**Resumen Penal – 2do Múltiple Choice**

**Delito:**

La manera en que se ve el derecho penal en argentina viene del derecho continental, es el sistema basado en la dogmática penal, que es el estudio de la ley penal y las consecuencias de la ley penal. No es el mismo tipo de análisis de los problemas legales que tiene el derecho anglosajón.

La manera en que pensamos al delito es mediante una definición y es que:

Un delito es una….

1. **Acción**.
2. **Típica**.
3. **Antijurídica**.
4. **Culpable**.
5. **Punible** (es discutible este punto).

La creación didáctica del Gustavo Garibaldi, el **MARIO DOLO,** ir avanzando en los niveles**.** Si se cumple todo esto el delito está completo y la persona va presa.

1. Acción, es una **conducta humana** no es un hecho de la naturaleza. Explicar **si hay acción o conducta** y por qué la hay, y **si concurren causas de exclusión de la acción**, **determinando cuáles son ellas**. Explicar cuál sería la acción, Ejemplo: matar a otro. Para algunos es simplemente voluntaria. Otros dicen que sea una “conducta final”. Pero lo cierto es que para que hablemos de que hay un delito, primero tenemos que saber que hay de parte de alguien una **acción o una omisión**. Con la acción se tiene que producir un **cambio en el exterior**, ya sea porque produzco un **resultado lesivo** (ej.: mato a alguien), ya sea porque **genere un riesgo lesivo** (ej.: disperso una enfermedad mortal endémica). No hace falta que la persona se muera, es un **delito de peligro** ej.: portar un arma de fuego, *el estado valoro que esa acción genera un riesgo a las personas*. Otro ej.: tener una máquina de falsificar billetes. Entonces la acción tiene que ser *una acción humana voluntaria, con alguna finalidad, es decir, hecha con algún sentido* pero quedan fuera los movimientos de las personas que no son acciones para la ley penal. Que son:

* **Fuerza Física Irresistible**.
* **Estado de Inconsciencia Absoluta**. Ej.: un sonámbulo (de laboratorio).
* **Actos Reflejos**.
* **Otras**.

Para saber si una acción es un delito primero tengo que saber si:

1. Tiene que estar atrapada por un **tipo penal.** Si esa acción esta descripta en una norma que el estado dicta y le asigna una pena en caso de infracción. Una **acción típica.** [Las leyes penales se supone castiga los actos más intolerables para la comunidad, que está más allá de cualquier negociación o acuerdo. Se castiga con prisión, la violencia más fuerte que el estado tiene.] Tiene dos fases: el **tipo objetivo** que es el que la **acción se adecua al tipo penal**. Y el **tipo subjetivo** (relación de la persona con el tipo objetivo), que es que el sujeto **sabe lo que está haciendo**. En el tipo subjetivo se puede llegar a dar el caso de **error**, ahí se verá si es un **error evitable** o un **error inevitable**. Si se dan los dos tipos, automáticamente se pasa a la Antijuricidad pero no se da automáticamente.
2. Hay veces donde una acción tipificada está justificada en determinados contextos. **Si la acción está justificada no hay Antijurícidad**. Es decir, si hay una **CAUSA DE JUSTIFICACIÓN** (que están esparcidas por todo el derecho). Ej.: matar una persona en defensa propia. Otro: estado de necesidad, un nene se está muriendo porque hay una fuga de gas, rompo la ventana y el nene se salva. Cometí un ilícito contra la propiedad, pero el estado dice que si para salvar un bien de mayor jerarquía hay que sacrificar uno de meno, hay que hacerlo. Es una ganancia social que no puede ser punible. [*Están tan ligadas tipicidad y antijuricidad que hay algunos autores que entienden que la tipicidad y la antijuricidad son dos formas variables, las dos caras del tipo penal. Un* ***tipo positivo****, que sería la tipicidad como la vimos. Y un* ***tipo negativo*** *que sería la antijuricidad.*] Doctrina minoritaria. Si no está justificado se completa el **ILÍCITO PENAL**, un tipo penal que no está justificado. **Elementos objetivos** de una **causa de justificación** por ejemplo,defensa necesaria, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, en algunos autores el consentimiento de la víctima, ejercicio de un derecho, etc. **Elementos subjetivos** de la causa de justificación en cuestión, aquí van a verificar si tiene conocimiento de todos y cada uno de los elementos de la causa de justificación analizada.
3. A pesar de cometer el ilícito, hay que ver si **la persona es reprochable o no**. **Imputabilidad:** capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones conforme a esa comprensión: (menores, oligofrénicos, enfermedades psiquiátricas, *vis relativa* (*actio libera in causa* para algunos autores que utilizan el concepto), etc. **Conocimiento potencial del injusto:** Aquí deben analizar la existencia de algún error de prohibición. A diferencia de la causa de **justificación** que es una conducta permitida (**acción legítima**), esta conducta es prohibida pero el **grado de reproche** es tan **bajo** que se lo **disculpa.** Ej.: el loco, el psicótico. Este no está autorizado a matar a los demás, pero esta disculpado. No va a ser castigado, pero no se va a permitir que haga lo que quiera. Otro ej.: un estado de embriagues total que no te permite valorar lo que estabas haciendo, solo si no puede serte imputado a vos ese estado. La **culpabilidad** es ese lugar donde la persona es capaz. Por eso el estado dice que si la persona al momento de actual, lo hace un grado de libertad tan limitado, que el castigo que mide tu reproche es tan mínimo que te perdono. Uno puede ser inculpable por varias razones, por coacción, por amenazas, por lo que se llama un miedo insuperable. Ej.: en la ley de trata de personas, las mujeres que cometen delitos en el marco de su sometimiento, no son punibles. Su grado de voluntad es tan limitado que no la van a culpar. [En el derecho argentino, si eres menor de 16 años no eres punible por ningún delito. Si tienes entre 16 y 18, eres punible por aquellos delitos que su máximo supera los 2 años de prisión. Aun así, cuando se es menor de más, y tienes entre 16 y 18, si cometes un delito, no importa su gravedad, la ley establece que se te puede reducir la pena en una escala reducida, que conforme a una interpretación doctrinaria constitucional es la que rige para todos los menores, que incluso por tu buen comportamiento pueden habilitar que no te pongan pena.]
4. **Punibilidad:** Aquí se analizan las excusas absolutorias. Si no hay ninguna excusa absolutoria o si no concurre un estado de necesidad disculpante, entonces, la conducta no sólo es delictiva, sino que además es punible. Algunos autores no lo usan porque es un cajón desastre, porque hay ciertos institutos que no permiten la punición. Ej.: la prescripción. El robo prescribe los seis años. Hay en el derecho penal continental desde hace dos o tres décadas lo que se conoce como principio de imputación objetiva. Entre la acción y el tipo penal se encuentra el **principio de imputación objetiva**, que dice que para que una acción sea típica, se tiene que poder imputar objetivamente el resultado de ese tipo a esa acción. Es una manera normativa de comprender que determinada acción u omisión, provoca determinado resultado. Ej.: en un edificio el que mantiene los ascensores no controla nunca el funcionamiento aunque lo pone apto todos los meses. Y por no controlarlo no se da cuenta de que la cadena que no sostiene se está rompiendo. Un día se cae y muere una persona. ¿Quién es el autor de esta muerte? El de mantenimiento, porque *la teoría de la imputación objetiva analiza el riesgo que la persona incluyo en el mundo y comprueba si el resultado obtenido es el resultado del riesgo que provoco. Si la acción u omisión es aquella que el tipo estaba tratando de prever*. [La tenencia de estupefacientes para consumo se queda en el escalón de la punibilidad. La corte fijo un estándar que en principio que, castigar a una persona que tiene estupefacientes para consumo personal es inconstitucional. Pero como la corte no legisla, no es el congreso, la policía si encuentra a alguien con drogas para uso personal lo puede detener, porque la normativa sigue vigente. Lo que logra la corte es que todos los jueces declaren inconstitucional esa ley, pero no se derogo. Dice “la comunidad no acepta este tipo penal”.]

