**Antepenúltimo nivel de la teoría del delito, culpabilidad:**

**IMPUTABILIDAD:**

Capacidad de culpabilidad: hablamos de la capacidad de comprender la criminalidad del acto y la capacidad de dirigir las acciones conforme a la criminalidad.

Capacidad de comprender la criminalidad: “posibilidad” de comprender la antijuricidad.

1) Comprender no implica no solo entender, sino también internalizar, internalizar valores, si lo hubiera hecho de forma absoluta no hubiera realizado la conducta. No se exige la internalización total y absoluto, sino solo la posibilidad de entender la antijuricidad de la conducta.

2) Capacidad de conducir, adecuar, dirigir esa conducta conforme a la comprensión de la criminalidad.

**No haya podido------- en el momento del hecho--- por:**

* **Causas ------------- Fórmula Mixta ------------------ Efectos**
* **Ineficiencia de sus Facultades. --------- CAPACIDAD DE COMPRENSION**
* **Alteración Morbosa --------- CAPACIDAD DE CONDUCCION.**
* **¿Estado de inconciencia?**

**Art. 34 inc. 1 CP:** [no son punibles: es decir, son **inimputables**, no tienen capacidad de culpabilidad, entonces no será posible que se le imponga un castigo penal.]

*“No son punibles: el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones…”*

**Principio de coincidencia (autores alemanes):** en el momento en que realiza la conducta que es típica y antijurídica, tiene que estar la capacidad de comprensión y conducción. Sino esta, será inimputable por lo tanto no punible, es decir, no será susceptible de imposición de una pena.

**Quienes no son punibles, formula:**

* “*El que no haya podido*”, tiene que existir la posibilidad de comprender la criminalidad y la posibilidad de dirigir la conducta conforme a la comprensión de la criminalidad.
* “*En el momento del hecho*” tiene que estar presenta la posibilidad, ese es el cuándo (principio de coincidencia).
* Causas: insuficiencia de sus facultades, alteraciones morbosas o estado de inconciencia.
* Efecto: es que no se haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir su acción conforme a la comprensión de la criminalidad del acto.

[Cuando habla de “error” (conocimiento equivocado) o “ignorancia” (ausencia de conocimiento), tiene que ver con el error de tipo y no con la culpabilidad.]

**Imputabilidad**: es la capacidad de culpabilidad, que se pueda comprender que esa conducta es ilícita. Es la capacidad de culpabilidad, de motivarse en el cumplimiento del deber jurídico que surgen de los tipos que provienen del ordenamiento jurídico, que prevén las conductas y las causas de justificación que establecen permisos para realizar conductas lícitas. Eso no alcanza, puede suceder que no podes conducir esa conducta porque te exige un esfuerzo tan grande que no es reprochable, aunque comprendan la criminalidad de su conducta, que no tiene ningún permiso. Ej.: los exhibicionistas, cleptómanos. El problema lo tiene en la conducción.

Se habla de **fórmula mixta** porque es una formula biológica-psicológica, las causas son biológicas y los efectos psicológicos. Casusa biológica, puede haber situaciones de salud mental, padecimiento de determinadas enfermedades mentales, que pueden provocar en una relación de causalidad, como efecto el dificultar la capacidad de comprensión y/o la capacidad de conducción. Y cuando esto ocurre, el sujeto es inimputable.

* **Insuficiencia de las facultades:**

Las personas desarrollan su capacidad intelectual a lo largo del tiempo. Quien tiene un déficit en sus facultades, se estanca en algún nivel de su desarrollo intelectual. Esto está definido en el ámbito de las ciencias médicas, como tiene distintos grados, está por ejemplo la idiocia, la enfermedad mental, una de las más agudas, que hace que se estanque el desarrollo a los seis años. Otro grado es la imbecilidad, que tiene la inteligencia de alguien que comienza la pubertad. Y hay otro que se llama debilidad mental, que dentro de estas enfermedades que tienen que ver con la insuficiencia de las facultades, es como si se tuviera la inteligencia de alguien que completo la pubertad. Son enfermedades mentales que provocan un déficit en el aspecto intelectual. Alguien que tiene esta condición ¿puede comprender la criminalidad de matar? Si. Pero ¿podrían cometer el libramiento de un cheque sin fondo? Para algunos delitos se requiere un conocimiento y comprensión distinta, exigen una elaboración más abstracta, una cierta capacidad mayor.

La inimputabilidad no es automática para cualquiera los delitos. Solo resultan inimputables para aquellos ilícitos que requieran una capacidad intelectual mayor que no tienen.

Aun en estos casos *¿Cómo hago para sortear el nivel de dolo en la teoría del delito?* Todos los niveles de la teoría del delito requieren una concurrencia de aspectos subjetivos. Y el dolo, dependiendo la teoría, requiere conocer o conocer y querer. Pero ¿conocer qué? Los elementos del tipo objetivo, si los elementos del tipo objetivo requieren de un razonamiento más abstracto, como podría ser el caso de apropiación de cosa perdida, y es más fácil pensar que respecto de una conducta de ese tenor carece de imputabilidad. Una persona que padece insuficiencia en sus facultades para tener dolo de homicidio tendría que saber que está matando, parecería que uno puede pensar que si lo tiene. Lo que si se podría tomar es decir que los elementos del tipo objetivo del libramiento de un cheque sin fondo requieren un conocimiento más complejo, por tanto no es necesario llegar a la culpabilidad porque se excluiría el dolo. Es un señalamiento valido, pero hay que pensar en épocas donde el dolo y la culpa no estaban en el tipo sino en la culpabilidad, esto se analizaba junto. Plantear la posibilidad de conocer lo que se hacía pero la imposibilidad de conocer la ausencia de un permiso legal. Sería un error de prohibición que estaría condicionado por su falta de capacidad intelectual.

* **Alteración morbosa:**

Tiene que ver con enfermedades mentales, no es solo falta de inteligencia, por ejemplo, psicosis, que tiene que ver con la pérdida de contacto con la realidad, son personas con alucinaciones, delirios, autismo. Estas son endógenas, más graves, porque el origen es el propio cuerpo del sujeto. Hay otras que pueden ser exógenas, por ejemplo, cuando ingerís algo, droga, alcohol, es decir, una intoxicación. En lo que se hace hincapié es en que hay una pérdida del contacto objetivo con la realidad. Es alguien que sabe lo que hace pero no llega a comprender porque tiene esta pérdida del contacto con el mundo exterior. Alguien que en principio tiene su salud mental dentro de los parámetros normales, pero suponemos que incurre en la ingesta de droga, alcohol, que le provoca una psicosis, pero es momentánea, no es permanente. *¿Por qué podría ser inimputable?* Por el principio de coincidencia, si al momento del hecho no era imputable, luego no lo podrá ser. Nuestro código no establece definiciones propias de la psiquiatría de la ciencia médica, porque la ciencia médica evoluciona todo el tiempo, lo que le interesa al derecho penal es determinar cuando por ese tipo de causas se pueden producir esos efectos. Hace una enumeración de ciertas causas, de algunas situaciones de salud mental, de modo genérico, que pueden generar esos efectos. No es taxativo.

**La cuestión de la inimputabilidad ¿es una cuestión médica o jurídica?** Unos dicen que es una cuestión de las dos. Otro dice que es una cuestión médica.

**La doctrina mayoritaria**: Lo que los médicos tienen que ilustrar en la pericia al juez, es cuál es el problema, en todo caso de salud mental que tiene, para que el juez pueda valorar si los efectos que provoca esa situación de salud mental con sus características, le impidieron entender o dirigir. **Es facultad del juez, es valorativo**. Claro que recurren a un peritaje de un psiquiatra, pero la actividad de determinar cuánto habrá influido en su capacidad de comprender y dirigir es del juez. ¿Qué pasa si pese a la situación de salud mental que tenga, el juez valora con la información que le dan los médicos que pudo comprender? Va a decir que es imputable. ¿Y si llega a la conclusión contraria? Que es inimputable.

* **¿Estado de inconsciencia?:**

Aclaración: Cuando esta anulada la conciencia, y si esta anulada la conciencia no hay acción.

¿Qué es la conciencia? Es la capacidad de auto percibirnos, de percibir el mundo circundante y a los otros. Está integrada por aspectos cognoscitivos (intelectuales), volitivos (vinculados a la voluntad), afectivos (vinculados a las emociones), a un juego armónico de esos tres aspectos. Eso es la conciencia. La inconciencia es cuando esta anulada completamente la conciencia y cuando esto ocurre no hay acción. En este nivel (de culpabilidad) de lo que sería correcto hablar es de **perturbación de la conciencia.**

**No está anulada la conciencia, está perturbada.** Los dos supuestos de perturbación son los dos antes explicados, el profe no encontró otros. En el libro de Zaffaroni cuando habla de imputabilidad habla de perturbación de la conciencia para distinguir de estado de inconciencia, y dice “los dos supuestos de perturbación son esos dos”.

Cuando puede estar perturbada la conciencia, cuando hay:

* Alteración morbosa.
* Insuficiencia de las facultades.

**Otro problema de alteración morbosa:** Cuando hay aceleración de los pensamientos. No hay una falencia cognoscitiva, sino que hay una aceleración tal que provoca un desequilibro tal entre los aspectos volitivos, cognoscitivos y afectivos, que en el fondo le lleva a una situación de inimputabilidad.

Que vimos:

Capacidad de imputabilidad, Capacidad culpabilidad, capacidad de motivarse, capacidad de auto motivarse, capacidad de cumplir el deber jurídico que implica comprender la generalidad de las acciones y tener la capacidad de dirigir esas acciones conforme a esa comprensión.

Definición en el código penal: esta como una fórmula mixta que establece causas y efectos. Que dice que cuando se dan estas causas si se provocan esos efectos, la persona es inimputable.

* **Relación de causalidad entre las causas y los efectos, por padecer esas situaciones se provocan esos efectos.**
* **Se limita su capacidad de auto determinarse para cumplir el deber jurídico (porque no comprende o porque no puede conducirse), conforme a derecho, es por eso que se determina que no se lo va a castigar.**

**Doctrinas más modernas,** **funcionalistas o Jackobs**:

No debería haber una fórmula mixta, el método debería ser exclusivamente jurídico. Lo que hay que ver si en el momento de actuar se podría exigir al sujeto ser fiel al derecho. Si por alguna razón se puede entender que no se podía exigir ser fiel al derecho, será inimputable.

Teoría de la prevención general positiva. Jackobs.

Lo que se debe perseguir con las penas es mantener la confianza en la vigencia de las normas. Si a esa persona no se le podía exigir que sea fiel al derecho, el que no lo haya hecho no le es reprochable y no hay necesidad de reprochárselo porque no pone en crisis la vigencia de la norma. Esta idea parte de destacar que lo más importante son los efectos, si ello falla se es inimputable. Efectos: capacidad de comprensión y de conducción.

**La teoría más tradicional habla más de causalidad**.

**Todo esto NO es vinculante para el juez**. Lo determina el juez teniendo en cuenta el informe médico, pero es facultad del juez. Porque uno no le pregunta al médico si la persona es imputable o no.

**¿Qué pasa con los Psicópatas?**

No tienen problemas intelectuales, tienen problemas en la esfera afectiva. Solo que no tienen cargo de conciencia, no tienen empatía, creen que todos los demás son instrumentos para lograr sus propios fines. Generalmente son muy inteligentes. Los llamaban “locos morales”. ¿Qué hacemos? ¿Son imputables?

Ahí lo que habrá que discutir es nuevamente es si el padecimiento de esa enfermedad:

* Primero si estaba presente en el momento del hecho
* Segundo el grado de la enfermedad.
* Tercero los efectos que produjo. Si le impidió comprender y conducir o si no se lo impidió.

Son casos límites.

**ACTIO LIBERA IN CAUSA:**

Una persona para cometer un ilícito se pone a sí misma en un estado de alteración morbosa ¿sería inimputable al momento de cometer el ilícito, al momento final? Si.

Propuestas para retrotraer la culpa al momento en que se puso así mismo en esa situación:

* **Modelo de la Excepción**

En estos casos hay que hacer una excepción al principio de coincidencia. Y no importa que al momento en que ejecutó la conducta estuviera en una situación de inimputabilidad. Esto fue desechado, porque significaría desobedecer la letra de la ley, afectando el principio de legalidad.

* **Teoría de la solución del tipo**:

Es cierto que en el tramo final era inimputable, pero en el momento inicial estaba bien. La ley no dice que tiene que estar en perfecto estado durante toda la ejecución. Basta con que al momento de iniciar la ejecución tenga capacidad de culpabilidad, aunque la pierdas después, igual se te puede responsabilizar. Algunos dicen que se parece a la autoría mediata (cuando se usa a otro como instrumento), en tanto otros dicen que no porque se usa sí mismo de instrumento.

* Hay quienes dice, como Zaffaroni, que: ¿qué hubiera pasado si el hombre borracho al final no mata? No hay resultado. Entonces ¿qué paso? ¿Desistió? Entonces ¿vamos a darle relevancia al desistimiento de un inimputable?
* Otra crítica que le hace un autor alemán es que no es igual a la autoría mediata porque en esta uno usa a otra persona como instrumento, aquí se usa a sí mismo, además implica un anticipo de la tentativa muy grande.
* Un sector de la doctrina muy grande la acepta, pero no está exenta de crítica.
* Berlusconi: Solución del tipo pero solo se atribuye tentativa aunque haya resultado o no. Porque el resultado no se lo puede atribuir.

**TENTATIVA:**

Es la punición de aquellos que inician un acto delictivo pero no lo finalizan, no por decisión del autor, sino por razones ajenas a su voluntad. En los **delitos culposos no hay tentativa**, porque los delitos culposos solo se castigan cuando hay resultado. **La tentativa presupone al dolo.** Si no hay dolo, no hay tentativa. Como instituto es fundante de una forma de pensar el derecho penal. Y para algunos autores la tentativa aparece como eje de pensar el por qué se castiga.

En alguna de las escuelas de pensamiento penal que tuvieron auge en la UBA, sobre todo a partir de la obra de Marcelo **Sancinetti**, se discutió la **teoría del desvalor del acto, y la teoría del desvalor del resultado**. Esto es si lo importante es el resultado lesivo, o si lo importante es la acción. Dos escuelas antagónicas o ubicadas en los extremos. Luego están los que se ubican en el centro, la idea de que es cierto que la acción es relevante porque el derecho penal los que hace es: *pretende inhibir la realización de determinadas conductas amenazadas con una pena.* Es decir, la norma del derecho penal está dirigida a la conducta del sujeto. No es que el derecho penal quiere neutralizar la muerte de las personas, sino neutralizar las acciones de una persona de la comunidad que vaya a matar a otra.

Visto desde este punto de vista, la:

* **La teoría del desvalor del acto**

Es muy fuerte en el derecho penal. Que dice, por ejemplo, Sancinetti, la norma que dice “prohibido matar”, no dice que está prohibido que la gente se muera, sino que está prohibido el acto de matar. Entonces aquel que realiza una tentativa de matar, es decir, que inicia una acción, por ejemplo, dispara un arma contra una persona para darle muerte, una vez que dispara el arma y la bala sale del revolver la muerte de la persona queda fuera del ámbito de decisión del que disparó. **Si se muere o no la persona, implica un margen de suerte o azar que no forma parte de la decisión del autor, y como el derecho penal (diría Sancinetti) lo que hace es prohibir conductas destinadas a matar a otros, toda tentativa de actuar con relación a otro que perfeccione la conducta que podría producir la muerte, esa tentativa merece la pena del delito consumado**. Ejemplo: A no mató a B en la medida que no le provocó la muerte porque no se murió, pero A perfeccionó la conducta del art. 79 del CP, en tanto *realizó todo lo que debía hacer para matar a otro, pero B no se murió por causas ajenas a su voluntad*.

Si hizo todo lo que decía hacer para matarlo le corresponde la pena de 8/25 años.

**El derecho penal es un instituto destinado a detener las conductas de otros que puedan ser lesivas.**

Todos aceptan que hay dos tentativas:

* **Tentativa acabada**: Aquella conducta que realiza todos los pasos necesarios para llegar al resultado, aunque el resultado no se produzca.
* **Tentativa inacabada**: Cuando se comienza a realizar el tipo penal, pero no se terminan de realizar las últimas acciones para que el tipo este completo.

