EL RESULTADO?

Riesgo permitido

Principio de confianza

Prohibición de regreso

Autopuesta en peligro

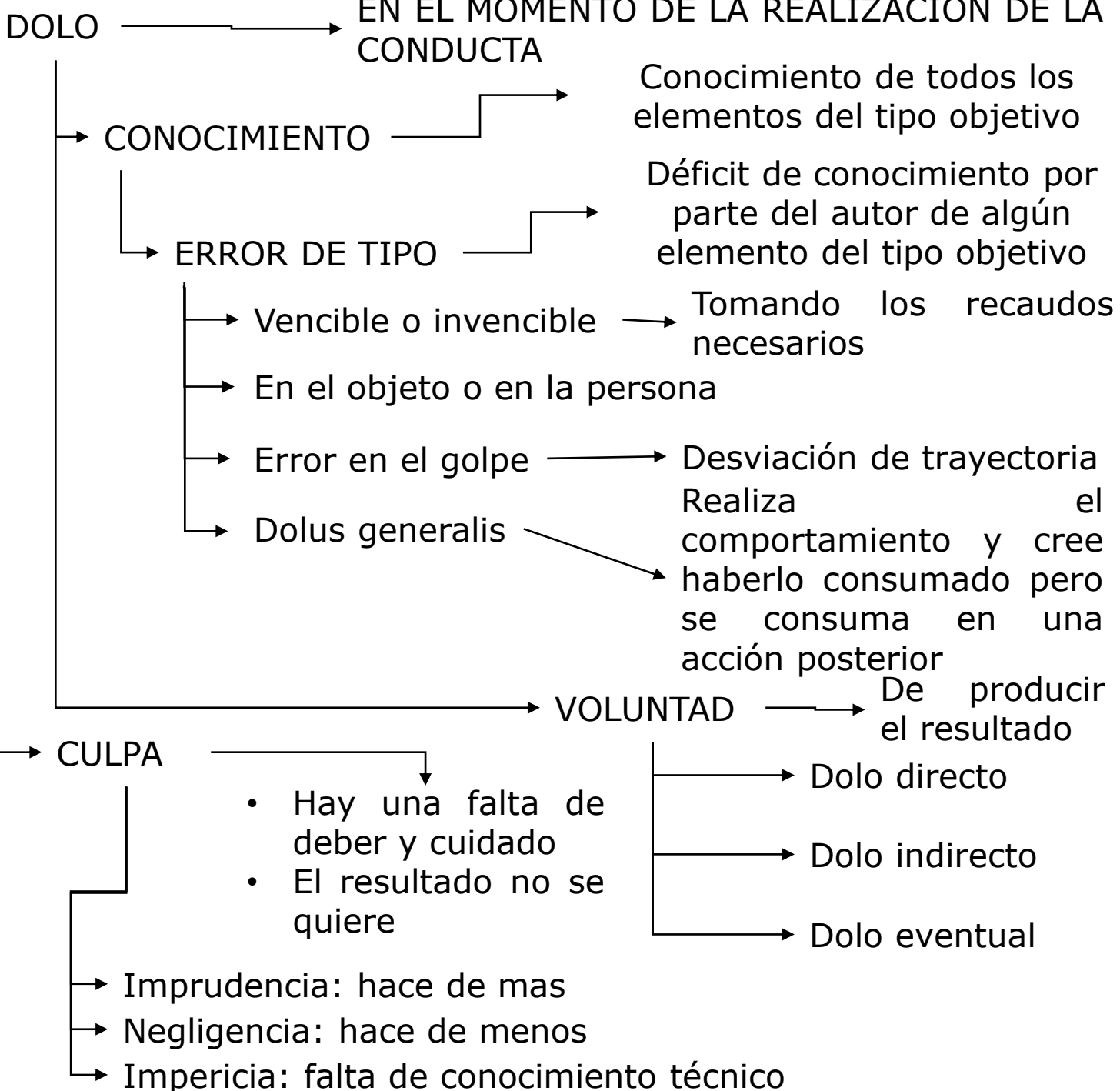
¿QUE HUBIERA
PASADO SI HUBIESE
ACTUADO CONFORME
A DERECHO?

OBJETIVA

TIPICIDAD

SUBJETIVA

QUE PASA EN LA
CABEZA DE LA
PERSONA



ANIJURICIDAD

Se trata del análisis de una posible concurrencia de una causa de justificación

Son normas permisivas que están en contradicción con las normas imperativas

Causas de justificación contenidas en la parte general del código penal

Estado de necesidad justificante

ARTICULO 34.- No son punibles: (...) 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;

Legítima defensa

ARTICULO 34.- No son punibles: 6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Ejercicio de un derecho

ARTICULO 34.- No son punibles: (...) 4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;

IMPUTABILIDAD

El sujeto activo tiene capacidad para ser imputable

Para que una persona sea imputable tuvo que haber podido comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones conforme esa comprensión.

Razones por las que se ve afectada la capacidad

→ minoridad

→ Estado de inconsciencia relativa

→ Alteraciones morbosas

→ Insuficiencia de las facultades mentales

Causa interna

Causa externa

- Enfermedad del cerebro
- Tumores
- Infeccioso
- Drogas u alcohol

¿Tiene capacidad de comprensión de la desaprobación jurídico penal de la conducta?

¿Tiene capacidad de adecuar el comportamiento a esa comprensión?

CULPABILIDAD

Le podemos reprochar la conducta al autor

Tiene que haber comprendido la antijuricidad del acto

comprensión

introyección

Incorporó como valor o hay una objeción de conciencia

Tiene que haber actuado con libertad de autodeterminación, de realizar o no el injusto penal

exime

Coacción

Estado de necesidad disculpante

Obediencia debida

Conocía la antijuricidad y que no hay causas de justificación

Si no conoce:

Podía conocer

Hay delito

No podía conocer

No hay delito

Error de prohibición

directo

En la norma

indirecto

En la causa de justificación