**Primer nivel de la teoría del delito: LA ACCIÓN**

* **Teorías de la acción:**

Hubo distintas teorías a lo largo del tiempo que pretendieron dar una explicación del concepto de acción.

1. **Causal:** Surge en un momento de auge de las ciencias empíricas, que pretendían explicar la naturaleza, y buscar relaciones causa y efecto.

La acción es un **movimiento corporal, humano y voluntario**, es decir, que respondiera a la voluntad del individuo. **Proceso causal ciego**. *No prestaba atención* a que apuntaba la voluntad*, la finalidad* de ese movimiento.

1. **Final:** **la acción es ejercicio actividad final**. Kelsen, los conceptos de la dogmática se deben sacar de la realidad, sostenía que **no hay voluntad sin finalidad**. Después de la segunda guerra mundial (auge).

**Toda acción persigue una finalidad**, cualquier acción voluntaria siempre tiene una finalidad.

Se abandona el concepto de acto final porque *no puede explicar satisfactoriamente los delitos culposos*. Si la acción es con voluntad, pero no exige que en todos exista finalidad. Según los finalistas, la finalidad en los delitos culposos Ej.: un choque. En los culposos no existía la finalidad de matar, en cualquier caso de manejar descuidadamente. El manejar es lícito, lo que lo vuelve ilícito es violar los deberes de cuidado, lo cuestionable es el modo de perseguir la finalidad lícita.

1. **Social:** **comportamiento exterior** **evitable**.

Se trabaja con un **concepto de acción pre-típico**. ¿Para qué sirve? Para saber qué acciones tendrán relevancia para el derecho penal.

Esta teoría social es la actualmente usada, las acciones relevantes para el derecho penal son las **acciones exteriorizadas y evitables**. Lo que importa es si la acción era evitable o no.

Las que no se pueden evitar terminaran siendo irrelevantes para el derecho penal.

Alguno dicen que solo importan las que están atrapadas por algún tipo penal.

Pero por razones axiomáticas se sostiene que hay un concepto de acción pre-típico. También para limitar al legislador.

* **Funciones de la acción como concepto pre-típico:**
* **Delimitación:** saca del análisis penal, de su posible aplicación, todo aquello que no son acciones. Ej.: el pensamiento no se puede penar.
* **Mínimo común denominador (culposo, doloso, activos/omisión):** algo que tengan en común las distintas estructuras típicas. Tipos legales hay cuatro, culposos y dolosos, y activos y omisivos.

Esta definición de acción tiene que servir para todas las estructuras típicas.

* **Enlace:** si A, T, A, C y P son todos los niveles de la teoría del delito*, el concepto de acción tiene que permitir enlazar todos los distintos niveles de la teoría del delito*. No deben faltar aquello que permita definir al concepto de acción, y no deben agregar cosas que deben estar en los niveles superiores. Si no se introduce un desorden metodológico.
* Es un concepto normativo.

En lo que todas las teorías están de acuerdo, es en las…

* **Causas de exclusión del concepto de acción:**
* **Estado de inconciencia (art. 34 inc.1):** es decir, la conciencia esta anulada, eliminada. Diferente de la perturbación de la conciencia. Si está en un estado de inconciencia no puede realizar una acción.
* **Fuerza física irresistible (art.34 inc. 2 hipótesis 1).**
* **Actos reflejo:** no tienen que ver con la personalidad. No es una acción voluntaria, es una acción fisiología que es igual en todas las personas, sin intervención de los centros superiores del cerebro.
* **Casos problemáticos, se necesitó un debate doctrinario:**
* **Actos instintivos/ en corto circuito:** ¿Son voluntarios? Para la doctrina sí. ¿Tienen finalidad? No, todo ocurre mucho más rápido, pero si hay un grado de voluntad. Tienen que ver con la personalidad de la persona, por ello se diferencian de los actos reflejos.
* **Actos automatizados:** son actos aprendidos. Si son voluntarios y si son acción. Tienen relevancia en alguna cuestión en otros ámbitos de la teoría del delito.
* **Causalidad:** es la relación causa y efecto.

Si yo disparo contra mi enemigo se desata una cadena causal. El disparo sale, impacta, y mi enemigo es herido o muere.

Tiene relevancia en los **delitos de resultado lesivo**, donde se puede separar en partes la conducta que provoca el resultado.

Diferente es el caso de los **delitos de mera actividad** donde no se puede separar la conducta del resultado. Ej.: la injuria. Ahí no hay una cadena causal.

La causalidad es el límite mínimo de la culpabilidad, causalidad natural. Que mi acción se pueda relacionar con el resultado a través de una relación causa y efecto.