**Para amalgamar la teoría del dolo como conocimiento con la teoría de la tentativa:** Diría que hay tentativa cuando un sujeto realiza dolosamente una acción destinada a un resultado y el resultado no se produce por razones ajenas a su voluntad. ¿Cómo defino dolo? Cuando esa acción se realizaba con el conocimiento de la alta probabilidad del resultado.

**¿Qué dice esta teoría?** Cuando una persona realiza una tentativa acabada y el resultado no se realizó por razones ajenas a su voluntad, la acción que infringe la norma se realizó por completo, entonces le corresponde aplicar la pena de un delito consumado.

Pero la tentativa inacabada si puede tener una pena menor que la del delito consumado. No se infringió la norma por completo. El desvalor de acto es menor.

**Todos están de acuerdo en que a tentativa acaba es más grave que la inacabada porque ahí se realizó todo lo que se tenía que hacer para consumar el acto**, solo que por razones ajenas a su voluntad no se realizó el resultado. Solo por eso es más razonable pensar (cualquier escuela que sigamos) que la tentativa acabada es más grave que la inacabada. El autor ya hizo todo lo que tenía que hacer para dañar el bien jurídico. Mientras que en la inacabada todavía no.

**Tentativa acabada (por el profe):** La tentativa es acabada cuando conforme a la realización del acto lo que yo hice es capaz de alcanzar el objetivo que busco. No quiere decir que lo que hice es mi plan completo. Es decir, cuando conforme a mi plan de acción, lo que yo haga esté en condiciones de alcanzar el resultado completo, la tentativa se volvió acabada, porque ya no se puede hacer nada para deshacer ese plan.

**Inacabada:** Cuando yo tengo un plan y todavía no se terminó, y que a su vez, objetivamente no reunió todos los pasos necesarios para que el bien jurídico terminara dañado.

Ejemplo: quiero matar a alguien, voy con un amigo que me da unas gotitas que le debo dar de manera acumulativa por 10 días, tienen que ser 10 gotas si o si, sino no hay efecto. La tentativa será acabada al momento de darle la décima gota. Cambio de ejemplo: pueden ser 10 o 9 gotitas, si son menos no habrá muerte, aunque si puede haber una complicación de salud pero que no lo va a matar. Para el día 7 sigo pensando si me arrepiento, pero por razones de salud de él, de manera conjunta con el veneno, muere de una insuficiencia cardíaca. *¿Cómo lo calificamos?* Tentativa inacabada con homicidio culposo es la tesis que formalmente la teoría del desvalor del acto defiende con más fuerza, porque dice que si a la gota 7 se murió, se murió por un grado de riesgo que le impuso el que le daba el veneno que no iba a llevarlo a la muerte en el día 7. Esta muerte entra dentro de una infracción al deber de cuidado, que era probable que le causara la muerte al día 7, pero que no había certeza de que se la causara. Tentativa de homicidio en concurso con homicidio culposo. Este ejemplo de la teoría de desvalor de acto tiene de beneficioso que es muy claro para dividir las situaciones, lo que tiene de malo y que ensucia cuando uno estudia es que: Al final él lo está matando ¿Cuál es el valor social de ponerle gotas de veneno a otra persona? Si el valor social es nulo, este riesgo que le impone debería ser tomado como un riesgo relevante para considerarlo doloso. Si lo limpiamos de esto podemos decir que: cuando una persona pone en riesgo la salud de otra sin que eso implique causarle la muerte, pero le provoca la muerte, en realidad eso es un homicidio culposo.

En el derecho norteamericano hay una teoría que dice que: El grado de riesgo al que yo someto al bien jurídico para decir si es culposo o doloso, no es simplemente un problema conceptual, sino que a mayor valor de la acción que realizo, más permeable va a ser el grado de riesgo que le impongo al bien jurídico. Por ejemplo: si yo tengo que darle un remedio a otra persona para curarla, pero el remedio aclara que puede causarle cierto problema, yo valoro que ese riesgo debo tomarlo porque es valioso que esa persona se cure, ese otro daño queda absorbido por ese beneficio. Si yo agarro un arma de fuego de una habitación donde hay 100 armas de fuego y hay una posibilidad de 89 a 1 de disparar la bala, es muy bajo el porcentaje. Si agarro una de esas, disparo y mato a alguien, esta teoría diría que ese homicidio es doloso, porque no importa el porcentaje de probabilidades, es tan sin valor social su conducta que entonces requiere una evaluación de porcentaje mucho más estricta.

Se dice que de la tentativa inacabada siempre se puede desistir.

**Clasificación:**

**Delito consumado:** se realiza la acción y el resultado. Pena completa.

**Tentativa:** art. 44 CP los delitos calificados de tentativa, la pena se va a reducir de 1/3 a la mitad, tiene menos pena porque el resultado no se produjo. Comienzo la ejecución del delito pero el resultado no se realiza por razones ajenas a mi voluntad.

**Desistimiento:** la pena desaparece. Comienzo los pasos, pero voluntariamente desisto y vuelvo para atrás. Es un instituto del derecho penal que hace que aquello que iba a ser una tentativa e iba a la consumación, no es punible no por razones ajenas a la voluntad del sujeto que le impiden seguir, sino porque el sujeto decide no seguir.

**Porque se castiga la tentativa**:

* Teoría del desvalor del acto: porque el sujeto infringió la regla que la comunidad creo para no provocarle daños a terceros. Esto implica ya razón para la punición.
* Teoría del desvalor del resultado: si el resultado no se produce ¿qué estoy castigando? Castigo el riesgo causado, el riesgo al que se somete al bien jurídico.

La tentativa imposible, inidónea no es punible.

Se puede decir que se castiga por someter al riesgo al bien jurídico, y al mismo tiempo la infracción a la norma por parte del autor. Los dos elementos están jugando.

* Otra teoría hablaba sobre el grado de alarma que se causaba, pero esta teoría tiene cierto grado de debilidad porque hay tentativas que ni se conocen.

Vimos que la tipicidad es el principio de legalidad que toma cuerpo en el derecho penal. Sabemos que las conductas prohibidas están definidas en los tipos penales, que tienen que ser claras, precisas, indicativas de la conducta.

Todo lo que no está prohibido, está permitido. Pero cuando entro en el mundo de la prohibición, el estado puede perseguirme por la comisión de algún delito.

Uno de los grandes problemas de la punición del derecho penal es decir cuando comienza la tentativa, porque cuando comienza la tentativa, comienza la ejecución del plan, y comienza la facultad del estado para detenerme.

**Caso famoso de contrabando**: Había un señor en un auto, al cual detienen en la autopista con cosas para el contrabando, los policías ven que tienen cosas que está prohibido sacar del país y lo detienen por contrabando, infracción a la ley aduanera. Él se defiende diciendo que todavía está en la autopista, que todavía no había comenzado. La discusión era ¿empezó el contrabando o no? Si esto era un acto preparatorio, por definición el acto preparatorio es impune.

**Los actos preparatorios son impunes:** Para saber cuándo empieza una tentativa, esto es relevante. Porque como la tentativa es con el comienzo de ejecución. Todo lo anterior al comienzo de ejecución es impune. ¿Cuáles son las ideas que me permiten saber cuándo estoy frente a un acto preparatorio impune y cuando frente a un comienzo de ejecución? ¿Cuándo comienza el robo? ¿Cuándo comienza la extorción? ¿Cuándo comienza el cohecho?

**Regla general:** depende de cómo está configurado cada tipo penal. Si yo quiero saber cuándo comienza el robo, no tengo que saber solo lo que es un acto preparatorio, sino también lo que dice el tipo de robo.

**Teorías para diferenciar el acto preparatorio del comienzo de ejecución**:

1. **Tesis negativa**: no existe una teoría para diferenciar acto preparatorio de principio de ejecución, no hay regla general, depende de la formulación de cada tipo penal.
2. **Teoría subjetiva**: cuando el sujeto cree (conoce) que está comenzando a ejecutar el delito según su plan. O conoce y quiere. Ya que la tentativa está relacionada con el dolo.

Debilidad: el comienzo de ejecución no puede depender de lo que el autor cree, sino de lo que está prohibido por la ley para todos. Bacigalupo: decía que la teoría subjetiva serbia cuando en la teoría de la equivalencia de las condiciones, eran tantas las condiciones que permitían decir que eran causas de un resultado, en algún momento parecía que si alguna de esas condiciones la amalgamaba con la voluntad del autor, el autor que en esas condiciones quería el resultado, era aquel el que comenzaba a ejecutarlo. Permitía definir qué condiciones eran comienzo de resultado, y la subjetividad el comienzo de ejecución.

1. **Teoría de la univocidad y equivocidad**: hay comienzo de ejecución cuando los actos que el sujeto realiza son unívocos con la acción de comisión del delito. Esto es, habría comienzo de ejecución cuando el sujeto que esta por cometer el delito comienza a realizar actos que inequívocamente, para el observador objetivo, llevan a la realización del delito. Ej.: si yo espero con la pimienta en la mano, ese acto es equivoco, no empiezo a robar. Ahora si yo le empiezo a tirar la pimienta para debilitar su defensa, estoy comenzando con la fuerza que el robo necesita, es univoco. (favorita del profe).
2. **Teoría formal objetiva**: cuando el sujeto comienza a realizar el verbo que caracteriza el delito. Literal. Es decir, cuando comienza a matar, cuando comienza a dañarse, etc.
3. **Teoría material objetiva**: intentó superar una crítica de la teoría formal objetiva, de que no era lo suficientemente clara, debía tenerse en cuenta la acción completa del tipo penal, según una comprensión natural en el contexto que se realiza. Es decir, no estar sometido solo a lo que el verbo dice, sino que toda la significación del tipo penal decide en cada contexto determinado.
4. **Teoría del plan concreto del autor**: hay comienzo de ejecución cuando por un lado de acuerdo al plan del autor comienza la ejecución del delio. Y cuando de acuerdo al observador objetivo empieza a ponerse en peligro el bien jurídico.

* Las teorías no se anulan, lo que intentan cada una es explicar la realidad de la forma más completa posible.

**Caso Saladino:** Sala I de la Cámara Nacional de Casación. El Tribunal Oral en lo Criminal, el 30 de marzo de 2015 resolvió condenar a los imputados Sergio Ramón Ariel Álvarez y a Luciano Jorge Saladino a la pena de siete meses de prisión, por considerarlos coautores del delito de robo. Contra aquella sentencia la defensora oficial interpuso recurso de casación en beneficio de ambos imputados. La defensa encausó sus agravios por ambos incisos del art. 456 CPPN. En primer lugar alegó errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto la calificación escogida por el tribunal era incorrecta al calificarse el hecho como consumado, sin embargo nunca se completó el apoderamiento, toda vez que los imputados no pudieron disponer del botín, quedando solo en tentativa. RESUELVE: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Luciano Jorge Saladino y Ramón Ariel Álvarez, casar la sentencia recurrida, modificar la calificación del hecho de acuerdo con el criterio expuesto y reenviar la causa al tribunal para que fije una nueva pena de acuerdo con la escala prevista para el delito de robo en grado de tentativa.

Art. 44 CP ultima parte: *“… Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.”*

**Tentativa inidónea** tiene que ver con el **delito imposible (son sinónimos):**

* **Concepto:** cuando hay un comportamiento del autor, encaminado a realizar un tipo, que nunca podría alcanzar la consumación del delito. Esto ocurre desde un momento inicial, perspectiva ex ante.
* **Tipicidad:** ¿Por qué resulta típica? Porque hay un comienzo de ejecución de un delito determinado que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor. Participa de las mismas características que el resto de las tentativas idóneas.
* **Dicen que es un “Error de tipo al revés”:** se dice en los manuales esto. En el error de tipo, un problema vinculado al objeto hacia al cual dirijo la acción, ej.: del coto de caza, mato una persona pensando que es un oso.

Acá, en la tentativa inidónea, por ejemplo, quiero matar a una persona y resulta que dirijo mi acción contra un maniquí, o un espantapájaros, o ya está muerto.

Decimos que es un error de tipo al revés, porque: Yo creo que estoy dirigiendo mi conducta contra una persona viva, y en realidad dirijo mi acción contra una persona muerta por ejemplo. Yo “creo” que están presentes los elementos del tipo objetivo y alguno de esos elementos está faltando.

* **Diferencia con delito putativo es un Error de prohibición al revés:**

Delito putativo (diccionario de la real academia española), “putativo” es un término que alude a algo que no es lo que se menciona, el delito putativo quiere decir que no hay delito. Se dice que es un error de prohibición al revés porque: Acá sabe lo que hace, cree que está prohibido pero no está prohibido. Es un delito que no es delito, *que yo me represento*. Es un delito imaginario. En la tentativa inidónea, *creo que comienzo la ejecución de un delito, pero algún elemento del tipo objetivo falta.* [Otro ejemplo de tentativa inidónea: yo quiero matar a mi enemigo con veneno, pero por alguna razón en vez de usar ese veneno le pongo azúcar, ahí se erra en el medio utilizado para realizar la conducta típica.]

* **Punibilidad (teoría de la imprevisión):** art. 44 ultima parte se le alude como delito imposible, dice que hay una atenuación obligatoria en que se reduce (por segunda vez porque la tentativa es de escala reducida un tercio a la mitad, del delito consumado) puede ser a la mitad, al mínimo imponible o aplicar la facultad (del juez) de eximirla legalmente. Pero en principio es punible, porque perturba la vigencia del ordenamiento jurídico, la confianza que tenemos en la vigencia de las normas si se pueden comenzar delitos graves aunque sean con medios inadecuados, parece que eso perturba el orden social (doctrina mayoritaria, cerca de la prevención general positiva).

**La falta de idoneidad puede recaer sobre:**

* **Objeto:** el objeto que marca la figura legal no es al que dirijo mi acción. El tipo de homicidio requiere que mi acción se dirija a otra persona, y yo dirijo mi acción a un maniquí. O me quiero apoderar de una cosa ajena, y por error me apodero de algo que es mío. Ahí faltara uno de los elementos del tipo objetivo de hurto, porque el objeto sobre el que recae la acción no será una cosa ajena, lo cual es una exigencia de ese delito.
* **Medios empleados:** Creo que utilizo un medio apto para crear el resultado que busco, como por ejemplo, quiero matar a alguien con arsénico, y me equivoco en la dosis que creo que lo matará, pero no es suficiente para matarlo. Entonces la tentativa, incluso en un momento inicial, nunca va a tener chance de éxito.
* **Sujetos:** el sujeto no tiene la cualidad especial de autoría necesaria cuando se trata de un delito especial propio, no posee la cualidad que el tipo exige. Ej.: Para el *prevaricato* (art. 269 CP) el que lo hace debe ser juez, se requiere una cualidad especial de autoría, si el autor de la conducta no tiene esa cualidad, no puede ser autor de ese tipo. Falta un elemento del tipo objetivo, lo inidóneo es él como sujeto.

**Tentativa irreal o supersticiosa:** los medios no son solo insuficientes, sino que son irrazonables. La doctrina unánime dice que no es punible. Ni siquiera es típica, porque lo que está prohibido es usar medios razonables. Ej.: que alguien crea que puede darle muerte a otro clavándole un alfiler a la foto de esa persona. No perturba a la sociedad, ni genera ningún peligro.

**Discusión en torno al sujeto:** Los que creen que el sujeto, la cualidad especial de autoría, el ser funcional, es un elemento más del tipo objetivo, van a decir que: si la conducta la realiza quien no es juez, comete un delito imposible (tentativa inidónea). Habrá que castigarlo con la escala doblemente reducida, o podrá el juez eximirlo de pena, si considera que su conducta era de una peligrosidad tan mínima que no vale la pena castigarlo.

**Hay otros** que dicen que es un delito putativo porque la verdad es que los tipos especiales lo que exigen son deberes especiales que se derivan de la cualidad de autoría, deberes especiales que se tienen por ser funcionarios, por ser juez, si la persona erra sobre esta cuestión, en realidad dicen que este es un tema de antijuricidad así que la conducta que está realizando es un delito putativo porque es una conducta que no está prohibida, está prohibida para el juez, porque lo puede cometer solo el juez.

El prevaricato: ¿Qué pasa si esa misma conducta la realiza quien no es juez? Por ejemplo, el pro-secretario del juzgado. Para algunos será una tentativa inidónea, y para otros será un delito putativo (Bacigalupo). La mayoría de la doctrina dice que es un delito putativo, porque el ser juez, de esa cualidad especial de autoría, de eso se derivan una cantidad de deberes especiales, lo que está prohibido es que los incumpla el juez, no que los incumpla quien no es juez. No tiene que ver con el tipo objetivo, por eso no es una tentativa inidónea.

Lo que se termina pensando: no está prohibido que alguien que no tiene esa autoría traicione ese deber especial, que está vinculado a quien tiene esa condición especial de autoría. Esto no quita que pueda haber otras figuras en juego. Conducta atípica.

**Zaffaroni:**

**Falta de tipo / tentativa aparente [otra postura]:** Si el que realizo la conducta no tiene la cualidad especial de autoría, falta un elemento del tipo objetivo, es una tentativa aparente, no es un delito imposible (tentativa inidónea), en realidad lo que quiere decir es que no es tentativa porque no hay comienzo de ejecución de una conducta típica. Y pretender imputarle tentativa inidónea implica violar el principio de **legalidad**. Y además agrega otro principio en juego, el de **lesividad** (las conductas tienen que traer algún peligro concreto o resultado lesivo para los bienes jurídicos). Cuando el que comete el prevaricato no es juez, no hay ni una cosa ni la otra. Entonces directamente es una tentativa aparente. Entonces no es punible porque no es típica, es atípica porque no hay tipo objetivo.

**Otra postura de un autor alemán:** piensa que en realidad hay dos posturas, algunos que piensan que hay un error de subsunción al revés, esto quiere decir que son errores de interpretación de la significación jurídica de lo que se hace. Entonces el por ejemplo plantea esto: Una mujer que limpia en una oficina administrativa, acepta un soborno para ver si hace desaparecer un expediente que coloca multas a las empresas. Y esa mujer hiciera esto creyendo que como ella también limpia en una oficina administrativa, ella también es funcionaria y también puede estar incursa en un delito que exige ser funcionaria o empleada pública. Para estos autores, esto sería un error de subsunción al revés. Porque es un error sobre el significado jurídico penal, sobre el ámbito normativo, sobre cómo debe ser interpretada esta cuestión. Y para quienes lo piensan así, es un delito putativo. No está prohibido para ella.

**Discusión, “La cualidad especial de autoría” resumida:** Cuando una figura penal requiere condiciones especiales de autoría, ej.: ser funcionario, si no sos funcionario no podes cometer ese delito. La discusión es si esto es un elemento del tipo objetivo o no. Si creen que si, puede haber un error de tipo al revés, por ende una tentativa inidónea. Si en cambio creen que no es algo que integra el tipo objetivo, puede ser un delito putativo, o sea, una conducta atípica.

**Agrega el profe:** se parece en los casos en los que hay posición de garante, cuando yo tengo la posición de garante, una cosa es saber que estoy en posición de garante. Y otra cosa es conocer los deberes que se derivan de la posición de garante. Ej.: una cosa es que yo sepa que soy padre. Y otra cosa es que sepa que de ser padre se deriva la obligación de pagar alimentos a mis hijos, y que esa obligación tiene protección penal. Algunos autores piensan que la primera es una cuestión de tipo objetivo, sino sé que soy padre, tengo un error de tipo. Ahora, si yo no sé cuáles son las obligaciones que se derivan (jurídicas) del rol de padre, ese es un error de prohibición.

**Ej. Del libro de Roxin:** a alguien lo nombran funcionario, y lo sobornan al poco tiempo después. Pero resulta que el nombramiento era nulo. Entonces nunca fue funcionario. Ahí termina diciendo que en ese caso, esta en un error sobre la significación jurídica de ese nombramiento. Se trataría como un delito putativo.

**Respecto a los medios y el objeto (Zaffaroni):** Si el objeto que exige la figura no es al que yo dirijo mi acción es una tentativa aparente, no hay tipo objetivo. El que utiliza medios que son claramente (ex ante) inadecuados para provocar el resultado, también no está satisfaciendo el elemento del tipo objetivo, por eso diría que es una tentativa aparente.

Único supuesto que admite de delito imposible: utilizar un arma de fuego y proyectiles de armas de fuero, en principio es un medio idóneo para causar la muerte. ¿Cuándo utilizando medios de este tipo, estemos ante un delito imposible? Si están húmedos no logran funcionar adecuadamente. Ahí si acepta que haya un delito imposible. Porque hay menos peligro, le importa decir que es un delito aparente cuando otros lo caracterizarían como tentativa inidónea.

Fundamento de la tentativa: la puesta en peligro del bien jurídico. Para los que hacen hincapié en otro fundamento de la tentativa, como es hacer el hincapié en la desobediencia normativa parten de otra premisa. Entonces para ellos la puesta en peligro importa menos.

Luego está la posición ecléctica: si tenemos en cuenta la desobediencia normativa que tiene que ver con la actitud del autor, tenemos en cuenta el peligro concreto, y también tenemos en cuenta el impacto en la sociedad que es lo que toma la teoría de la imprevisión. Se pregunta si perturbó a la sociedad, si los llevo a desconfiar de la vigencia del orden normativo. Cuando se dan las tres cosas, dice que se tiene el fundamento que es común para la tentativa y para la inidónea. Y por eso excluyen la tentativa supersticiosa.

**DESISTIMIENTO:**

Tentativa inacabada, no cumplí con todos los pasos que tenía que cumplir para desarrollar mi plan criminal por completo. Para desistir (y tener la chance de que no me castiguen) hay que interrumpir el quehacer delictivo y omitir el resto del plan criminal. Es una excusa absolutoria, quiere decir que por razones de política criminal, la teoría del premio, dar un aliciente para que no concrete, afecte el bien jurídico. Es una excusa absolutoria sobreviniente, elimina el nivel de la punibilidad. Tiene que ser definitivo, se renuncia a proseguir para siempre, no puede ser solo temporal. Tentativa acabada, hice todo lo que tenía que hacer conforme a mi plan criminal y para satisfacer las exigencias del tipo objetivo, pero me arrepentí. La discusión es que tiene que hacer algo para evitar la producción del resultado. Si ya se perdió el control del riesgo se perdió la posibilidad de desistir y de ser beneficiado por la excusa absolutoria.

**Plenario Villarino**: Este plenario resolvió la discusión de cómo se reduce la pena en tentativa. Supongamos que tiene un mínimo legal de 3 y un máximo de 9. Criterio de reducción: Se reduce 1/3 del máximo, y la mitad del mínimo. Quedaría el mínimo 1 año y 6 meses, y máximo 6 años. Si fuera uno de los casos vistos. Tentativa inidónea doble reducción de la mitad, la mitad de 6 y de 1 años y seis meses. O sea de 9 meses a 3 años. Examen: lo que más importa es como se reduce conforme a Villarino. Algunos critican porque así resulta que tiene más pena la tentativa de homicidio simple, que la tentativa de agravado. Ahí hay un problema de castigar más gravemente una conducta menos grave. Pero más allá de esa discusión, con razones legítimas, el plenario Villarino estableció este criterio.

**AUTORÍA Y PARTICIPACION:**

**Participación criminal:**

**Art. 45 CP:** *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*.

**Art. 46 CP**: *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.*

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

**Art. 48 CP:** *Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el participe.*

Cuando una persona agarra un arma y mata a otra persona, esta persona es autor del hecho de homicidio. ¿Por qué? Todas las teorías que vamos a ver, van a entrar en este sujeto que agarra el arma y mata a otro. Ahora, puede ser que cuando uno agarra el arma para matar a otro, el día anterior haya pedido el arma a un amigo para poder matar a esta otra persona. Este amigo con relación a mí, *colabora o participa* en mi hecho.

**Esta participación/colaboración puede tener dos** **formas:**

* **Primaria:** cuando su ayuda es esencial, sin esa ayuda no puedo realizar el hecho.

Ej.: sin el arma de él, yo no puedo matar. Participación primaria en el homicidio.

* **Secundaria**: cuando colabora pero no es esencial. Colabora de otra manera para que el hecho se produzca.

Ej.: yo tengo un arma, pero mi amigo me dice que me consigue una mejor. El me lo hace más fácil, pero no hace que el hecho se produzca. El código trae una variante de la participación secundaria, el que colabora de cualquier otra manera o con *una ayuda posterior mediando promesa anterior*. Es importante esta definición de participe secundario porque la pena se reduce como la de tentativa (de 1/3 a la mitad). En el homicidio es menos relevante pero hay delitos en que cuando hay participes secundarios la disminución de pena va a hacer que tenga ciertos beneficios, en los que le conviene ser partícipe secundario.

**Diferencia con “Encubridor**”: Cuando el código dice una “*ayuda posterior mediando una promesa anterior”*, está diferenciando al participe secundarios del encubridor. Él ayuda posteriormente al hecho, sin promesa anterior, no son participes porque no colaboran en su realización. Ej.: enterrar el cadáver, guardar las cosas robadas, ayudar a escapar. Ahora, si cuando hablo con un amigo le digo que quiero matar a una persona pero no sé dónde enterrarla, y este me dice que lo enterremos en su jardín, ahí es participe secundario.

El encubrimiento es un delito autónomo.

**El “Instigador”**: en los libros de derecho penal se refieren a este como “*aquel que pone en la cabeza del otro el dolo*”. Yo no voy a matar a nadie y viene otro y me convence de matar a otro.

El instigador tiene la misma escala penal que el autor. Esto para la mayoría de los autores, la doctrina clásica, menos para Zaffaroni. Código: “*el que determinare a otro directamente a* *cometerlo*” y para la mayor parte de la doctrina. *El que ayuda al indeciso a tomar una decisión no es instigador*, es partícipe. El que el instigador tenga la misma escala penal que el autor no quiere decir que tendrán la misma pena, sino que en general la ley lo entiende igualmente disvalioso.

**El tema del autor intelectual:** Es una manera de reconocer quien fue el que creó el hecho. Ahora, en términos de la ley penal, uno puede pensar como autor intelectual a varias formas de participación, de acuerdo a que forma adquiere dentro del delito que estemos hablando.

**Participación, dos principios básicos o dos formas de pensar a la participación de acuerdo a la autoría**: Hay quienes creen que no se puede dividir entre participe y autor, y que cada participe es autor de su propia conducta delictiva. Que el participe no debe depender del autor sino que cada uno va a ser punible por aquello que hace y que lleva a la comisión de un delito.

Pero lo cierto, es que hay una forma en que la participación es “**accesoria de la autoría**”:

* Quien maneja la constelación delito es el autor, este determina que delito es y cuando comienza.
* Y los partícipes vienen arrastrados por el autor.

Ej.: si viene alguien y me convence de matar a otra persona, este se va a Brasil y me deja aquí cuando ya hizo todo lo necesario para llevarme a matar a la otra persona, pero cuando voy a cometer el hecho, desisto. Su instigación va a ser impune aunque ya hizo todo lo que tenía que hacer. En cambio sí lo mato, el instigador tendrá de 8/25 años, utilizamos un cuchillo.

Porque el autor es el domino del hecho y arrastra consigo a los partícipes.

**En los tipos penales la participación puede ser penada distinta solo si la conducta está atrapada en una figura penal.**

Pero si esto no es así, el que lo determina es el autor. Por lo cual, se llama:

* **Accesoriedad externa:** a esta capacidad que tiene el autor de iniciar el hecho delictivo, y la de también iniciar la de todos los demás.

El encubridor no podrá iniciar su delito hasta tanto yo no haya cometido el mío, porque no apareció antes. El participe en cambio, que me dice “dame las cosas que te ayudo a guardarlas”, cuando comienzo a cometer el delito, él ya comienza a ser punible, porque su promesa me permite tener cierta seguridad para cometer el delito. *La tentativa del autor determina la tentativa de los partícipes*.

* **Accesoriedad interna:** cierta dependencia que tienen los partícipes con relación al autor en un sentido especial. Fijamos en que estrato de la teoría del delito, lo que el autor haga va a contagiar al participe.

Nosotros tenemos en doctrina, lo que se llama clasificación de la interna en “**accesoriedad limitada**”: esto quiere decir que si el autor no realiza Acción, o no realiza Tipo, o no realiza una conducta Antijurídica (ATA), esta “*salida del autor al cielo*” beneficia al participe.

Aclaración: solo si el autor no realiza una acción **objetivamente tipita**, no es punible. Solo en ciertos casos de la tipicidad. *A partir de la culpabilidad ya no*. Si el autor es inculpable, el participe si es punible. Ej.: si yo me estoy defendiendo en legítima defensa, y alguien me pasa un arma para defenderme, al estar yo justificada el participe también. Esto es aunque él no lo sepa. Esto es una clasificación porque hay otras formas de accesoriedad que no son la nuestra, en nuestra ley la justificación del autor justifica al participe, en otra clasificación por ahí no.

**Otras clasificaciones que no son de nuestro país:**

* Accesoriedad mínima: cuando se fija el contagio del autor al participe en la tipicidad.
* Hiperaccesoriedad: cuando se fija el contagio del autor al participe en la culpabilidad.

Si alguien me pide un arma para matar a alguien pero me dice que es para otra cosa. ¿Qué participe soy? Alguien me pide un arma diciéndome que es para irse a un campo a tirarle a las latas, pero en realidad va a matar a la madre. El arma la puse yo, nos imputan. ¿Soy punible? Tal vez muy rebuscadamente, soy participe primario de la “tenencia ilegítima del arma” que le estoy dando. En el homicidio no soy responsable, porque incluso si viene y me dice “me das una barreta que voy a abrir el portón de mi vecino para robarle”, y yo se la doy. Y resulta que va y le roba pero como estaba el vecino ahí, lo mata con la barreta. ¿Soy responsable penalmente de la muerte de mi vecino? Según lo que el art. 47 CP dice, el precepto aquí sería que “*yo solo puedo ser castigado por aquello a lo que me comprometí a cooperar*”, no más que eso porque está fuera de mi dolo. El participe tiene que tener dolo de aquello que realiza.

Un caso: viene un amigo y me pide un arma para matar a alguien, yo se la doy y mata a su madre. ¿Soy participe secundario del parricidio? Por lo dispuesto en el art. 48 CP, si yo sé que va a matar a su madre, soy participe primario del parricidio. Si yo no sé, solo soy participe de un homicidio. Aquello que agrava al otro solo lo agrava al otro si yo no tenía conocimiento. Y aquello que beneficia al otro, solo lo beneficia al otro.

**Varios tipos de autores:**

* **Colateral o paralela:** cuando dos personas cometen el mismo delito completo los dos al mismo tiempo, de manera paralela, sin saber del otro. Ej.: francotiradores desde dos posiciones distintas le disparan a alguien, sin saber del otro. Si uno no lo mataba el otro sí.
* **Convergente:** cuando dos personas cometen el mismo delito juntos, sabiendo el uno del otro. Ej.: francotiradores con conocimiento el uno del otro, orquestan un plan.
* **Sucesiva:** autores sucesivos de una violación al bien jurídico de otro de manera independiente del otro, cada uno es autor de su propio delito independientemente del otro. Ej.: cuando yo robo a un local rompiendo la vidriera, luego viene otro y hurta una cosa, después viene otro y se lleva otra cosa.

La autoría puede ser plural o puede ser individual, individual casos 1 y 3. O puede ser plural, cuando son:

* **Coautores, cuando se dan ciertos requisitos que la doctrina ha marcado:**

1. **Cuando hay dolo común.** Ej.: los cinco vamos a robar el banco.
2. **Cuando hay una división de trabajos o de roles.** Ej.: uno apunta al cajero, otro saca guarda la plata y otro somete a los rehenes. Si no hacemos los tres esto, el robo se cae.
3. **Cuando tienen una contribución esencial.**

Con esto somos coautores. Entre todos cometen un delito en conjunto.

Si no, si a parte de nosotros tres, hay una cuarta persona que nos prometió guardar la plata en su casa, este cuarto es un colaborador secundario porque hizo una promesa anterior de ayuda posterior, pero no es coautor, su contribución no es esencial porque el hecho se produce igualmente sin él.

Participe, colaborador o cómplice secundario: es aquel que no realiza un aporte esencial.

**Teorías para definir al autor (parecidas a la tentativa):**

* No en el código argentino: cada uno es autor de su propio delito y punible por aquel, no existe la participación.

Ej.: si alguien me convence a mí, para matar a otra persona, pero todavía no la mato. El primero debería ser punible por instigación al homicidio.