* **Teorías de la causalidad:**
* **Generalizadora/ teoría de la equivalencia de las condiciones.**

Todo aquel que puso una causa o una condición para la producción del resultado, va a decirse que su acción tiene relación de causalidad con el resultado. Ej.: juan mata a Pedro, los padres que lo engendraron también pusieron una condición para que en el futuro Juan matara a Pedro.

* **Individualizadora:** permite un estándar adecuado (juicio en el resultado).
* **Conforme a las leyes (de la naturaleza):** hay que recurrir a la ciencia, que estableció estándares de forma experimental.
* **Supresión mental hipotética:** permite constatar una causalidad que se supones. Eliminando una condición, desaparece el resultado.

**Problemas:**

* **Extensión:** hasta donde se puede extender la cadena de responsabilidad.
* **No descubre la causalidad**, solo verifica.
* **Cursos causales hipotéticos (alternativos).** Ej.: A envenena a C, y B dispara a C mientras agoniza. Si yo suprimo el disparo de B, no desaparece la muerte de C. cuando hay un curso causal alternativo, no sirve la teoría.

**Teorías individualizadoras:**

**La causalidad adecuada,** tomar un estándar, conforme a experiencia general que esa conducta prometa resultado. Cuando los padres procrean hijos pueden crear hijos mejores o peores, pero no necesariamente un asesino. Un estándar de si esa conducta regularmente causa ese resultado.

**La relevancia típica:** hay que ver si la conducta a la luz del tipo penal, la conducta de procrear hijos tiende a la causación de un homicidio, sino lo tiene con ese estándar excluiríamos la causalidad. Hay una confusión entre causalidad y criterios objetivos.

Todo esto desemboca en la *imputación objetiva*. Criterios normativos para limitar la causalidad natural. Separa claramente causalidad natural de los criterios jurídicos.

Criterios jurídicos: creación de un riesgo prohibido, realización del riesgo en el resultado y que esto ocurra dentro del alcance del tipo penal.

**Caso de la mosca:** Cuando “A” trazaba una curva con su coche le entró por la ventanilla, que se encontraba abierta, una mosca en un ojo, por lo cual “A” realizó un “brusco movimiento de defensa con la mano. Este movimiento se reflejó sobre el volante. Como consecuencia de ello, “A” perdió el dominio sobre su coche y se desplazó sobre el carril contrario, donde se produjo una colisión con un coche que venía por ese carril. De dicha colisión resultaron heridas varias personas.

**Caso tomado de la prensa francesa:** La típica broma de verano de rociar con agua fría a un amigo cuando toma sol acabó en tragedia en un camping de Damgan, en el este de Francia. El suceso ocurrió el miércoles por la tarde. El drama se desarrollo cuando uno de los tres jóvenes que estaban pasando sus vacaciones en el camping se levantó para beber agua. A su regreso decidió gastar una broma a su amiga, por lo que se le acerco por detrás sin que ésta le viera y le roció la espalda con agua helada. La joven tenía un cuchillo en la mano y, en un acto reflejo, lo lanzó hacia atrás, clavándose en el pecho del bromista y produciéndole la muerte instantáneamente.

**El caso de la taberna:** José se inclina hacia delante para sacar vino. Eladio le agarra los genitales con fuerza para hacerle una broma. José giró bruscamente pegándole con el codo de modo que Eladio cayó fuertemente golpeándose la cabeza en el suelo. Queda inconsciente y se recupera poco tiempo después negándose a ir al médico. José va a buscar un automóvil ya que Eladio estaba herido, sangrando algo y bastante ebrio. Lo llevan hasta las inmediaciones de la casa dejándole de pie a las 1,30 hs. Hora y media después lo encuentra la esposa, lo arrastra y lo lleva al médico, quien observó una herida sin mayor trascendencia, pero lo derivó al hospital donde murió a causa de una contusión fronto parietal izquierda.

**Teoría de la imputación objetiva:**

Toda causalidad para ser relevante desde el punto de vista del derecho, tiene que traer un valor desde el punto de vista normativo. Es decir, así como no importa si alguien abre un paraguas o masca un chicle porque no tiene consecuencias penales, aquellas acciones que causan un resultado lesivo si tienen consecuencias penales, son leídas en función de imputaciones objetivas. En el caso de Pedro, los hechos son siempre los mismos pero puede ser el policía o puede ser Pedro. En la teoría de la imputación objetiva se habla de quien es competente para responder por el resultado. Estos son *razonamientos de imputación objetiva*.

**Presupuestos de imputación objetiva:** Es decir, aquellas vinculaciones entre resultados lesivos y acciones precedentes, que no son leídas solo desde el punto de quien y como causo el resultado, sino a su vez, quien era normativamente competente para responder por ese resultado.

La teoría de la imputación objetiva para algunos autores son principios que se van ubicando en distintos puntos de la teoría del delito, y para otros la desplaza completamente. Esta plantea reglas básicas en las que se puede imputar objetivamente un resultado a una acción cuando la acción genera:

* **Un riesgo más allá de lo permitido o un aumento riesgo prohibido:** riesgo no aceptado por la comunidad.

Y cuando:

* **Concreción del riesgo en el resultado:** el resultado lesivo fue porque se aumentó el riesgo.

[**Definición:** el juicio mediante el cual yo estoy en condiciones de imputar un resultado lesivo a una acción, solamente si la acción aumento el riesgo más allá de lo permitido o si la acción aumento a un riesgo de carácter prohibido (es decir, lo mismo), y si ese resultado es la concreción de ese riesgo.] Esa definición se complementa con los principios que nos permiten determinar en qué casos hay imputación objetiva.

**Ej.:** ir por av. Libertador a 80 cuando el máximo es 70, un señor con una profunda depresión estaba en la esquina a que el auto pase y cuando este pasa, se tira frente al auto, y muere. La teoría haría este razonamiento: si yo manejaba a 80, había un aumento del riesgo prohibido, más allá de lo permitido. El resultado ¿es la concreción de ese riesgo prohibido? No.

Razones del porque no:

**Comportamiento alternativo conforme a derecho**: que hubiese pasado si se hubiera actuado conforme a la ley. Si pasaba igual, no se podía imputar a la persona. Si iba a 70 por ahí el hecho se producía igual. *Cuando el aumento del riesgo no genera el resultado*.