Esta teoría dice que cada forma de participación es una autoría propia de esa participación.

Fuera de esto, en general para determinar cuándo hay un autor se usa:

* Teoría formal objetiva: es autor aquel que realiza el verbo típico. Ej.: el que mata, el que viola, etc.

Critica: decir esto es muy entendible en la teoría, pero en el caso concreto no se sabe bien que es “realizar el verbo”. Ej.: en la violación, si uno sujeta y el otro realiza la penetración. La violación entendida como el uso de la fuerza y la penetración carnal. ¿Quién realiza el verbo típico? Cierto que para una teoría (medio vieja) la violación aparece como un delito de propia mano, solo el que realiza el acceso carnal es el autor. Pero si uno piensa la violación como violencia más el acceso carnal, los dos hacen aportes esenciales para ser autores de ese hecho. Otros problemas: Videla no mató a nadie y no torturó a nadie, pero sí creo todo el sistema que torturo y mato a mucha gente. Pero no realizó el verbo típico.

* Teoría subjetiva: es autor aquel quien tiene interés en la producción del hecho.

Critica: no puede depender de lo que la persona crea o quiera creer. Ej.: un caso donde había una chica, en el campo, que ocultaba un embarazo, y nadie sabía salvo la hermana. El bebé nace y la madre queda débil, pero le dice a la hermana que lo mate al bebe. Según esta teoría, la madre fue la que cometió el infanticidio, porque aunque la hermana (tia) llevó a cabo el hecho, el interés lo tenía la madre.

* Teoría del dominio del hecho\*: es autor aquel que domina la producción del hecho. No necesariamente el que crea el plan. Es de quien depende que el hecho se produzca.

En este sentido, entonces es posible pensar que también es autor de violación el que sujeta a la víctima, porque es autor el que hace que el hecho se produzca como se está produciendo.

* Teoría de infracción al deber\*: surge con los delitos especiales propios, aquellos que dependen de ser funcionarios públicos, y en los que el autor incumple un deber específico.

Es una teoría que también engarza con el delito de comisión por omisión, porque tiene una posición de garante y lo define como autor. Es autor aquel que teniendo la obligación de resguardar el bien, incumplió su obligación causando el resultado.

Si uno la expande un poco, se ve que tiene lógica para todos los tipos penales:

Todo tipo penal implica la infracción a un deber, sobre todo si empezamos a abandonar las teorías causales de la acción, para pensar en los delitos del código penal como teoría de imputación objetiva. Si yo quiero decir que una acción provoca un resultado lesivo, no recurro solo a explicaciones físicas, sino que a las normativas. Entonces es autor del delito, aquel que por la infracción a su deber le imputo normativamente una lesión. Para el derecho penal el autor es aquel que infringe un deber específico con relación a ese bien jurídico. Ej.: así como los guardavidas es autor de la muerte del que se ahogaba porque él tenía la obligación de salvarlo aunque el resto de los presentes sean nadadores profesionales. Cuando digo que la muerte del bañista se le imputa causalmente al bañero, es porque hago un razonamiento que no tiene que ver solo con quien domina los hechos, sino con quien tiene el deber de dominar los hechos. Entonces en el derecho, las imputaciones no son causales, sino normativas. Un resultado se imputa a una acción, cuando ese resultado es la concreción de un riesgo prohibido realizado por la acción. Autor es aquel que infringe un deber creando un riesgo que está prohibido.

\*Las dos teorías en pugna: principal el del dominio del hecho.

Entonces resulta que para ser autor del hecho se tiene que infringir el deber específico o tener el dominio. Resulta que históricamente se fue crenado un Modelo de autor, que no específicamente realizaba la acción sino aquel que de alguna manera dominaba el hecho sin cometer el delito.

¿Quién domina el hecho? **Lo domina el “Autor mediato”, que no es aquel que realiza de manera inmediata la conducta, pero hace que otro la realice en su lugar:**

* **Por coacción**.

Ej.: el marido golpeador le dice a la mujer que vaya y robe una botella de whisky, entonces la mujer va y lo roba ante la violencia a la que es sometida por su marido. Ella comete un delito en situación de inculpabilidad, esta coaccionada. Cuando se es autor mediato del hurto o robo, lo que hace es generar que otra persona cometa el delito por él, mediante coacción. Utilizando a un sujeto que resulta no punible por coacción.

* **Por error, mediante el error del otro lo lleva a cometer el delito**.

Ej.: típico caso del médico que le dice a una enfermera que le dé una inyección a cierto paciente a las tres de la mañana, el médico se va. La enfermera lo inyecta y el paciente se muere. Ella mata al paciente, tiene una autoría inmediata impune. Y el doctor es el autor mediato que mediante el error de la enfermera la lleva a cometer el delito.

* **Cuando se vale de un inimputable.**

De una persona que no puede ser penada, y mediante esa persona cometer el delito. Ej.: hacer que el nene de cinco años mate al perro del vecino. O de un loco.

**Como es el autor mediato, es el que determina el comienzo de ejecución del hecho.**

Ej.: cuando el marido le dice que le traiga la botella de Whisky, comienza la comisión del robo, no empieza cuando la mujer agarra el whisky. Porque ella está actuando bajo coacción de un autor que está determinando el hecho. Por la accesoriedad externa, el autor es el que comienza a ejecutar el hecho, entonces el autor mediato es el que determina el comienzo de ejecución del hecho. Si la persona sometida no comete el hecho, habría tentativa. En el caso de la mujer habría un concurso de amenazas contra la mujer con tentativa de robo.

En el caso del instigador no es así porque no utiliza la coacción, solo convence.

* **Cuarto caso: aparato organizado de poder… muy relacionado al estado (lesa humanidad)**

El autor inmediato si es punible salvo que obre por coacción. Y el autor mediato también.

Tanto Hitler como Videla no torturaron a nadie, por ello surgió una hipótesis por la doctrina alemana. Que es que, cuando una persona realiza un aparato organizado de poder, en el cual los autores inmediatos son fungibles, la determinación de lo que ocurre está dada por esta persona, en un sistema disciplinario donde puede determinar lo que cada uno puede hacer, esta persona es punible como autor mediato del hecho, y el autor inmediato también a menos que obre por coacción, amenazas, etc. Ej.: llevado a nuestra realidad hace 42 años. Hubo una discusión entre si el tribunal militar era instigador o autor.

**Obediencia debida:** no hay obediencia debida para órdenes claramente inmorales, o contrarias a derecho. Si puede haber coacción, entonces puedo ser no punible por el temor que implica no realizar el acto, pero no por obediencia debida.

**Dato** en el derecho penal internacional no existe la coacción como modo de ex culpabilidad. ¿*Que podría llegar a pasar en una organización mafiosa?* Donde el aparato organizado de poder no es tal como el de un estado, es más limitado, pero también es un aparato organizado no de poder estatal pero que si genera un efecto equivalente. El cuarto caso está pensado principalmente para delitos de lesa humanidad en el caso del estado. Lo que habría que pensar es si en esa estructura existe un sistema disciplinario de obediencia tan estricta de las órdenes del jefe. Si yo comprobara que existiera un equivalente ¿podría utilizar este sistema o solo en el estatal? No debería haber problema.

**Caso:** Mario y Esteban fueron a robar junto con Pedro a una joyería ubicada en el micro centro. Mario y Esteban concurren armados, Pedro que conduce el auto en el que espera a sus compañeros a la salida del local, sin que ellos lo sepan, lleva una pequeña pistola en su bolsillo. Llega la hora indicada y se da cuenta que Mario y Esteban se encuentran atrasados. Un policía se acerca al automóvil que Pedro mantiene detenido en un lugar prohibido. Y cuando está junto a él, Pedro reconoce a sus amigos saliendo del negocio, de manera que saca el arma del bolsillo, le pega un tiro al policía y recoge a sus amigos. Los tres huyen y el policía muere.El homicidio del policía ¿es atribuible a Pedro y Esteban? Ellos no sabían que Mario tenía un arma, pero ellos si llevaban armas. El que Pedro haya matado al policía es algo que podrían haber hecho ellos con su arma, entonces ¿hace que también sean responsables por la muerte del policía o su ignorancia sobre mi arma hace que no hayan colaborado en el aporte de Mario? El hecho se consuma gracias a la intervención, porque si no quedaba en tentado porque los detenían a los tres. Se benefician por su conducta que descubren en el momento que tenía lugar. ¿No podía ser encubridor Pedro? Solo se puede ser encubridor de un hecho en el que no se participa. Si se enteran en el momento del hecho y continúan con el plan, es un caso difícil, pareciera que son participes del homicidio en la medida en que la muerte de una persona en función de que el riesgo de muerte con el que contaban se tendría que haber dado adentro de la joyería por las armas que ellos llevaban, y no afuera. **Pensar.**

**CONCURSO:** *(Tema ligado a la mensuración de la pena)*

El problema principal es establecer cuando para el derecho penal hay una acción, y cuando hay varias, porque esto va a ser importante para determinar frente a qué concurso nos encontramos. Solo resulta fácil cuando hay un único movimiento corporal con el cual se completa el tipo objetivo. Unidad de decisión y ejecución. Normalmente los comportamientos que son atrapados por el derecho penal no son tan sencillos.

**Distintos criterios para tratar de establecer cuando hay una acción y cuando hay más de una:**

* **Cuando hay un único movimiento corporal:**

Esto no cierra, además que no se da en la mayoría de las veces. *Hay que pensar que hay muchas figuras penales que cuando describen la acción típica, abarcan varios movimientos corporales.* Ejemplo: violación. Exige violencia y acceso carnal, es decir, que cuando menos, hay dos movimientos corporales para concretar una única acción típica que conocemos vulgarmente como violación, por lo tanto este criterio no es adecuado para establecer cuando en el derecho penal hay una única acción.

* **Cuando hay unidad de resultado:**

Ejemplo, un terrorista pone una bomba y como resultado explota, la puso en un lugar concurrido y mueren 10 personas. ¿Cuantas acciones hubo? una sola. ¿Cuantos resultados? 10, porque hubo 10 muertos. *Parecería que asociar unidad de acción con unidad de resultado no es correcto, porque puede haber una única acción y sin embargo producir muchos resultados*.

* **El criterio de la unidad natural (Righi):**

Se tiene fundamentalmente en cuenta *la perspectiva del autor*, del que realiza la conducta. Y se tiene en cuenta también *la conexión temporal espacial*. O sea, se tiene en cuenta que según la perspectiva del autor que actúa en un determinado tiempo y espacio, hay varios comportamientos, varios movimientos corporales que configuran una única acción. *Bajo la perspectiva del autor, estos movimientos corporales, que son varios y se practican en un mismo tiempo y lugar, deben ser considerados como una acción única a la luz del derecho penal*. Entonces, por más que hay una apariencia de pluralidad porque hay varios movimientos corporales, partiendo desde la perspectiva del autor y de la conexión temporal (también quiere decir cercanía en el tiempo). El ejemplo de la violación: la violencia es ejercida para vencer la resistencia y lograr el acceso carnal. Hay una vinculación entre ambos comportamientos, ocurren en un mismo lugar, en un mismo espacio temporal, con una secuencia, de uno tras otro. Y desde la perspectiva del autor están unidos para lograr el mismo objetivo.

* **El criterio normativo:**

*Es cuando el criterio de la unidad natural, también es atrapado por la figura*. Ejemplo, la violación atrapa esos movimientos como constitutivos de una misma acción típica.

*Entonces, cuando varios movimientos corporales, tienen una conexión temporal y especial, tienen una vinculación entre sí, desde la perspectiva del autor son una acción única. Y además son considerados también como una conducta por el tipo penal en cuestión, podemos decir que estamos frente a una acción única.*

Ejemplos:

*Librar un cheque sin fondo*. La conducta de librarlo y la de no pagarlo, son dos.

*Diferencia entre robo y el hurto:* la violencia que se realiza que se realiza sobre la persona o sobre la cosa, para lograr el apoderamiento ilegítimo.

En el robo: rompo una vidriera, saco la mercadería y me la llevo. Fue un robo simple con fuerza en las cosas. Fue consumado porque pude disponer de ella.

Estas acciones son parte de la única acción de robo. La figura en cuestión exige ambos movimientos corporales.

El secuestro o privación de la libertad: es un delito permanente. Ahí el mismo texto exige varios comportamientos.

\*La perspectiva del autor tiene relevancia en cuanto es un primer eslabón para poder servirnos para determinar cuándo hay una acción, tiene que ser complementado por el criterio normativo. Si varios comportamientos que bajo la perspectiva del autor constituirían una acción única, a la hora de ver las figuras penales surge que hay más de un tipo satisfecho, no va a poder ser configurado como una única acción.

**CONCURSO IDEAL parte 1:**

Hay “*concurso ideal”*, cuando hay una única acción que encuadra en dos figuras penales, pero es una única acción, pero tiene la capacidad de encuadrar en dos figuras penales distintas. Y para responder a todo el desvalor de acción y de resultado, es necesario aplicar las dos figuras. Ej.: tentativa de robo agravada con el uso de arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de fuego. El ejemplo del homicidio preterintencional, es decir, dolo de lesiones y homicidio culposo, agarra este concurso ideal y lo transforma en una figura específica en el 81 inc. B CP. Si no existiera este homicidio preterintencional podríamos decir que hay una única acción que encuadra en dolo de lesiones en concurso ideal con el homicidio culposo.

**CONCURSO REAL parte 1:**

Es cuando hay acciones independientes, distintas, escindibles (separables), que pueden encuadrar en distintas figuras penales.

**EL CONCURSO APARENTE (impropio, aparente de leyes)…**

Es cuando no hay concurso. Cuando parecería que hay un concurso pero no lo hay. La aplicación de una figura desplaza a la otra. [Un “*concurso*” es cuando hay varias figuras penales, a un mismo hecho, o a varias acciones distintas.] ¿Por qué decimos que es aparente? Porque en realidad una figura su aplicación desplaza la otra. Ejemplo dado de hurto y robo. ¿Por qué es robo? Porque hay fuerza en la cosa. Si pasara lo mismo pero sin fuerza en la cosa ¿no sería hurto? Si. Entonces cuando hay robo, no podemos decir que hay un concurso ideal con el hurto. Hay un concurso aparente, porque lo desplaza, tiene las mismas exigencias con algún adicional. Al daño también lo desplaza.

*TODO ESTO ES IMPORTANTE POR LAS ESCALAS PENALES APLICABLES.*

Volvemos al ejemplo: El robo ¿puede ser con violencia a las personas? Si. Si yo robo y ejerciendo la violencia en la persona genero una lesión leve, uno puede decir que ese tipo de conducta satisface al robo que es la figura más exigente. ¿Qué vamos a aplicar? ¿Robo, hurto y lesiones? ¿O solo robo? Vamos a aplicar solo robo, porque es un concurso aparente. La aplicación de la figura robo desplaza a las demás. ¿Qué quiere decir “desplaza”? ¡La pena! Si el autor es condenado, va a tenerse que considerar la escala penal del robo, únicamente la del robo. *Además las otras figuras no van a tener ninguna incidencia no solo en la determinación de la escala penal, sino que tampoco en la individualización judicial de la pena, para dentro de la escala del robo alejarme del mínimo, porque son cosas que ya están contempladas en el robo.* ¿Qué pasa si esta única conducta que podría encuadrar en el robo, lesiones leves, no se puede aplicar al robo? Si por alguna razón no se acredita la violencia sobre la persona. Pero si se acredita el apoderamiento ilegítimo. No hay robo porque no se le aplica violencia a la persona, no habría lesiones leves, pero ¿habría hurto? Si. Ahí renace la figura desplazada. La figura en concurso aparente implica que se llega a condena por la figura más grave. Si en un juicio se cae la imputación de la violencia, que puede pasar, ahí dirías que aquella figura que parece desplazada renace. Pasa pero es excepcional.