**Otro caso:** van dos ciclistas sin luces de noche, un auto atropella al primer ciclista, y hay una imputación para el ciclista de atrás porque se piensa que si este hubiera llevado las luces prendidas, podría haber alertado al auto para que vea al primer ciclista y a él mismo, evitando que el automovilista lo hubiera matado.

Razones del porque no: **El fin de protección de la norma**: a que apuntaba la norma, la norma que obliga a los ciclistas a usar luces en la ruta es para ser vistos ellos, no para ser vistos los demás.

**Otro caso más:** un médico está operando a un paciente en la sala de cirugías. El instrumentista le pasa un instrumento que no fue correctamente esterilizado (cosa que el médico no sabe) y el médico termina contagiando de una enfermedad mortal al paciente, muere.

**Principio de confianza:** se basa en expectativas normativas, es decir,nosotros somos responsables por aquello que conforma nuestro rol, que asumimos como asignado en la comunidad. Hay ciertos roles generales, de acción positiva ej.: no matar a nadie. Esto se da en actividades conjuntas donde los roles se mezclan y se superponen. Mientras cumpla con mi propio rol, no soy responsable por el resultado lesivo generado por el aumento del riesgo del error del otro. *Salvo que se tenga algún conocimiento previo del error del otro*.

**Motivos**:

1. Cada uno es auto responsable de su propio espacio.
2. El ser responsable del otro debilita mi propio cumplimiento rol.

**Se aplica tanto del punto de vista**:

1. Simultaneo: todos a la vez cada uno en su rol.
2. Sucesivo: se asume el riesgo desde el momento en que a uno le toca, no el de antes de asumir el turno.

**Otro Caso:** un médico le dice a un enfermero que ponga una inyección, este la aplica mal y el paciente muere.

1. Sucedáneo: uno le da la orden a otro, y este comete un error generando un resultado lesivo. Tiene que ver con *el grado de autonomía que tiene cada uno*. El grado de autonomía en que se maneja el enfermero le permite hacerse responsable.

Hay que ver en quien recae el aumento del riesgo prohibido que incide en la concreción del riesgo en el resultado. Donde se corta la cadena causal.

Hay que ver la regla de competencia de acuerdo al ámbito.

**Riesgo permitido** **y el principio de confianza**: en las sociedades como las nuestras, se requiere manejar ciertos riesgos que son el precio por avanzar. El progreso de determinadas actividades, genera ciertos riesgos que son permitidos por el avance de la sociedad. Ej.: sino un médico que sería responsable por las acciones de los enfermeros le dirían que no hagan nada, porque sería responsable.

El problema del principio de confianza y la distribución de competencias entre diferentes participes, que puede ser organizados (ej.: unos médicos en una operación), es decir, en grupo de manera consciente. O no organizado conscientemente más allá del grado de organización ej.: el tránsito.

**Caso:** un tipo lleva un arma cargada en el abrigo, el chico que guarda los abrigos la encuentra y jugando con el arma mata a alguien pensando que estaba descargada.

**Prohibición de regreso:** cuando hay una acción positiva que *aumenta el riesgo tan relevantemente* que concreta el resultado, se *rompe la cadena causal*, corta con los riesgos anteriores. El que jugó con el arma cortó con la cadena causal.

**Caso:** me tiran acido en la cara, y el médico me receta una pomada, yo no me la aplico y “se me caen los ojos”.

**Competencia de la víctima:** yo soy competente de los daños que se me provocan a mí. Aquellos bienes respecto tuyo eres el principal responsable, si vos incumplís con una regla básica de auto cuidado, y ese bien se daña, desplazas la competencia normativa del otro. Voluntariamente te sometes a ese riesgo.

**Concurrencia de riesgos:** hay veces en que la concurrencia de varios riesgos hace que sea difícil decidir la imputación de la competencia.

Dificultad: unos dicen que se imputa a todos. Otros que dependen del grado de los riesgos aportados por cada uno. Pero cuando el aumento de riesgo es aportado por la victima de manera primordial, se elimina el riesgo aportado por los otros.

Es más fácil de entender con lo delitos culposos, pero se aplica tanto a culposos como dolosos. En los tipos culposos, en los delitos omisivos, se imputa a alguien por no haber actuado cuando debía. Para imputar un resultado lesivo, se debe ser el garante de la seguridad.

**Imputación Objetiva**: *Una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente.*

**Lo que en verdad interesa al derecho penal** es la forma de ataque al bien jurídico, pues mientras algunas de ellas carecen de relevancia para el Estado, otras dan lugar a su intervención a través del proceso penal. Ejemplificando la situación, puede decirse que mientras la muerte causada por un boxeador a su contrincante en desarrollo de un combate reglamentario no le interesa al derecho penal, la muerte de un ser humano a consecuencia de una agresión producto de un asalto callejero es penalmente relevante.

La acción es un hecho humano voluntario, final, evitable. En principio los actos reflejos, la fuerza física irresistible y el estado de inconciencia absoluta NO son consideradas acción. Hay una categoría lejana, que está en el límite, que no son estos tres que la doctrina acepta que no son acción, estamos hablando de los actos en corto circuito, automatizados. Uno puede decidir ahí, hay voluntad.

Teoría de la imputación objetiva: una forma de explicar lo que sucede en el mundo desde el punto de vista normativo. Solo interesa aquello que queda atrapado por el derecho penal. Las conductas que el derecho penal atrapa están entendidas y narradas desde un punto de vista normativo. A quien se le va a imputar penalmente el hecho prohibido, la concreción del riesgo prohibido.

**Tipicidad:**

Un **tipo penal** es la **descripción de una conducta prohibida amenazada de pena**. Es una conducta típica que está atrapada en un tipo penal, aquella conducta que tiene como antecedente de la condena. Ej: “el que matare a otro, 8/25 años de prisión”

***Una acción es típica cuando se adecua a lo que el tipo penal describe.***

Dentro del mundo de las definiciones, hay dos universos centrales en cuanto a cómo se entiende una definición:

Definición Connotativa: habla de las propiedades de la cosa. Ej.: la vaca es un animal mamífero de cuatro patas. Por estas propiedades la vamos a reconocer (definición incompleta).

Definición Denotación: es la cantidad de individuos a la que esa palabra se refiere. Ej.: cada uno de ustedes es persona. Se reconoce en que sujeto esa palabra se reconoce de manera completa.

El trabajo de los abogados en cuanto a los tipos penales es “desentrañar” (palabra sujeta a cambio) si aquello que paso recién, es o no aquello que el tipo penal dice. Si entra, la acción es típica. Pero si no es lo que el tipo dice, no entra dentro del tipo penal. Y Si no entra en el tipo penal, entonces no está prohibido.

***La tipicidad es la expresión esencial del principio de legalidad en el derecho penal***.

**Art. 163 de hurto agravado que se replica en el robo:** el robo simple que es apoderarme ilegítimamente de algo con fuerza en las cosas (rompiendo algo) o con fuerza en las personas (agrediendo a alguien). Si lo que se roba es un vehículo dejado en la vía pública o en lugares de acceso público la pena pasa de 1 mes/6 años, a 3/10 años de prisión. [Robo simple: 1 mes a 6 años de prisión. Robo agravado: 3 años a 10 años.] Esta pena va a hacer un poco más difícil defender al cliente.

**Ej.:** dejo mi bicicleta en un parque atado con la cadena. Lo roban, es hurto agravado.

**Caso 2:** dejo mi monopatín en el estacionamiento de acceso público de un shopping. **Problemas:** ¿Hubo un robo dejado en un lugar de acceso público? ¿El monopatín es un vehículo?

El derecho es una red de reglas que nos marcan un límite, algo así como un espacio de contención, no podemos ir más allá. Son reglas que para que funcionen, debemos entenderlas primero nosotros. No podemos usar un lenguaje aritmético seguro para asegurarnos de no cometer ningún error, no nos serviría, son impracticables para el derecho. Debemos usar los lenguajes naturales que tienen dos características: la vaguedad (diferentes significados) y la ambigüedad (indeterminación).

*Se dice que los jueces tienen la facultad denotativa*. Determinar si una acción entra en un tipo penal u otro.

**El tipo penal en sentido estricto es la conducta**. Los tipos penales pueden ser clasificados de diferentes maneras:

* **Activos**: despliega una acción.
* **Omisivos**: despliega una omisión. No hacer lo que me es mandado hacer.

Entre los **omisivos** hay dos **variaciones**:

* **Omisión propia**: es la mera inactividad. Ej.: si hay una persona en situación de riesgo y yo puedo ayudarla sin estar yo en riesgo, o si puedo llamar a las autoridades y no lo hago, tiene una pena de multa.
* **Omisión impropia**: aquellos “no hacer” que resultan punibles cuando *hay un resultado lesivo*. Ej.: si pongo a una persona en situación de riesgo, la abandono y muere. Tiene una pena de 5/15 años de prisión. El abandono de persona puede ser propia (art.108) o impropia (art.106) depende del caso.

En contra cara hay dos **variaciones de los activos**:

* **Activos de resultado**: se construyen requiriendo una consecuencia lesiva distinta a la propia acción. Ej.: para matar a otro se necesita una acción prohibida y un resultado.
* **Activos de mera actividad**: cuando lo prohibido es directamente realizar la conducta. Ej.: voy a juicio oral y público contra un socio y digo mentiras. Eso es falso testimonio, la sola actividad de ir y mentir aunque el juez no me crea, ya es delito.

Hay delitos:

* **De lesión**: que algo en la realidad haya sido modificado, pasado de un estado a otro. Un resultado lesivo.
* **De peligro**: aquellos donde al sujeto se lo castiga por el riesgo de un resultado lesivo, no por el resultado en sí. Ej.: ir con un calibre 32 cargado. El estado los prohíbe *porque el peligro es muy cercano, o aunque sea lejano si se concretara seria insalvable*. **Y se dividen en delitos de peligro**:
* **Abstracto**: no se requiere ninguna comprobación. Algo que puede provocar riesgo. Ej.: la tenencia de armas.
* **Concreto**: se debe comprobar que en el caso hubo un peligro concreto. Ej.: en un incendio, se tiene que probar que puso en riesgo la vida de otro.

Fallo donde habla Lorenzetti: dice que los delitos de peligro abstracto no existen. Que son inconstitucionales. Si no hay un daño concreto no puede haber una conducta prohibida. (Según el profe lo dice mal).

**Tipos penales especiales por su autor**:

* **Propios**: funcionarios públicos. Solo pueden ser cometidos por determinadas personas, hay que tener determinada característica. Ej.: el funcionario público que toma el dinero de la administración para determinado fin y lo utiliza para otro. Si yo soy funcionario público y mi hermano me ayuda, él es participe pero no puede ser “malversador de fondos públicos” porque él no tiene el deber jurídico.
* **Impropios**: se requiere de cierta condición, que en general todos podemos tener, determinado vínculo. Una situación especial de autoría, específica en esa relación. Delitos especiales. Ej.: matar a un hijo.

**Tipos que castigan**:

* **Doloso.**
* **Culposo.** Solo están cuando expresamente los prevé la ley. La ley no siempre es clara, a veces no se sabe si es culposo o doloso. Y esto es importante porque si es culposo tiene menos pena. Ej.: homicidio en un robo de 10/25 años de prisión, hay quien dice que esta muerte solo puede ser dolosa. Con lo cual que si cuando está robando por un obrar imprudente, la victima muere, este homicidio queda fuera del doloso y hay menos pena.

**Otra clasificación:**

* **Inmediatos:** en el momento. Acción y resultado. Ej.: homicidio.
* **Permanentes**: siguen cometiéndose. Resultado que se repite en el tiempo. Ej.: el secuestro.

Algunas tienen trascendencia teórica, otras en la determinación.

Los tipos penales tienen en su interior ciertos elementos esenciales:

1. **Descriptivos:** los elementos que entran por los sentidos. No necesito de una valoración moral. Ej.: el que matare a otro, yo veo al otro.
2. **Valorativos**: son aquellos elementos que traen más problemas en los tipos penales porque son aquellos que intentan ser definidos de manera connotativa en sus propiedades a partir de valoraciones morales. Ej.: exhibiciones obscenas. Depende de la propia valoración.
3. **Normativos** (algunos dicen que es una sub especie de los valorativos): aquellos que para entender no dependen ni de mis sentidos, ni de valoraciones morales, sino de lo que la ley dice. Ej.: un cheque. Si tiene los elementos es un cheque, sino no lo es.

Todos los elementos de tipos penales son en el fondo son normativos, porque la ley los define también. Ej.: Definición de muerte: cuando cumple las condiciones de donar órganos ya está muerto.