***Estos concursos aparentes pueden ser por:***

* **Especialidad:** *hay una relación lógica de género a especie, de dependencia*. Hay una figura que tiene los mismos requisitos y alguno más. Si Juan mata a Pedro, hasta ahí habría homicidio. Ahora, si Juan mata a Pedro que es su padre, ahí habría homicidio agravado por el vínculo. Entonces, ¿qué es el parricidio? Es el homicidio agravado, es matar al padre, es una figura específica. El género es el homicidio, la especie seria ese homicidio agravado (el parricidio) por la cualidad de la víctima. En el caso de Juan mata a Pedro que es su padre, hay un concurso aparente entre el 80 inc. 1 y el 79. Y el 80 inc. 1 va a desplazar al 79, solo se aplica la escala penal del 80 inc. 1.
* **Subsidiariedad:** ej.: art. 150 CP: *“si no resultare otro delito más severamente penado”*, ahí se consagra una subsidiariedad expresa. Si ingresar contra la voluntad presunta del dueño a la vivienda, si cometes otro delito más severamente penado, se desplaza la aplicación de violación de domicilio y se aplica solamente el otro delito. **Ej.:** entras en el domicilio a la fuerza cuando los dueños están de vacaciones, hasta ahí está la violación de domicilio, si de paso te llevas todo lo que hay adentro es robo. Entonces el robo desplazará a la violación del domicilio, por subsidiariedad expresa, ya que el art. 150 CP solo resurge cuando no se aplica ninguna otra figura de mayor gravedad que tenga prevista una pena peor.

**Subsidiariedad expresa:** se aplica el 150 porque cumple lo que dice la norma, no hay otra figura más grave.

**Subsidiariedad tácita:** no surge de la letra de la ley, sino que surge de una interpretación de los tipos. Por ejemplo, art. 299 CP, que es el que conlleva los elementos para llevar a cabo falsificaciones.

**Art. 299 CP:** *sufrirá prisión de un mes a un año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer algunas de las falsificaciones legisladas en este título.*

¿Cuándo se aplica esta figura que es de peligro? Se aplica cuando no lo falsifique el documento todavía. En caso de ya haberlo fabricado 292 CP ya no se aplica porque la primera es de peligro y la segunda es de lesión al bien jurídico. Ahí hay una subsidiariedad tacita, no escrita expresamente.

* **Consunción:** *las infracciones progresivas, no hay una cuestión de relación lógica pero es cuando se avanza en un plan criminal, pero hay fases anteriores que son consumidas, absorbidas por fases posteriores*. Ej.: si empieza golpeando con dolo y termina matando, le vamos a imputar el homicidio, no le vamos a imputar que además las lesiones dolosas. Porque hay una progresión en la acción. Ejemplo con fines pedagógicos: Si alguien dispara contra otra persona y lo mata, obvio que le causo un daño en las prendas que vestía, porque el proyectil seguramente para poder ingresar en el cuerpo, perforó la ropa. ¿Qué le vamos a imputar? ¿Daño? Además de homicidio… Si fuera así solo se podría matar a alguien en la playa cuando está con el torso desnudo. Se le imputa por concurso aparente el homicidio y se desplaza el daño. Se llaman hechos acompañantes, es muy común que vaya uno de la mano del otro. ¿En el caso de un robo seguido de un homicidio que sería? Ahí veremos que hay dos posibles figuras aplicables. Esta el *“homicidio criminis causa”,*que es el 80 inc. 7, que es cuando matas para a apoderarte o por “este tipo me frustró el robo, no me gusta, lo liquido” (venganza), en cualquiera de los dos supuestos. En cambio, en una situación de robo, la víctima se resiste y lo mata. En ese caso en vez de aplicarse la figura del homicidio criminis causa porque no se mató por ser parte del plan, es decir, no se hizo para ni se hizo por venganza. Sino que fue una situación que se presentó en el robo, eso generalmente se considera *homicidio en ocasión de robo*, art. 165 CP. *Para un sector de la doctrina el 165 en una sola figura, en un solo tipo, han reunido un concurso real entre homicidio y robo*. Para aplicar el homicidio tiene que estar el muerto. Pero el robo puede quedar en grado de tentativa. Por eso hay toda una discusión. Tipo complejo compuesto.

**CONCURSO IDEAL parte 2:**

Hay una sola acción que puede provocar: Supongamos que yo quiero matar al vigilador de un museo importante, entonces pongo una bomba en el museo y lo mato, pero a la par destruyo un montón de obras y parte del edificio. Solo hice una acción. Ahí habría un concurso ideal entre homicidio doloso y daño (discutidamente agravado).

**Art. 54 CP:** *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor.* ¿Cómo sabemos cuándo una pena es más alta?

* Primero miramos que sea de la misma especie, ej.: pena de prisión.
* Segundo miramos cual tiene la pena más alta, o sea, vemos las penas máximas para efectuar el juicio comparativo.
* Tercero, si los máximos son iguales vamos a ver los mínimos, a ver cuál tiene el mínimo mayor.

¿Qué pasa elijo el tipo 1 porque el máximo es mayor pero resulta que su mínimo es menor?

La verdad es que un tipo realizó una figura que encuadra en dos figuras y es lo mismo que si no hubiera encuadrado en la otra porque le va a aplicar el mínimo de la figura que tiene el mínimo más bajo. Para evitar esta injusticia, que beneficiaria injustamente al autor, ***se habla de que el mínimo mayor tiene una función de clausura***. Esto quiere decir que la pena nunca podrá estar por abajo del mínimo mayor.

A veces, las dos figuras aplicables son distintas, eso se llama ***concurso ideal heterogéneo.***

Pero a veces es ***homogéneo.*** Ejemplo del colectivero: si un colectivero mata atropellando a cuatro personas por ir a exceso de velocidad habrá: homicidio culposo en concurso ideal con homicidio culposo, en concurso ideal con homicidio culposo, en concurso ideal con homicidio culposo. Si la figura es igual no habrá incidencia en la escala, pero ¿Dónde tendría incidencia? ¿Es lo mismo el desvalor de resultado en un muerto o en cuatro? Dentro del mínimo y el máximo si vos con tu única acción provocaste cuatro muertos, sobre todo en la opinión dominante que entiende el desvalor no solo se considera el de acción sino también el de resultado, la verdad es que no es lo mismo haber causado una muerte que cuatro.

Si lo consideras con dolo es de 8/25 años. El máximo es de 25. Si lo consideras con culpa es menos.

EL MÁXIMO DEL CONCURSO PENAL, HOY ES 50 AÑOS. Antiguamente eran 25 años.

**CONCURSO REAL parte 2:**

**Art. 55 CP:** *Cuando concurrieren varis hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos.*

*Sin embargo,* ***esta suma no podrá exceder de (50) cincuenta años de reclusión o prisión****.*

Concurso real es que hay dos acciones que son independientes, escindibles, que sean posibles de ser juzgadas en forma conjunta (cuestión procesal). Ejemplo: Voy a robar con arma, voy al kiosco número 1 y encañono a quien lo atiende, le sustraigo la recaudación y me voy. Continúo el recorrido, voy al kiosco número 2 y repito la maniobra. Hago lo mismo con un kiosco 3 pero me detienen y queda en grado de tentativa. ¿Cuántos hechos fueron? Fueron tres: robo con arma consumado, robo con arma consumado y robo con arma en tentativa. ¿Estos tres hechos pueden ser objeto de una misma causa? Si. ¿Pueden ser objeto de un mismo juicio oral? Si.

*Bueno, por eso hay un concurso real. Porque son hechos separables, escindibles, independientes y que pueden ser objetos de un mismo juicio*. No hay un dolo unitario. Este sería un concurso real homogéneo, todos los hechos encajan en una misma conducta.Si fuera un robo con arma, un hurto y un homicidio serian un concurso real heterogéneo.

La pena a imponer: el mínimo mayor.

El máximo: la suma de los máximos. Si da menos de 50 ese es el máximo de pena. Si da más de 50 me paro en 50.

El máximo del concurso ideal depende de la figura en cuestión.

Volviendo a los robos*, no importan que todos sean en la misma noche, sino que todos sean anteriores al momento del juicio oral*. Porque eso es lo que permite juzgarlos de forma conjunta. Si lo condenan por los hechos, va a tener que utilizar al regla del 55, mínimo mayor y para el mayor la suma aritmética. ¿Qué pasa si uno de los hechos se cometió en provincia? Ahí habría un problema territorial porque si lo condenan por los demás en capital, y también lo condenan en provincia, después puede que haya que hacer una unificación de las condenas. Es una cuestión que tiene que ver cuando hay un concurso real y que por estas cuestiones de diferencia de territorio no pudieron ser objeto de un mismo juicio. Eso el **art. 58 CP** lo establece como *unificación de condena* en algunos supuestos que solo se pueden hacer a pedido de parte, para que un juez dicte una única condena que abarque todos los hechos y que imponga una pena total. Cuando no hay concurso real, lo condenaron por hechos anteriores, sale en libertad condicional y vuelve a cometer otro delito, ese ya no está en concurso real, porque ya hubo una sentencia.

**DELITO CONTINUADO:**

Ejemplo de manual (súper repetido): Una chica quiere sustraer un collar de perlas, quiere sustraer el collar, no quiere sustraer una perla. Ahora, por una cuestión de conveniencia el plan es todos los días llevarse una perla. ¿Que se le va a poner, 20 hurtos? Ahí lo que se hará es una construcción, un delito continuado. Pero para ello del dolo tiene que estar desde el momento inicial, el dolo es global. El delito continuado esta criticado. La doctrina alemana ahora dice que se creó para evitar la desproporcionalidad de la pena. No es lo mismo sacar 100 que mil. Pero no es lo mismo que tirarle los 10 hurtos.

**LA CONDENA CONDICIONAL Y SUSPENSION DE JUICIO A PRUEBA (probation):**

El hecho de que una persona tenga pena de prisión no quiere decir que efectivamente vaya preso, porque todavía pueden pasar algunas cosas en el medio. Pueden pasar dos cosas:

* Condena condicional

Una persona va a juicio, se la declara culpable y tiene condena firme. Pero como la pena es baja, no se aplica por ciertas razones, y queda en suspenso, queda como la espada de Damocles sobre su tu cabeza por un tiempo, si te portas bien luego de un tiempo desaparece. Pero este condenado, si te mandas alguna, vas preso.

* En la suspensión de juicio a prueba

Aquí no hay condena. Es una suspensión de aquel juicio por el cual una persona puede ser condenada. *El estado dice que como no es un delito súper grave, da la posibilidad de que, aunque estén en el medio del proceso, hagan un arreglo entre todos y lo detenga ahí el proceso. Lo suspenden. Se cumplen los requisitos del pacto que hicieron ese juicio y si todo se cumple, la causa se cierra pero nunca se llega a una condena, lo sobreseen. Extinguimos la causa y queda como inocente. Como el hecho no es tan grave no quieren llamar testigos, producir prueba, etc*. Solucionamos este conflicto fuera del derecho penal mediante el pacto que hacemos y no necesitamos que esta persona vaya presa.

**Condena condicional, art. 26/28 CP**: aquella condena que si no es mayor a tres años de prisión, puede quedar en suspenso. En el código penal hay diferentes escalas de delitos. Lo que defina la *condena condicional es la pena que me van a poner en el juicio*, en la sentencia. La escala penal no define esto. El estado o la comunidad entienden que imponer una pena de prisión es algo tan grave, que si el conflicto no es de tan relevancia, que no la aplican.

Pequeña relación entre excarcelación y condena condicional: nadie mantiene preso a una persona a la que le pueden aplicar condena condicional. Es más gravoso el proceso que la prisión preventiva.

**Requisitos art. 26 CP:**

* ***Pena que no supere los tres años***. Requisito formal. En la escala tiene que tener como mínimo 3, a menos que logre que me pongan tentativa y el cálculo de 3 o menos.
* ***No tener condenas anteriores***. Debe ser ***primera condena***.

[Salvo que pasen 10 u 8 años de la última condena.]

* ***Darse ciertas circunstancias específicas***:

1. Personalidad moral del autor.
2. Actitud del autor posterior al delito.
3. Motivos por los que delinquió.
4. Naturaleza del delito.

El código dice que si se dan los requisitos, el juez tiene que fundar, bajo sanción de nulidad, porque le da una pena en suspenso.

**Fallo Squilario*:*** *fundar “porque no” se le pone una condena condicional a una persona que delinque por primera vez y tiene de condena 3 años o menos*. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que en caso de primera condena a una pena igual o menor a los tres años de prisión, los jueces deben explicar por qué no la dejan en suspenso (es decir, por qué no la fijan con la modalidad de ejecución condicional). Da vuelta el régimen del código. En las prácticas tribunalicias, la primera condena, si tiene 3 o menos, es condena en suspenso. Por ello se cambia el criterio del código y dicen que deben fundar porque no le pone pena en suspenso. Le pusieron una pena de multa y una inhabilitación para ejercer por 3 años.

*\*Si no se justifica el que no se le aplique la condena condicional, la sentencia es nula*.

\**Pena de multa y la inhabilitación no son en suspenso*. Solo la de prisión.

Hay penas que son de prisión y de inhabilitación, por eso en estos casos la de prisión va en suspenso y la inhabilitación a cumplir. En la parte general, la inhabilitación el juez, a pedido del fiscal, puede incluirla como pena accesoria. *Los delitos que no tengan inhabilitación, si para el caso concreto, por la forma en que se cometió el delito implica una imprudencia en determinado arte o profesión se le puede poner la inhabilitación aun cuando no esté prevista.*

**Para poder tener de nuevo una pena en suspenso**:

Si los dos delitos son dolosos, deben pasar 10 años.

Si uno de los delitos es culposo, son 8 años.

Supongamos que me detienen por el robo de un reloj, y tengo 3 años de condena en suspenso.

Si pasan ***cuatro años*** desde que se me impuso la condena condicional, ***y no se me revoca***, deja de colgar sobre mí la espada de Damocles que era la condena, ***se tiene por no pronunciada***.

**ND1**: Si dentro de esos cuatro años, cometo cualquier delito, la condena será, la del primer delito más la del nuevo, se acumulan. Como la condena está en suspenso, no la cumplió nunca, por eso durante ese periodo no deben delinquir y si lo hace se le sumará.

**ND2**: Si delinco luego de pasados los cuatro años, ya no se me aplicará la pena en suspenso que tenía, pero no se me puede volver a declarar otra pena en suspenso, porque no pasaron los 8 o 10 años.

**ND3**: Si cometo un nuevo delito pasados esos 10 u 8 años, me pueden volver a poner pena en suspenso. Pasado este plazo, ***no cuenta como antecedente penal a estos efectos***.

**Art. 27 bis, lo que le pueden imponer como *reglas de conducta* a cumplir durante 2 a 4 años, pueden ser todas o algunas:**

* Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.
* Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con ciertas personas.
* Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.
* Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.
* Realizar estudios o prácticas necesarias para su capacitación laboral o profesional.
* Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
* Adoptar un oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.
* Realizar trabajos no remunerados a favor de la comunidad.

Si no cumple con alguna de estas conductas activas, dentro de ese plazo que puede ser de 2/ 4 años, le pueden aplicar la condena. Todo esto es aparte del plazo en el que no debe volver a delinquir. Hay posibilidad de justificar porque no se cumplió con las reglas de conducta. Tiene un grado de maleabilidad que no tiene la pena. El profe cree que se pueden imponer otras reglas de conducta según se requiera, pero hay otros que dicen que no porque viola el principio de legalidad. Con la condena condicional no puede ser reincidente.

**SUSPENSION JUICIO A PRUEBA art. 76 bis CP:**

Hasta hace dos o tres años, la suspensión de juicio a prueba era un instituto que estaba regulado en el código penal, según el cual, lo que dijo el legislador fue “renunciemos a juzgar a la gente cuando los delitos tienen una pena baja”. Sin llegar a condena.

Suspenden el juicio y si se porta bien, lo declaran inocente y lo cerramos todo.

Lo que dice el estado es que no necesita esa clase de conflictos, ejemplo, uno le roba la bicicleta al otro, con que le devuelva la bicicleta y se amiguen basta, archivado.

Como estado le interesa intervenir en los conflictos para neutralizar el conflicto social, no para perseguir al que robo un champo. Fue una forma en que el estado dijo:

1. Cuando los delitos tienen ***menos de tres años de prisión en su escala penal***, porque acá no hay condena.
2. O cuando teniendo una pena más alta, el ***mínimo*** por ser de ***tres años de prisión*** me ***permitiría la condena condicional***. Y ***el fiscal está de acuerdo con que haya condena condicional***.