**Principio de legalidad, principio de tipicidad**:

1. La no retroactividad.
2. La analogía en contra del imputado nunca se puede aplicar. Si fuera a favor sí.
3. La prohibición de indeterminación.
4. La tipicidad también tiene un valor sistemático: cuando reconozco el tipo penal voy a saber cuándo hay tentativa, consumación, autor y co-participe. Y de prescripción.

**TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL NRO. 15, Caso Bruno, Héctor Omar:** Se requirió la realización de un juicio respecto de Héctor Omar Bruno, imputándole La conducta cometida el día 10 de enero de 2016, cerca de las 12.30 hs., en el interior del supermercado DIA%, ocasión en la que intentó apoderarse ilegítimamente de tres envases de acondicionador y dos envases de shampoo para lo cual utilizó violencia física sobre la persona de Noemí Beatriz Villalba, produciéndose un forcejeo entre ambos, ocasionando que la nombrada resulte lesionada en el dedo índice izquierdo. La defensa solicitó, en los términos de los arts. 334, 358 y 361 del CPPN, que se dispusiera el sobreseimiento de Bruno por entender que la acción penal debe considerarse extinguida ya que la afectación del bien jurídico relacionado a la conducta que se le imputa es insignificante. En consecuencia, la afectación insignificante del bien jurídico que se le imputa a Bruno implica que la acción no encuadra en una figura legal. Por ello, debe hacerse lugar al pedido de la defensa y sobreseerlo. Por todo lo expuesto, en función del art. 25.4 del CPPN, se resuelve: SOBRESEER A HÉCTOR OMAR BRUNO respecto del hecho por el cual mediara requerimiento de juicio (art. 336.3 CPPN) y, en cumplimiento de lo indicado por el art. 336 2do párr., declarar que la formación del presente proceso no ha afectado su buen nombre y honor.

**Elementos subjetivos del tipo: DOLO.**

El tipo es la descripción de una acción humana prohibida amenazada de pena, la ley le pone como pena como consecuente en caso de su realización. En sentido estricto el tipo es la descripción de una conducta, pero a veces la exigencia de tipicidad exige que también la pena este establecida de manera clara (principio de legalidad). Hay diferentes clasificaciones de tipo, según el autor, según la acción o la omisión, según la actividad o el resultado, según el peligro de lesión, etc.

Hasta ahora lo que vimos es el tipo objetivo, o sea, la descripción de aquello que ocurre. Ahora lo que vamos a ver es un elemento esencial dentro del análisis del tipo penal que es el tipo subjetivo pero de los delitos dolosos.

**EL DOLO:** Hubo una discusión teórica sobre todo en la década del ’70 hasta los ’80 entre finalismo y causalismo, que eran dos escuelas que definían la acción de manera distinta. Y termino ganando el finalismo, porque todos los presupuestos que el finalismo introdujo se fueron convirtiendo en aquellos que todos compartimos hoy en la definición, elementos que hoy se entienden parte de la definición de delito. Pero hasta el finalismo no estaba incluido en el tipo, sino en la culpabilidad. En algunos autores esto no está, porque para los causalistas el dolo está en la culpabilidad. Para nosotros que somos **tributarios,** la consecuencia del finalismo, el dolo es la parte subjetiva del tipo penal, aquello que el sujeto conoce o conoce y quiere de aquello que está haciendo. Ej.: mato a alguien con un cuchillo. El tipo objetivo es “*matar a otro*” que esta receptado en el art 79 del CP que impone de 8/25 años. ¿*Qué es lo que objetivamente hizo*? Agarro un cuchillo y se lo tiro al pecho a la persona, es lo que el tipo penal prescribe. Cuando lo detienen dice que pensó que era un maniquí. Van a juicio. Este juicio lo que está tratando de dilucidar es el contenido del tipo subjetivo. Es decir, si sabía que iba a matar a alguien o si no sabía. De eso trata, *del dolo, que el sujeto sepa o no, o sepa y quiera, aquello que está haciendo*.

**Righi:**

**Error de tipo:** es la forma en que la ausencia del conocimiento en el tipo subjetivo, o sea, la eliminación del dolo, haga como el tipo subjetivo no esté complete la conducta no sea típica.

**El** **dolo requiere de dos cosas** dependiendo del autor, **conocimiento e intención**. Si no hay conocimiento no hay dolo. Con solo desconocer el tipo objetivo no es solo el tipo penal, sino también lo que está ocurriendo y que está en el tipo penal.

*La pregunta no sería si sabía lo que decía la ley, sino si sabía que estaba matando a alguien*.

* Para la **teoría clásica del dolo,** que todavía es la teoría dominante, el **dolo está conformado por el conocimiento de lo que se hace + la voluntad de hacer lo que se hace.** Hay dolo cuando yo conozco lo que hago y quiero lo que hago. No quiero de deseo, sino el querer de la conducta específica que se está haciendo.
* **Tesis del conocimiento**, dice que la voluntad es irrelevante, **el dolo** no es lo que yo quiero, **es lo que yo conozco que hago**. Lo que yo quiero no lo van a saber nunca, y es cierto que lo que yo conozco tampoco lo van a saber nunca, pero si es cierto que el conocimiento me permite reconocer el mundo.

Yo no sé porque le tiro el cuchillo, pero lo que sé es que el agarro el cuchillo y se lo tipo a una persona, que él sabía que lo que tiraba era un cuchillo y que esa persona estaba ahí, para que me voy a guiar por la voluntad. Entonces hay una serie de teorías que desde hace bastantes años que pujan por dejar a la voluntad fuera del dolo, que dicen que la voluntad es irrelevante, no forma parte del dolo. El dolo es solo el conocimiento.

**Bacigalupo:**

**Dolo** es **conocimiento del riesgo**.

* El dolo según una clasificación, puede dividirse en tres especies:
* **Dolo directo**: el conocimiento certero de lo que hago, el conocimiento de lo que hago.

{Lo ‘directo’ en el dolo directo es la voluntad, no el conocimiento. Luego definamos cual voluntad.} *Acotación {otra segunda posibilidad es sacar la voluntad}*

* **Dolo indirecto o de consecuencia necesaria**: es aquel dolo, aquella acción del sujeto que va dirigida a un resultado a sabiendas que se van a producir otros resultados antes de llegar al resultado que quiere.

Ej.: pongo una bomba en el auto del ministro para que explote cuando pasa frente a la esquina. El ministro va en el auto con un chofer y el auto va a volar por los aires, yo no quiero que muera el chofer, pero aquí mi voluntad es irrelevante en la medida que yo sé que dirigiendo mi conducta hacia el ministro, voy a volar también al chofer.

*Para la tesis del conocimiento esto es dolo directo*.

*Para la tesis de la voluntad de la teoría clásica hay diferenciación entre dolo directo (conozco y quiero) e indirecto (conozco y continuo con la conducta aunque sé que necesariamente el resultado lesivo se va a producir igual {pero no quiero})*.

**FALLO “LOS PITBULL”:** Hay una persona que tiene muchos perros pitbull que pasea, y que tiene antecedentes de perros que atacan a personas y a otros animales a dentro del barrio. Esta persona deja a *un perro pitbull sin bozal y la soga más larga de la que dice el reglamento*, lo deja atado ahí mucho tiempo solo, en un lugar de accesos a personas. Entonces un nene se acerca al perro que entraba y salida del auto con una fuerte movilidad, porque la ventana estaba rota, y como prueba de que el perro salía es que había un balde afuera del auto para que el perro se refrescara. La soga era muy larga y el perro tenía acceso a los terrenos linderos aún atado al auto. El perro muerde al chico y lo mata. Es un perro agresivo, se hacen estudios para medir la agresividad del perro. Lo degollaron al perro. Hay peritos, especialistas, la ley de la provincia de Buenos Aires que cataloga al perro con determinada peligrosidad. *No era el dueño del perro, era el que lo cuidaba, por eso era más riesgoso.* Ni siquiera era de él, se lo habían dado hace poco para que se aparee con otra perra. Dos de los jueces dicen “homicidio doloso” y el tercero “homicidio culposo”. Acá la cuestión es la siguiente ¿*quería el que cuidaba el perro, que este matara al nene*? ¿*Hubo dolo directo de matar al chico*?, No. Pero sabía del riesgo, es imprudente.

* **Dolo eventual (el problema del derecho):** empieza a haber situaciones en la vida cotidiana que son materia de decisión de los jueces, donde no queda claro que es lo que el sujeto quiere. Incluso que quiere lo contrario.

Pero el nivel de riesgo al que pone a los demás es tan alto que la conducta no puede ser catalogada simplemente como la violación de una mera regla de cuidado, un no haber sido prudente. Sino un actuar con un conocimiento de una probabilidad relevante de que los daños que provoca a terceros pueden ser lesivos o fatales. Ej.: en España había un grupo de tipos que hacían apuestas a ver si llegaban a otra ciudad en una autopista en contramano. ¿*Querían estas personas matarse o matar a otros*? Y no, ellos hacían apuestas de mucho dinero, querían ganar dinero, probarse a sí mismos que lo podían hacer. ¿*Querían que la combi que volvía de la excursión chocara con ellos y murieran 25 chicos*? No querían. Entonces ¿*la conducta era meramente imprudente*? ¿*O el nivel de riesgo al que los sometía permitía decir que ese conocimiento del riesgo era suficiente para entender que la conducta estaba atrapada por el dolo*? Ese es el gran problema, también es el gran problema de la causa de “Los pitbull”. El cuidador no quería que el chico se muriera, ahora ¿*Cuánto riesgo pone hasta que el chico se muere*? Si yo hago todo lo necesario para que el otro se muera ¿*Cómo puedo afirmar que no me hago de las consecuencias cuando yo fui el que genero todas las causales que desembocaron en esa muerte sabiendo el contenido de esas causales*? Porque una cosa es que yo no sepa, que me equivoco de perro o que el pongo el bozal pero no me doy cuenta y se le cae. Otro ej.: voy con el auto con exceso de velocidad y atropello a alguien, esto es un delito culposo, fui imprudente. Si voy con exceso de velocidad, sin frenos, manejando con una sola mano y con auriculares, sin luces, de noche y en contramano… ¿*hay un momento donde la cantidad de riesgo que le agrego a la conducta que yo realizo me permite pensar que estoy actuando con dolo*? ¿*O siempre sigue siendo imprudente si yo no pruebo la voluntad del autor*?

Nuestra ley tiene en principio, salvo algunos tipos penales:

* Dolo
* Culpa

No tiene más. El proyecto de código penal decía que hay dolo, hay culpa y no hay dolo eventual, pero hay una culpa muy grave que vamos a llamar **temeridad**.

Esta es una solución que algunos sistemas encuentran al dolo eventual. Dicen: el dolo es el conocimiento directo de como consecuencia un resultado o conocimiento y voluntad. La culpa es aquello obrado con imprudencia. Y la temeridad es una etapa intermedia entre dolo y culpa que hace cosas excesivamente riesgosas, poniendo en excesivo riesgo los bienes de los otros sin voluntad de provocar el daño. En nuestro derecho, esta temeridad no existía hasta hace dos o tres años. Entonces teníamos el dolo y la culpa. Ahora en el medio está el tipo que va a un prostíbulo y se acuesta con una chica, esa chica bajita y no sabe que tiene doce años. Él dice que no sabía que era menor, en la trata. No se le puede acusar de violación, su intención no era esa. Ahí le podemos preguntar ¿*el contexto que me permite concluir del conocimiento que tenías*? Si sabias que esto era algo que podía estar pasando de los elementos del contexto, por cómo estaba la chica, si cuando le preguntaste la edad titubeó. Entonces lo que si ocurre es que ahí, algunas conductas intermedias entre el dolo y la culpa que tienen tal alto grado de dañosidad, de peligro de provocar una lesión que el concepto de dolo eventual lo que hace es englobarla dentro del concepto de dolo. Con el conocimiento de una conducta con una alta probabilidad de daño me alcanza para concluir que una conducta es dolosa.

* Las teorías que permiten explicar el dolo eventual tienen dos ramificaciones:
* **Las teorías de la probabilidad:** basta saber que hay una alta probabilidad de resultado para juzgar esa conducta como dolosa. **Sansineti:** “para la vida en comunidad cuando los hechos provocan un nivel de lesividad tan alto ya son dolosos”.
* **Las teorías del consentimiento (voluntad):** esta es de aquellas teorías que como siguen sosteniendo la voluntad como parte del dolo, encuentran una voluntad fragmentaria si se quiere decir, una voluntad degradada, que es la voluntad simplemente de consentir el resultado que se va a producir. Cuando le es indiferente en su voluntad ante la alta probabilidad del resultado y desprecia el resultado. Estas teorías dicen que el **dolo es este conocimiento de alta probabilidad + esta predisposición voluntaria, de indiferencia, consentimiento del resultado**.