Podemos suspender el juicio a prueba. *El imputado ofrece una reparación y la victima lo acepta, o al juez le parece que es una reparación razonable*. Se puede reparar el daño poniendo plata y se da por reparado. *Se aplican las mismas reglas de conducta que en el 27 bis, pero de 1 a 3 años*. Si cumple con las reglas, el juez lo cita después del plazo, se cierra la causa, se archiva, se sobresee. Queda inocente y se va a su casa. *No se puede tener otra suspensión de juicio a prueba hasta dentro de 8 años. Solo se lleva adelante cuando el imputado lo pide*. Si no la pide no se puede aplicar. Se le puede denegar pero no se le puede imponer. La suspensión del juicio a prueba significo en nuestro derecho penal, un quiebre en la tradición que siempre tuvimos en que todos los delitos se persiguen, se juzgan y se condenan.

Cuando apareció esto, lo novedoso fue decir “no persigamos todo, nos vamos a volver locos, saquemos partes del proceso penal afuera”. Fue la primera vez que el estado dijo “no voy a perseguir”. Solo interesa resolver el conflicto. Es un proceso que esta encabalgado al derecho penal con el derecho procesal de cada provincia.

**Art. 76 CP**: ***a partir del 2015 con la reforma, la suspensión del juicio a prueba que era un instituto del código penal, paso a ser un instituto del código procesal de cada provincia y en subsidio del código penal argentino***.

Que conozca el profe, ninguna provincia tiene la suspensión de juicio a prueba regulada. Una de las razones de este instituto era el racionalizar el abandono de los expediente, había tanto trabajo en la justicia que los expedientes se sumaban y después prescribían las causas.

***Fallos del 23/4/08 se dictó el fallo acosta***: problema (adrede) de redacción, si la suspensión de juicio a prueba solo regia para la escala con máximo de tres años o también para aquellos que teniendo un máximo superior de tres años pudieran tener condena condicional. Párrafo 1 y 4. Al final la corte dijo que corresponde para los dos. No en Acosta: Otra duda, cuando dice “no corresponde la suspensión de juicio a prueba para delitos que tengan pena de inhabilitación. Quita a casi todos los delitos culposos que traen pena de inhabilitación. Jurisprudencia mayoritaria: si la condena de prisión viene con la de inhabilitación se puede suspender el juicio a prueba, a veces exigiendo la auto-inhabilitación.

***23/4/13 fallo Góngora:*** famoso fallo de la corte que decía que la suspensión de juicio a prueba *no corre para los delitos de violencia de género*.

**MENSURACION Y GRADUACION DE LA PENA:**

El *momento judicial en el que el juez va a decidir la pena a imponerle a la* persona que ya fue declarada penalmente responsable de un acto típico, antijurídico, culpable y punible. El hecho se cometió y esta persona es responsable.

Dado que el código penal nos da escalas, en la mayoría de los delitos, dentro del homicidio simple, por ejemplo, que la escala va de los 8 a los 25 años. *¿Cuál es la pena en concreto que una persona va a merecer de reproche?* El problema que nos encontramos en nuestra legislación es que los artículos que vienen a regular la determinación judicial de la pena, más allá de lo que les compete a los legisladores que es la determinación de las escalas aplicables a cada delito en función de la política criminal, en virtud del bien jurídico tutelado, la gravedad del delito. *Partiendo de la base de que el legislador lo que nos da son escalas*, que en general son bastantes amplias, la pregunta sería *¿Por qué un homicidio merecería la pena de 8 y otro la pena máxima de 25 años?* Todos esos problemas, nos lo intenta solucionar en algún punto los **arts. 40 y 41 CP**.

**Nosotros tenemos un “Sistema flexible”:** es decir, deja al arbitrio judicial, del juez, la determinación judicial de la pena.

* Más allá de que estemos adentrándonos en un *sistema acusatorio* de lo que es la órbita federal (y de que muchas provincias ya tienen códigos plenamente acusatorios*), es juez va a decidir en virtud del pedido de las partes*. Es decir, si estoy en una audiencia y el fiscal pide una pena de 15 años, el juez no puede ir más allá, en principio, de lo que pide el fiscal. *Marca el tope*.
* *El pedido del fiscal, ata de manos, en principio, al juez* por una cuestión de imparcialidad, de derecho de defensa. Si el juez te pone una pena más allá del pedido del fiscal, en principio nos encontramos con un juez bastante parcial. El fiscal puede ver la verdad donde el juez no la vea.
* *Hay veces en que el mínimo es tan alto que parece hasta irrazonable la sentencia.*
* *Tiene estándares vagos*, no queda claro, dentro de los parámetros que delinea, cuáles pueden ser considerados como *agravantes* y cuáles pueden ser considerados *atenuantes*. *Si son vinculantes efectivamente para el juez*.

Mientras que nos encontramos con sistemas que limitan 100% la actuación judicial a la hora de la determinación de la pena. En estados unidos hay un sistema rígido, los jueces tienen una grilla para determinar la pena. Los jueces federales utilizan guías a la hora de determinar la pena, obviamente se acompaña con una serie de reglas que explican en función de qué criterios se basan. En paralelo se consideran también todas las circunstancias personales, en los antecedentes que trae la persona. El margen para variar la pena es muy poco. Incluso hay una ley en california que dice que con tres delitos de cualquier índole, determina que la persona va a ir presa de forma perpetua.

Todo sistema rígido puede tener pros y contras, pero un sistema muy flexible también. Un sistema muy flexible puede llevar a una arbitrariedad muy manifiesta y así mismo, al darle la posibilidad al juez de poner el mínimo o el máximo, da la posibilidad de dar una respuesta adecuada. A diferencia de un sistema muy rígido que a veces, en algunos casos, no nos permite dar una respuesta adecuada a la circunstancia personal de la persona. O si estamos ponderando antecedentes a la hora de ubicarnos en las escalas que tipos de antecedentes tenía. Ej.: tenía un delito culposo, ahora lo están juzgando por un delito doloso. ¿Vale un delito culposo como antecedente para agravar la pena?

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

Atender a circunstancias atenuantes y agravantes.

**Art. 41 CP:** *A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

1. *La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado.*

Se refiere más que nada a las características del hecho. Este sería un tramo objetivo de evaluación de pena. Atiende exclusivamente a las características del hecho por el cual esta persona fue condenada.

1. *La edad, 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.*

Pareciera estar escrito a modo de prescripción, pareciera ser una obligación por parte del juez, *y “a los efectos del artículo anterior se tendrá en cuenta” ¿dice “bajo pena de sanción” o “bajo pena de nulidad”? ¿Dice que es obligatorio?* Pareciera que no, pareciera que son simplemente, *lineamientos que tiene que tener en cuenta en juez*. Por ahora, parece que seguimos en un estándar bastante liberado al estándar del juez.

**Dos casos en los que la calificación legal es la misma**: “Robo con armas consumado”, art. 166 inc. 2, la escala penal aplicable es de 5 a 15 años. Vamos a asumir que estas personas tienen que tener si o si una pena de efectivo cumplimiento porque por la escala parecería que es indudable.

**Caso A:** *Juan tiene 19 años, no terminó el primario porque se tuvo que encargar de sus hermanos desde pequeño. Es consumidor de pasta base regular. Un día durante la mañana se queda sin plata y sale de su casa, con un cuchillo tramontina sin filo y se cruza con un joven de treinta años, más grande físicamente que él, y le exige el cuchillo, le exige que le entregue cuarenta pesos, a lo cual su víctima accede. Luego se escapa de allí, y a las pocas cuadras es detenido con la pasta base en su poder.*

**Caso B:** *Eduardo tiene 35 años, terminó el secundario y durante la mayor parte de su vida se dedicó a trabajar de panadero. Un día decidió que ello no le redituaba lo suficiente, y con un filoso cuchillo para asado, salió por la noche a robar. En su camino se cruza con una mujer con un avanzado embarazo, de unos ocho meses aproximadamente y decide increparla, la amenaza e incluso le corta un poco el brazo. Y con gritos de por medio, le saca todas sus pertenencias y la arroja al piso, todo ello a pesar de que ella le dice que le va a entregar todo lo que poseía sin resistirse. Luego se escapa y a las pocas cuadras lo detienen pero ya sin las pertenencias de la víctima.*

**Aclaraciones:**

**Grupo del caso A**, llegaron a pedir la pena de 5 años porque: Atenuantes para llegar al mínimo:

* Expresamente la corte lo tiene dicho en el *fallo Maldonado* en el 2005 “*No podemos volver a valorar como agravante una cuestión que ya está descripta en el tipo penal*”.
* Esto es un robo con armas, por lo tanto *la utilización del arma ya está incluida como agravante del tipo básico robo*.
* *El tipo robo, dentro de su descripción, ya subsume las lesiones que se puedan dar en el robo*. El robo se deriva del hurto pero con violencia sobre las cosas o sobre las personas, por eso *las lesiones leves (art. 89)* que se produzcan en el robo, quedan subsumidas en el robo. Entonces, tampoco podemos valorar las lesiones en principio.
* El arma, *el poder vulnerante del arma pareciera que no es tan fuerte como un cuchillo para asado que debe ser mucho más grande*.
* *El arma no tenía filo,* así que no podía llegar a causar mucho daño*, no corría mucho peligro la persona.*
* *Tampoco fue especialmente violenta con él, no incurrió en exceso de violencia.*
* El momento y el lugar en que se comete el hecho, se valora favorablemente el día. *En general la oscuridad suele ser utilizada como agravante (o no) a los fines de hacer un examen de la pena. El hecho de que sea de día, no es necesariamente a favor, pero pareciera que el imputado no quiso poner a la persona en peor situación de vulnerabilidad*. Incluso se hablaría de una maniobra bastante tosca.

Aunque la persona no sabe si tiene filo o no el arma se asusta igualmente, pero la pregunta es si la persona se encontraba igualmente en una situación de peligro.

No es el mismo peligro el de un cuchillo que no es apto para cortar, y uno que sí, y que efectivamente corta como en el caso B.

* *Era adicto*.
* *Sin educación*. Se ve limitado a la hora de tomar decisiones. Tiene que ver con el principio de culpabilidad, lo dice la corte en el fallo Maldonado (fallo Garrone, continuación de Maldonado), dice “*la medida de la pena no puede exceder la del reproche por haber escogido el ilícito, cuando el autor tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, la pena debe ser proporcional al injusto, proporcional a la culpabilidad del autor, lo cual se determina según el ámbito de autodeterminación*”.
* Pareciera en principio que una persona *que tiene 19 años*, que *acaba de superar la mayoría de edad*, que es adicto, que *no tiene contención familiar*, que *se tiene que hacer cargo de sus hermanos*. Y que en principio no tiene el mismo ámbito de autodeterminación que tenemos nosotros o que en el caso B.
* La víctima era más fuerte.

**Dentro del código penal no hay criterios de donde arrancar a evaluar la pena. Pero judicialmente se fueron desarrollando distintos criterios, no todos los jueces tienen los mismos:**

1. Algunos ***arrancan en el mínimo*** y a partir de ahí desarrollan criterios de aumento porcentual de acuerdo a los agravantes. Los agravantes suman un 20% y los atenuantes disminuyen un 10%.
2. Si ***arrancamos del máximo*** (muy pocos jueces hacen esto), es a la inversa, cada atenuante disminuye un 20% y cada agravante aumenta un 10%.
3. Pareciera que lo más acertado es ***arrancar desde el medio***, y brindar porcentuales iguales a los agravantes como a los atenuantes, 10%.

Esto es muestra de un sistema flexible con pocas pautas, las dudas que surgen respecto al punto de que puede ser considerado agravante, que puede ser considerado atenuante e incluso el poco interés que tiene la corte suprema en meterse a la hora de delinear este tipo de parámetros. Es muy difícil encontrar sentencias que estén realmente fundadas en determinación judicial de la pena. Muchas sentencias son devueltas para que se funde la decisión, solo invocan genéricamente el art. 41, eso no basta. Estamos en un estado republicano y el condenado tiene derecho a saber porque tiene 5, 10 o 20 años de condena, el juez tiene el deber de fundar su condena, más allá de que tengamos una norma bastante vaga al respecto. Los parámetros del 40 y el 41 son positivos en cuanto dejan libertad al juez, pero en la medida en que el juez sea claro en cómo llega al número que llega. Falta regulación, falta claridad en cuanto a los parámetros vinculantes del peso de los agravantes y los atenuantes.

*Surgen algunos problemas respecto a si se puede valorar la peligrosidad del sujeto tal cual lo prescribe el 41. Si se pueden valorar los antecedentes penales a la hora de grabar la pena. Y sobre todo la reincidencia. Corte en Maldonado: la expresión “peligrosidad” no puede habilitar valoraciones contrarias al principio de inocencia. ¿Puede hacer un juez futurología sobre la futura conducta delictual de la persona?* Cuando somos seres humanos que evolucionamos. Pareciera difícil, y más si sobre esa base agravamos. Parece dudoso.

*Antecedentes condenatorios se valoran, no los que están en trámite*.

Una postura: Muchos jueces dicen que pueden valorarte los antecedentes condenatorios porque también te pueden considerar a favor el que sea primario. Si ya estuvo en la cárcel y ya tuvo tratamiento penitenciario y aun así volvió a delinquir.

Otra postura:Entienden que no se puede valorar un antecedente condenatorio, porque uno debe ser condenado por lo que hizo no por lo que es. Nosotros tenemos un derecho penal de acto, el art. 19 CN lo que reprime son las acciones que perjudiquen a los terceros.

**REINCIDENCIA:**

**Art. 50 CP:** *Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delitos 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 la extradición. No dará lugar a la 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 aquel por la que fuere impuesta, que nunca excederá los diez ni será inferior a cinco.*

La reincidencia es un instituto regulado en el código penal, aplica a todas las provincias.

**Requiere:**

* ***Una condena de efectivo cumplimiento***, es decir, la condena de ejecución condicional no puede ser tomada a los efectos de la reincidencia.
* ***Que haya sido cumplida total o parcialmente***.

**Ejemplo de total:** Si a Juan lo condenan a un año de prisión el 15/6/16 y sale el 15/6/17, la pena ha sido cumplida en su totalidad, o sea, que aquí tenemos un antecedente que podría ser tomado a los efectos de la reincidencia. Supongamos que Juan el 15/6/18, tiene la mala suerte de que lo agarran cometiendo un nuevo delito, lo condenan rápidamente a una nueva pena de un año. Acá no solo lo van a condenar a un año, sino que le van a sumar el plus de la reincidencia, porque tiene una pena anterior, totalmente cumplida en detención, y no paso el p-*lazo de caducidad del artículo 50 que lo que prevé es que a los fines de declararte nuevamente reincidente tienen que haber pasado un mínimo de cinco años. Nunca puede ser menor a cinco años el plazo de caducidad, ni mayor a diez. O será igual al monto de pena por el cual te condenaron*.

**¿Cuánto hace falta para que sea parcial? ¿Cuánto hace falta que cumpla de la pena de un año a los efectos de declararlo reincidente?**

Hay doctrina para todo:

* Hay jueces que entienden que con un día como condenado ya podes ser declarado como reincidente.
* Hay otros que entienden que el mínimo de la pena prevista por el código penal, que son cuatro o cinco días (esto lo plantea el doctor García) ya podes ser declarado reincidente.
* Hay posturas un poco más estrictas que piden dos tercios de la pena, así que en este caso se tendría que haber ido a los 8 meses maso menos.
* Hay quienes piden un periodo de prueba.

**¿Cualquier tiempo sirve a los efectos de declararte reincidente?**

Supongan que Juan queda detenido el 15/6/16, le dicta prisión preventiva y queda preso hasta el 15/8/16 (dos meses en prisión preventiva) pero su condena se dicta y queda firme ese mismo día. A él le resta cumplir de su año todos esos meses. *El tiempo que estuvo en prisión preventiva, no puede ser tomado a los fines de la reincidencia. Solo el tiempo en que tuvo la condena firme*. Suponer que él estuvo en preventiva desde el 15/6/16 hasta el 15/6/17, en el medio se dictó sentencia pero nunca quedó firme porque se fue hasta la corte, siguió recurriendo y quedó firme recién ahí. A él lo condenaron a un año pero hay supuestos de excarcelación donde vos cumplís el tiempo por el que te condenaron por más que no esté firme la condena, te van a tener que dar la libertad provisional hasta que quede firme la sentencia. Entonces*, si a él le queda firme la condena firme a posteriori del vencimiento de su condena, más allá que haya sido cumplida en prisión preventiva, no le puede ser computado a los fines de la reincidencia*. *Todo esto lo dice la corte en Manini*. *Si estuvo en calidad de preventivo, un tiempo mayor que el requerido, a los fines de la declaración de reincidencia, entonces no puede ser declarado*. Entonces, necesitamos una pena de efectivo cumplimiento en calidad de condenado que haya cumplido total o parcialmente, y que respete el plazo de caducidad.

El plazo son 5/10 años ***desde que agota la pena***.

**Efectos de la reincidencia:**

1. **Para muchos jueces es causal de agravamiento de la pena.**

Para la propia ley agrava la pena, más allá de todas las defensas que te puedan invocar (principio de culpabilidad, de la proporcionalidad de la pena, el derecho penal de acto, el ¿nemesi liden?, objeciones constitucionales). “Se agrava en respuesta al desprecio que muestra la persona al volver a delinquir teniendo la posibilidad de conocer la pena”.

1. **Impide el acceso a la libertad condicional art. 13 CP.**

Que es un instituto liberatorio al que se accede con dos tercios de la pena, con el cual si te lo conceden no terminas de cumplir con la pena en prisión. *Esa prohibición surge del art. 14 CP*.

**La corte, fallo Arévalo:** Dijo que “*el instituto de la reincidencia en sí mismo, es un instituto que no infringe ningún precepto constitucional*” y en el caso concreto del art. 14 “*se entiende justamente que el hecho de que en una condena anterior la persona ya haya recibido tratamiento penitenciario y que a pesar de ello haya reincidido, exige una mayor rigurosidad en el tratamiento nuevo, por eso se le obstaculiza la libertad condicional, en pos de brindarle un tratamiento penitenciario más riguroso*”.

**Fallo Garrone:** La Sala de la Cámara de Apelaciones resolvió confirmar parcialmente el fallo de primera instancia que condenó a Ángel Bernardo Garrone por ser coautor de robo en poblado y en banda reiterado -dos hechos- en concurso ideal, el primero de ellos, con lesiones leves, y elevar la pena a cuatro años de prisión. Contra esa resolución se interpuso recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la queja in pauperis, presentada por Garrone. Se condenó a Ángel Garrone por dos hechos: El 25 de octubre de 1990, en un tren junto con otros tres jóvenes exigieron a Gustavo Ramón Rivero que les diera el dinero que llevaba, y al no tener nada consigo, le sacaron un mazo de naipes y lo obligaron a bajar, en plena marcha, causándole lesiones leves. Luego a bordo de un tren que acababa de salir de Retiro, asaltaron a Orlando Ramón Olmedo, le quitaron siete casetes y lo hicieron bajar. La defensa se agravia porque la cámara en lo criminal, a pedido del fiscal general, aumentó la pena que se le impusiera a Garrone, de tres años de prisión en suspenso a cuatro años, alegando los siguientes motivos: a) El tiempo transcurrido desde la iniciación de la causa (casi quince años) y desde el dictado de la condena (más de diez años). b) La circunstancia de que el a quo no conoció personalmente al imputado. c) El descuido de las pautas subjetivas favorables que tuvo en cuenta el juez de sentencia, y, por el contrario, la mención de una supuesta "peligrosidad", concepto inadmisible desde el punto de vista constitucional. d) La modificación de la plataforma fáctica de la sentencia, consolidada por la falta de recurso de la fiscalía (se cambió la acción de "obligar a descender" del tren por "arrojar del tren a toda marcha" y "golpear salvajemente". E) La invalidez de la apelación fiscal de una sentencia condenatoria. En el lapso en que Garrone no estuvo a derecho en esta causa, fue objeto de otra condena y de la apertura de un nuevo proceso, el que se encontraría en trámite, por lo que, al menos en el primer caso, corresponde unificar las penas con la probabilidad de que se haga una composición de ambas. Sin embargo, esta situación sólo puede considerarse transitoria con vistas al futuro, no quita actualidad ni permanencia al objeto justiciable, y no exime de considerar si en el sub judice hay cuestión federal y, por ende, si procede la oposición defensiva al aumento de la sanción. En este sentido, se considero que resulta aplicable al caso, por lo que explicaré a continuación, la doctrina del Tribunal que sostiene que "si bien el ejercicio de la facultad de los jueces de la causa, para graduar las sanciones dentro de los límites ofrecidos para ello por las leyes respectivas no suscita, en principio, cuestiones que quepan decidir en la instancia del artículo 14 de la ley 48, cabe apartarse de dicha regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, se tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa". El juez de primera instancia, al determinar la pena, alegó tener en cuenta las características, modalidades y consecuencias del obrar de los imputados, el perjuicio ocasionado, las edades, el nivel de instrucción de cada uno de ellos, las conclusiones de los respectivos informes ambientales, y con respecto a Garrone, la "excelente" impresión que se formara en la audiencia de conocimiento personal. Agregó que tales pautas lo persuadían de que la pena debía suspenderse, teniendo en cuenta, además, el tiempo ya sufrido en detención, y la inconveniencia de reintegrarlo a la vida carcelaria, pasado tanto tiempo de su soltura, pues era factible que hubiera logrado su inserción laboral y orientado su vida por carriles honestos, tal como se lo hiciera saber personalmente. Asimismo, el período soportado en prisión seguramente le habría servido de advertencia suficiente para no recaer en el delito. La cámara, a su vez, elevó el monto basándose en la simultaneidad con que los enjuiciados perpetraron los dos atracos y la gravedad con que uno de ellos fue consumado, arrojando a un hombre del tren a toda marcha, mientras era golpeado salvajemente. Invocó, según las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal, el grado de responsabilidad, la peligrosidad evidenciada y el antecedente que registraba, cuya sanción -dijo- se deberá unificar con la pena impuesta en esta causa. En mi opinión (procurador), el a quo incurrió en una valoración arbitraria de los elementos causídicos.

El "antecedente" citado no es tal, por la sencilla razón de que la condena fue impuesta después de varios años de dictada la presente, por un hecho cometido con posterioridad a los que aquí se juzgan. De seguir esta tesitura, una segunda condena serviría para elevar la pena de la primera no firme, lo que es irracional, pues, como ya se dijo, no sería entonces un "antecedente", sino un delito futuro con efectos retroactivos gravosos, más allá de lo que permite la ley penal. Para remarcar la gravedad del hecho, se dice que los autores culminaron el robo "arrojando al hombre del tren a toda marcha, mientras lo golpeaban salvajemente". Ahora bien, esta descripción de la cámara, no condice con la de la sentencia, de la que la alzada no se debió apartar sin dar los fundamentos adecuados. Por consiguiente, estos extremos perjudiciales para el imputado, mal pudieron ser usados para aumentar la pena. Los jueces de la cámara no cumplieron con lo que V. E. llama "la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena", según lo establece el artículo 41, inciso 21, in fine, del Código Penal, "regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada". Con respecto a la peligrosidad -categoría a la que echa mano la cámara postula V. E. que, aun cuando se la admitiera por hipótesis dentro de nuestro sistema constitucional, el pronóstico de conducta no podría hacerse intuitivamente por el tribunal, sino en base a un serio estudio o peritaje psiquiátrico o psicológico. Y esto puede aplicarse a este caso, donde se eleva la pena impuesta a un condenado, después de 15 años de cometido el hecho y de 12 de que se le impusiera la condena en primera instancia, y sin más herramientas que los informes personales obtenidos al inicio de la causa. Considero que pasado tanto tiempo, la supuesta "peligrosidad" extraída solamente de la modalidad del hecho, queda sin fundamento subjetivo, por lo que no es posible trasladar tal valoración a su actual situación de la que nada se sabe -más allá de la nueva condena- teniendo en cuenta la cambiante evolución del ser humano.

**DELITO CONTINUADO:**

Es casi una creación doctrinaria, casi porque en el código procesal hay un momento en el que la acusación se puede ampliar, y dice: “en los casos de delito continuado”. Y como el código procesal lo menciona uno puede decir que ya no es una creación doctrinaria, sino que es una figura vigente en nuestro derecho. Son hechos dependientes entre sí, que por sus características, por su similitud, etc. Cuya dependencia tiene que ver con el modo en que uno lo interpreta desde afuera.

**MULTIREINCIDENCIA:**

Se denomina multireicidencia a un reincidencia específica prevista en el código penal, arts. 52 y 53, en donde el código dice (maso menos):

Cuando una persona tiene determinada cantidad de reincidencias, porque vuelve a cometer delitos después de haber estado en situación de condenado, después de cuatro o cinco de acuerdo a la gravedad de los hechos, se le puede imponer lo que se llama “***reclusión por tiempo indeterminado***” que está prevista en el art. 53.

Es decir, ***cumplida la pena, tiene que estar cinco años más detenido, y si a partir de ahí tiene buena conducta, se le puede dar una suerte de libertad condicional específica, sometida a que él se porte bien, pero sino vuelve a ingresar en la unidad penitencial en la que se encuentra***.

Se llama reclusión por tiempo indeterminado porque supongamos:

En mi quinta condena por (ej.) robo simple a seis meses de prisión, se terminan los seis meses como le declararon la prisión por tiempo indeterminado, a parte de su condena, el estado le dice que como al parecer no aprendió se va a quedar indeterminadamente, y solo si después de cinco años y si se comportó bien, puede salir en libertad condicional o solo libertad condicionada, pero si se porta mal vuelve a entrar. Y no hay un tiempo determinado para esto.

La corte, **fallo Gramajo**:

* ***La reclusión por tiempo indeterminado, en los casos de reincidencias múltiples*** (porque hay una para ciertos homicidios calificados) ***es inconstitucional***.

Lo que vendría a decir la corte es: asignarle a la multireicidencia el efecto de mantenerse recluido por tiempo indeterminado es inconstitucional porque viola varios principios, pero el básico es el “principio de culpabilidad por el hecho”, como la última pena ya la sufrió, no puede estar preso de manera indeterminado no por el delito que cometió sino por haber cometido muchos delitos por los cuales ya fue penado.

**REGIMEN PROGRESIVO DE LA PENA:**

Es una manera de pensar a los castigos de pena de prisión como una evolución dentro de la estadía de prisión que ***de acuerdo a la conducta y al concepto de la persona condenada, le permite ir flexibilizando sus condiciones de detención***.

Por ejemplo en la ley de ejecución argentina tenemos salidos transitorias, que es ***después de un poco más de la mitad de la pena (un año) o pasada la mitad***, uno puede pedir salir seis horas, doce horas, cuanta y ocho horas, un tiempo determinado por mes, por ***razones de índole de “acercamiento familiar”, “laborales” o de “estudio”*** que me puedan dar salidas transitorias.

Lo que pasa en la película “**LEONERA**”.

Rubén… Lobo, citando a García Básalo, que el sistema de flexibilidad de la pena tiene tres características básicas:

* Se divide por etapas.
* Que una persona va evolucionando de una etapa a la otra.
* Puede tener una salida con una libertad controlada antes del cumplimiento de la pena.

Por ejemplo en la provincia de buenos aires, etapas:

* Régimen cerrado.
* Régimen semi-abierto.
* Régimen abierto.
* Libertad condicional.

Son etapas que la persona va evolucionando en su detención, porque como se supone que por ***la convención americana de derechos civiles y políticos, está instaurado que la pena tiene la función de resocializar, esta resocialización se hace mediante el sistema progresivo de la pena***. Es decir, que la persona a medida que se va portando mejor vaya teniendo menos (disminuye) intensidad de la pena.

**Santo del Garantismo, Ferrajoli:**Cuando escribió derecho y razón, él decía que “*las penas deben ser fijas*”, las penas para ser justas tienen que ser de acuerdo al delito cometido.

También decía en ese momento que ninguna pena podía superar los 9 o 10 años.

Hay autores que criticaron la libertad condicional desde hace muchos años, dicen que “puede generar hipocresía”.

**En la ley nacional, las etapas son:**

* Observación:
* Tratamiento:
* Prueba:
* Libertad condicional:

Lo deja claro la ley nacional, la libertad condicional es una etapa de la pena.

**LIBERTAD CONDICIONAL:**

**Art. 13 CP:**

* ***El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena,***
* ***el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios,***
* ***y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión****,*

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

*1º.- Residir en el lugar que determine el auto de soltura;*

*2º.- Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes;*

*3º.- Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;*

*4º.- No cometer nuevos delitos;*

*5º.- Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes;*

*6º.- Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos.*

*Estas condiciones, a las que* ***el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el artículo 27 bis****,* ***regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas****, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.*

**Art. 14 CP: *La libertad condicional no se concederá a los reincidentes****. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por:*

*1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal.*

*2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal.*

*3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal.*

*4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal.*

*5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal.*

*6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal.*

*7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal.*

*8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal.*

*9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal.*

*10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace.*

*11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero.*

En julio del 2017 fue modificada para agravar todas las condiciones en que una persona podía agravar su libertad condicional.

Hasta la reforma de la ley 27.375, solo estaban excluidos de la libertad condicional los reincidentes, el 80 inc. Séptimo, la violación seguida de muerte, 124, 165 y el secuestro seguido de muerte (parece ser). Todos los demás no estaban. Lo que hizo esta ley es ingresar a todos los delitos del art. 80, donde les prohíbe la libertad condicional.

Esta es una ley que modifica la ley de ejecución penal.

[La ley es la 24.660 que es la que rige el sistema de ejecución de las penas. Había una discusión interesante en torno a la ley 24.660 que trataba de ver si era una ley federal para todo el país o si cada provincia debe dictarse su propia ley de ejecución.

Las posiciones eran principalmente dos:

Quienes decían que la ley de ejecución debía ser para todo el país decían que: es absurdo que si el congreso de la nación está obligado por la constitución a dictar el código penal, la ley que establece como son las penas también debe ser federal, porque si no cada provincia podría modificar el código penal, haciendo ingresar por la ventana modificaciones que el código no tiene. Por tanto la ley de ejecución de las penas debe ser federal.

Otros dicen que: una vez ya está fijada la pena, el modo en que esta pena se aplica en cada provincia, depende de cada provincia, no del código penal.

A partir del fallo berbí, de mayo 2005, la corte dijo que se aplica la posición que ya tenía Zaffaroni de antes que es la teoría o la interpretación del marco mínimo. Esto es que las provincias no pueden avanzar en un marco más severo que el de la nación, pero pueden avanzar en favor de los detenidos de acuerdo a su propia regulación.

Dice que las características de la pena, las fija la ley federal, ahora, lo que puede hacer cada provincia es mejorar la situación pero no empeorarla.

Hay muchas provincias que dictaron leyes de ejecución copiando las de nación, ahí no habría inconveniente, pero en la provincia de buenos aires se dictó una ley de ejecución que tiene unas condiciones especiales que son distintas a las de la ley nacional.

Cuando sale esta ley modificatoria del código, bs as no dicta una ley a la par para modificar.

Esta ley dice que es complementaria al código penal y que debe aplicarse a las provincias en lo referente a:

* Libertad condicional.
* Libertad asistida.
* Computo de pena.

Todo lo demás depende que las otras provincias adhieran o no.]

La libertad condicional está pensada como una última etapa dentro de la pena.

**Art. 15 CP:** *La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad. En los casos de los incisos 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 13, el Tribunal podrá disponer que no se compute en el término de la condena todo o parte del tiempo que hubiere durado la libertad, hasta que el condenado cumpliese con lo dispuesto en dichos incisos.*

Se supone que una persona que está en libertad condicional, fue atravesando varias etapas dentro del encierro, y llegado un momento pide esa libertad condicional.

Entonces el juez pide informes, entonces el servicio penitenciario presenta los informes relevantes del legajo de conducta de la persona detenida.

En general lo que tiene es un ***gráfico de conducta*** que está dividido en cuatro trimestres (pasa tanto a nivel federal como a nivel provincial), este establece si la persona tuvo alguna infracción por la cual le pusieron alguna sanción.

Las sanciones, al menos en provincia de buenos aires, tienen una especie de función matemática. A tantos días de sanción en un régimen de aislamiento, baja la nota que se le da. Y cuando baja la nota que se le da, se ve en el grafico que tiene:

Pésima, mala, regular, buena, muy buena (8), ejemplar (9y 10).

Se va reflejando.

Esto solo consigna si la persona tuvo sanciones.

Esto, más otro tipo de información llega al juez, que da traslado al fiscal, luego a la defensa y al final el juez decide.

**En nuestra realidad:** Sistema superpoblado. Insuficiencia de personal. Falta de estructura.

Por ahí solo vio una vez al psicólogo estando tres años presos.

Es imposible con la cantidad de detenidos que tiene algún tipo de gestión razonable. Es extremadamente difícil.

Del año 1998 al año 2018, en estos 20 años, las modificaciones que hubo en las cuestiones penitenciarias son increíbles, no solo por el agravamiento de penas.

Por ejemplo:

* homicidios en 1998: homicidio simple y homicidio agravado, y había 7 homicidios agravados.
* Homicidios en 2018: hay 12 homicidios agravadas, hay 5 tipos que se agravados, y que son muy difíciles porque tienen una pena que es automática.

Si un policía mata a una persona o una persona mata a un policía tiene perpetua.

También las libertades se comenzaron a restringir, entonces por ejemplo, hasta 1998 la libertad condicional era en caso de prisión perpetua, a los 20 años, si tenía buena conducta, podía ir en libertad.

En el año 2004 se cambió de 20 a 35 años, y se agregaron condiciones para no obtener la libertad condicional.

Se agregaron el 80 inc séptimo, el 170 y el 42 bis, y el 165, y el 124. Todos delitos que implicaban muertes graves.

Estos casos se agregaron a los que no tenían libertad condicional.

Es tal el grado del miedo que tenemos ante la comisión del delito que si observamos, del 2004 al 2017, pasaron 13 años.

Si una persona cometió un delito en 2005 iba a obtener su libertad condicional recién 35 años después, en el año 2040.

En el 2017, dijimos que no era suficiente, y que no iban a tener su libertad condicional.

La pregunta es ¿qué dato empírico tenemos para saber que no es suficiente si solo pasaron 13 años? La persona no sale porque no queremos que salga, porque no tenemos datos para compararlo. No solo eso, sino que incluimos unos delitos que solo son correccionales, no tienen mucha pena. El sistema penitenciario está cada vez más lleno, porque los que entran tardan cada vez más en irse.

*El sistema progresivo de la pena como lo vimos en el trabajo de Rubén… Lobos, es un sistema que va generando situaciones de cada vez menor intensidad*.

La reforma del 2017 hizo que todas estas personas no solo no tengan libertad condicional, sino que tampoco tienen regímenes abiertos.

Es decir, a Nair si la condenan por el 80, no sale nunca más.

*Rubén… Lobos, dice que esto es inconstitucional. Si yo tengo una regla, que es la flexibilidad del régimen de la pena. Si se centra en eso el régimen de la pena, si decimos que todos debemos tener la posibilidad de ir avanzando para que una resocialización comprobada permita reinsertar socialmente, ¿es razonable que haya delitos que no tengan esta posibilidad?*

Art. 15, para la libertad condicional hay que cumplir con los requisitos, y cuando me dan la libertad el juez me dice: la obligación de residir en determinado lugar, ir al circuito de patronato, adquirir un oficio, pueden decirte las del 27 bis, no acercarse a determinadas personas, a determinado lugar. Estas son las reglas de la libertad condicional.

***Cumplido esto, si me condenaron a 9, a los seis salgo en libertad condicional.***

***Ahora, si yo me mudo y me van a buscar y no me encuentran, me revocan la libertad condicional. Si cometo un nuevo delito, la revocan.***

***Ocurre un fenómeno particular en estos dos casos, el tiempo que estuvo en libertad no se cuenta***.

Vuelve a cero respecto de la porción que le quedaba cumplir cuando le dieron la libertad.

Ej.: a los seis años me dan la libertad condicional, a los 8 años y seis meses me ofrecen un trabajo en Tucumán, voy y no aviso. Me citan y no estoy. Me revocan la libertad condicional y los dos años y seis meses que pase no cuentan.

Cuando me detienen, tengo que cumplir los tres años que faltaban. Solo en esos dos casos.

En todo lo demás el juez puede no computar y hacer correr el plazo para que cumpla (en libertad condicional).

**Otra discusión importante, la de reincidencia**:

Tiene dos efectos esenciales que son agravarle la condena y el no permitirles la libertad condicional. Se ha predicado y discutido su constitucionalidad. Aunque la corte afirmo que son constitucionales. Respecto al agravante, lo que se decía era que como ya lo habían castigado por el otro delito, no tienen por qué volver a castigarlo por él. Respecto a la libertad condicional es que el hecho de que ya haya cometido un delito antes no quiere decir que no se pueda reinsertar.

**LIBERTAD ASISTIDA:**

Para aquellos que no tienen libertad condicional porque son reincidentes o porque tienen un mal informe en el servicio penitenciario, o tienen un informe con reservas porque (por ej.) no le gustaba a los que intervenían el medio familiar en el que se iba a insertar, hasta el año 2017 había una libertad asistida que solo excepcionalmente se podía negar a los condenados. Y que era la posibilidad de que seis meses antes de que se cumpliera la pena, salía en libertad. Y solo se podía denegar, hasta esta ley, si había un claro informe que pronosticara que esa persona era riesgosa para la comunidad.

Cuando sale la ley por Petri (diputado de Mendoza), la libertad asistida ahora es solo tres meses antes del cumplimiento de la pena, y su denegatoria no es excepcional.

**En las prácticas**: hasta fines de los 80 no había un proceso de ejecución de la pena, poco a poco se fue judicializando. Fallo “romero cachalanes” estableció la necesidad de que la pena sea judicializada. Y por derecho constitucional que apele a esa decisión las personas detenidas. Aparecen los jueces de ejecución, no dan abasto por la cantidad de detenidos.

**MEDIDAS DE SEGURIDAD:**

Nuestro sistema penal es un sistema de doble vía, esto es, en caso de comisión de un delito hay un castigo si fue culpable o una medida de seguridad si no fue culpable porque es inimputable y se comprueba que puede seguir teniendo algún tipo de riesgo para un tercero porque no entiende la criminalidad del acto o no puede dirigir sus acciones de acuerdo a esa comprensión. La medida de seguridad se sufre y se cumplen en unidades psiquiátricas penitenciarias. Lo que si hubo de un tiempo a ahora, una fuerte corriente que quiere sacar las medidas de seguridad del derecho penal. (Profe de acuerdo) no está aceptada todavía. La persona no infringió la regla en función de aquello por lo que está establecida, sino que la infringió por su problema mental. En las condiciones actuales lo que hay es una pugna para empezar a limitar estas internaciones psiquiátricas porque puede pasar que pasen más tiempo en el psiquiátrico que si fuera imputable. Fallos jurisprudenciales dicen que las medidas de seguridad se terminan cuando los peritos dicen que ya no son peligrosos, o cuando ya lleva internado el máximo de la pena que le hubiera correspondido o el de la escala penal.

**Derecho Penal Juvenil - Viviana Mestres y Damián Muñoz:**

Principios y estándares en materia de niñez y adolescencia: se trabajó en un instrumento específicamente destinado a proteger los derechos de la población infantil y en 1989 se sancionó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). La CDN fue ratificada por casi la totalidad de los países, permitiendo que cerca del 96% de los niños del mundo estén amparados por la normativa internacional. Como instrumento internacional de derechos humanos obliga a los Estados Parte a desarrollar políticas públicas que garanticen la efectiva protección de los derechos de la población infantil. El interés superior del niño se consagra como eje principal de este nuevo paradigma, que destaca el derecho que tienen los niños a ser oídos, cuando se encuentren involucrados en cualquier tipo de procesos (sea judicial o extrajudicial). La CDN establece un conjunto de principios rectores que pueden agruparse en los siguientes: Interés superior del niño, No discriminación, Efectividad de los derechos, Autonomía Progresiva. El sistema de “Protección Integral” basa su concepción en la consideración de los niños como sujetos de derecho. Esta premisa es fundamental por cuanto de ella derivan el respeto de todos los derechos humanos de los que gozan los adultos, más aquellos que tienen los niños por su condición de tales, de modo que este grupo, contará con un “plus” de derechos. Estándares internacionales en materia penal de niñez:

* Diferenciación entre causas penales y no penales: se establece que las cuestiones asistenciales o de vulneración de derechos (es decir, no penales) deben canalizarse por vía de las políticas públicas; en tanto que la justicia penal juvenil sólo puede intervenir en casos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal.
* Edad mínima de punibilidad: Se debe establecer una edad mínima debajo de la cual se presume que el niño no tiene capacidad para infringir leyes penales.
* Formas no penales de resolución de conflictos: La CDN prevé la adopción de medidas alternativas diferentes a la sanción penal a fin de evitar, mientras sea posible, la captación de los jóvenes en el ámbito penal.
* Tribunal especializado: El sistema penal juvenil debe estar diferenciado de aquel perteneciente a los adultos.
* Detención preventiva: La detención preventiva debe ser el último recurso a adoptar en los casos de menores de edad, y podrá aplicarse mientras no exista ningún otro medio para evitar un riesgo de fuga o de entorpecimiento de la investigación.
* Garantía de debido proceso: El joven acusado de un delito goza de las mismas garantías que cualquier otra persona, según lo establece el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político (presunción de inocencia, principio de legalidad, de culpabilidad, de reserva, de lesividad, de oralidad y publicidad, etc.). Además por su condición de menor de edad cuenta con derechos específicos como por ejemplo que sus padres estén presentes durante el proceso o gozar de confidencialidad en todas las etapas del juicio.
* Sanciones: Sólo se podrá imponer sanciones a un menor de edad, cuando un tribunal competente lo declare penalmente responsable por la comisión de un delito y luego de haber transitado un proceso con todas las garantías debidas.

El caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (CoIDH, 19/11/1999): La Corte Interamericana de DDHH (CoIDH) declaró la responsabilidad internacional del estado de Guatemala por la muerte de cinco niños en situación de la calle, ocurridas en 1990, por parte de personal de las fuerzas de seguridad, en la ciudad de Guatemala.

El caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay (CoIDH, 02/09/2004): El Instituto Educativo y Correccional Panchito López fue creado promediando la década del ’90 en una gran casona de un barrio de Asunción. La cantidad de internos fue incrementando cada año, hasta llegar a los 250 en el año 2001 cuando fue cerrado. Las condiciones intramuros eran deplorables: escasa comida, pocos baños, hacinamiento, falta de elementos de higiene personal, malos tratos; situación absolutamente contraria a la promulgada por los derechos internacionales de la niñez. No existían planes de reinserción social, de modo que el instituto operaba como una suerte de depósito de personas, sin siquiera ofrecer educación o actividades laborales. En esas condiciones de alojamiento, se produjeron tres incendios, a raíz de los cuales algunos internos sufrieron heridas y otros murieron. El último episodio ocurrido en julio de 2001, dio lugar al cierre del Instituto. La Corte determinó la existencia de responsabilidad internacional del Estado Paraguayo al haber vulnerado los derechos consagrados en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

**Normativa argentina:**

La CDN en la República Argentina – La ley n° 26.061: La República Argentina ratificó la CDN en 1990 mediante la ley 23.849 y, por la reforma constitucional del año 1994, fue incorporada junto a otros tratados de derechos humanos al texto de nuestra CN. La ley n° 26.061 regula las cuestiones generales relacionadas con la niñez pero no es de aplicación específica al régimen penal, por lo que aún este punto está pendiente de resolución. La ley n° 22.278 constituye la legislación penal juvenil que hoy continúa vigente, pese a que fue sancionada durante la última dictadura militar, en el marco del modelo de la situación irregular.

La ley n° 22.278 – Régimen Penal de la Minoridad: El decreto ley n° 22.278, modificado por la ley n° 22.803, fue sancionado el 25 de agosto de 1980 y es el que regula el “Régimen Penal de la Minoridad”. Esta ley no ha sido derogada expresamente por ninguna otra norma, por lo que aún permanece vigente, si bien su constitucionalidad está muy cuestionada por colisionar con las disposiciones emanadas de la CDN. *¿Quiénes son punibles?* El art. 1° de la ley 22.278 establece que las personas menores de 16 años de edad no son punibles por la comisión de ningún delito penal, en tanto que los mayores de esa edad pero menores de 18 años de edad, no son punibles por delitos de acción privada o respecto de aquellos cuya pena privativa de la libertad sea inferior a dos años o de los que estén sancionados con multa o inhabilitación. *¿Qué pasa con los niños que son punibles?* La población susceptible de transitar un proceso penal juvenil con posibilidad de castigo punitivo, la constituyen los jóvenes de 16 y 17 años, por delitos cuyas penalidades sean mayores a 2 años de prisión o reclusión. El art. 4 de la ley establece que antes de imponer una pena a una persona menor de edad punible, es decir de 16 ó 17 años de edad al momento del hecho que se imputa, se debe cumplir lo siguiente:

* que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal;
* que haya cumplido dieciocho (18) años de edad;
* haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Ciertamente al no contar con nueva legislación especializada vigente, debe articularse la actual ley n° 22.278 con los lineamientos y preceptos impulsados por la CDN y la ley n° 26.061. De tal modo, en los casos de conflictividad penal, se debe arribar a soluciones que cumplan con la función de protección especial necesaria en el caso, minimizando el poder punitivo en el tratamiento.

La imposición de una pena: Una vez declarada la responsabilidad penal por un hecho cometido por una persona menor de edad, se debe evaluar la necesidad de imposición de una pena. Este análisis que surge del art. 4 de la ley n° 22.278, debe conjugarse con las premisas estipuladas por la CDN que exige:

* que la aplicación de la privación de la libertad se hará en forma ultra restrictiva;
* en caso de aplicarla, deberá ser por el tiempo más breve posible;
* la medida debe estar orientada a garantizar el derecho del imputado de reintegrarse socialmente y desempeñar una función constructiva en la sociedad.

La evaluación sobre la necesidad de sanción descripta en el art. 4 de la ley n°

22.278, impone el análisis de la situación tomando en cuenta las siguientes variables:

* las modalidades del hecho;
* los antecedentes del imputado;
* el resultado del tratamiento tutelar;
* la impresión directa recogida por el juez.

Cada una de estas cuatro variables, deben evaluarse puntual y globalmente como un todo, sin otorgarle mayor relevancia a alguna de ellas en particular.

Síntesis de fallos relevantes de la CSJN: El primero data del año 2005, el precedente “Maldonado”. En este caso, la CSJN zanjó definitivamente la lógica hermenéutica mediante la cual deben interpretarse los parámetros para determinar la necesariedad o no de pena en el proceso penal juvenil. Confirmó el principio de culpabilidad disminuida de las personas menores de edad, como así también definió la finalidad de la pena en la materia y reseñó los principios de la justicia penal juvenil.

La CSJN resolvió el precedente “L., L. A.” en el que abordó la cuestión vinculada a la aplicación de la ley n° 24.390 al régimen penal de las personas menores de edad. En este fallo, no sólo se desbarató de manera definitiva el conocido “fraude de etiquetas” que caracterizó por años la privación de libertad sufrida por las personas menores de edad, sino además se efectuó una concreta aplicación del principio de equiparación más plus de derechos de los niños, niñas y adolescentes, a efectos de no colocarlos en peor situación que los adultos. Y, por ello, consideró aplicable al caso el cómputo privilegiado que preveía la ley n° 24.390.

**La normativa de contenido punitivo que contiene la CDN:**

La CDN contiene tan sólo dos artículos específicos que aluden al régimen penal:

37 y 40, lo que determinan la necesidad de fijar políticas que separen las cuestiones asistenciales de las penales. Del entendimiento de ambos artículos surge que en la CDN se proclaman los siguientes principios21:

1. Principio de inocencia: el niño es inocente hasta que se pruebe su culpabilidad;

2. Principio de defensa: se le deberá hacer saber cuáles son los cargos que pesan sobre él y debe acceder a asistencia jurídica apropiada;

3. Principio de juez natural y de céleris: participará un juez competente, independiente e imparcial en el menor tiempo posible;

4. Derecho a la intimidad: se le deberá respetar su vida privada, durante el procedimiento.

Caso Mendoza y otros vs. Argentina - 14/5/2013: El 14 de mayo de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) sentenció al Estado Argentino por violaciones a los derechos humanos cometidas al haber impuesto penas de prisión perpetua a cinco personas que cometieron delitos cuando eran menores de edad, así como también, se sancionó a la nación argentina por las condiciones de detención a las que fueron sometidos.