Ej.: una persona en una ciudad, en una banda de mendigo, cuando nacían los chicos, los juntaban y los mutilaban, para que esta mutilación les permitiera recolectar más dinero. Las personas que realizan estas mutilaciones y el chico se le muere por una infección, cuando le preguntan si quería que se muriera responden que no, que no es negocio que se muera. Pero cuando le mutilan a un chico de esa manera la probabilidad que se muera es muy alta.

Estos ejemplos ayudan a explicar porque el **dolo eventual empieza a separarse de la voluntad o con una voluntad más desdibujada, para ponerle más relevancia al conocimiento de la probabilidad.**

* **Siguiendo esta idea… ¿en el dolo eventual hay algo directo?**

No, porque si es directa la voluntad es dolo directo, y si es directo el conocimiento es dolo indirecto. Si uno tuviera que definir por la negativa el dolo eventual diría que es un dolo en el que ni el conocimiento es seguro, ni la voluntad es directa.

Es un dolo que requiere alguno de estos elementos pero ninguno es seguro, ni directo. La discusión es, la tendencia, es hacia el conocimiento del riesgo. En estos ejemplos, para que sea dolo eventual, debe haber un conocimiento de un alto riesgo. La cosa es, cuando alguien realiza una conducta altamente riesgosa y no quiere que se realice el resultado que produce, uno podría preguntar ¿*y qué es lo importante acá*? ¿*Tiene alguna relevancia*? Creo que las distinciones que hicimos antes consisten en lo siguiente: O lo que tengo que querer es exactamente el riesgo que provoco. En cambio hay otra corriente que le agrega un elemento a esto, y ya no es solo querer lo que sé. Sino que se le agrega un **elemento** que podemos llamar “**maldad**”. Tiene que haber un condimento de maldad. Por ej.: que en el fondo consienta lo que paso, o que lo asienta, o que no me importe. Entonces eso no tiene que ver con lo que se, eso tiene que ver con algo que siento, que más tiene que ver con lo que quiero que con lo que se. O con lo que no me importa que pase. En la práctica, un hecho con dolo eventual puede tener más reproche, pena, que con dolo directo.

* **El problema del “dolo-metro**”: tener un dolo-metro, significaría que las personas como seres racionales, actúa de una manera en la que mida probabilidades y actúa, y quiere la probabilidad que valora. Eso tiene muchos problemas, porque de pronto no es así. Y por otro lado, es que muchas veces se equivoca en la valoración de las probabilidades. El que se equivoque en las valoraciones de las probabilidades es una cuestión de error. Muchas veces, las personas quieren cosas que son muy improbables. Ej.: el deseo de sacar la lotería, el deseo es directo. Otras veces, hacemos cosas que es muy probable que ocurran sin querer que ocurran.

Ahí está como juega esa relación entre voluntad y conocimiento.

* **Una solución:** es la que se hablaba antes, suprimo la voluntad, y la voluntad es la voluntad de la máquina, que acompaña lo que sé.
* **La otra solución:** Ej.: un tipo con Parkinson tiene una pistola que de cada 100 tiros, 1 llega al fondo del salón. Tira 100 y 1 le da alguien y muere. ¿Es culposo porque la probabilidad era de 1/100?

**No importa la probabilidad de que suceda, lo que importa es el conocimiento de que tipo de riesgo era este.**

Disparar a otro con un arma que puede alcanzarle en alguna medida es un riesgo doloso, por lo tanto, la concreción de ese riesgo como mínimo entra dentro de esta constelación de casos.

* **Cuatro tipos de errores:**

1. **Dolus generalis:** es el caso de acciones compuestas que provocan resultados distintos a los que el sujeto conoce o quiere. En estas condiciones: Yo quiero matar a mi vecino, “pum” le pego en la cabeza y lo veo muerto, después lo pongo en una bolsa y lo tiro al rio. Homicidio. Ahora, se prueba cuando se descubre el cadáver, que el golpe solo lo había dejado inconsciente y que aquello que lo mató, fue el ahogamiento en el rio. La pregunta es ¿rige el dolo para toda la cadena como un solo homicidio? ¿O se dividen las dos acciones que conformaron la cadena de hechos, entonces la primera es un golpe con lesiones y la segunda un homicidio? ¿Que hubo acá, un homicidio con conductas complejas o hubo dos actos distintos? Primer momento: le pego con intenciones de matarlo y lo pongo en una bolsa. Hasta ahí sería una tentativa de homicidio doloso. Si sobrevivía quedaba así. Si lo que pasa es el segundo momento: lo tiro al rio y ahí se ahoga. Homicidio culposo. O sea habría una tentativa de homicidio doloso, en concurso con un homicidio culposo. O hay un solo homicidio. El problema que se plantea es que **el dolo tiene que existir al momento del hecho**, entonces, cuando lo tira al rio es cuando lo está matando, no cuando le pego el martillazo. Y si el dolo tiene que existir al momento del hecho, NO HAY DOLO cuando lo tira al rio. **El dolo, en el tipo subjetivo ni es la decisión anterior, ni es lo que uno se da cuenta que hizo, el dolo es lo que pasa mientras está haciendo el hecho.** Hay quienes piensan que para resolver este problema habría que ver si las acciones son separadas en el tiempo o no. Si le pega y creyendo que lo mató, lo sube al auto y lo tiene toda la noche pensando en que hacer, hasta que a la mañana decide tirarlo al rio, es más fácil decir que hay tentativa de homicidio doloso en la noche y luego a la mañana un homicidio **culposo**. **Lo que interesa no es como penar más al imputado, sino penarlo como corresponde.**
2. **Aberratio ictus:** ej.: cuando yo disparo mi arma contra una persona (persona 1) y le pego a la otra, llamémosla persona 2. Y mi voluntad iba dirigida a la persona 1. Hubo un error en como la acción se desarrolla en el tiempo, y acá la decisión que corresponde tomar va a variar de dos maneras:

**Manera 1:** si yo le disparo a la persona 1 en una situación en la que es probable que también muera la persona 2**, la acción es con dolo eventual**, hay una alta probabilidad que también muera la persona 2. En ese sentido, el disparo es con dolo eventual en la medida que mi acción se proyecta en todos los que están en el foco de respuesta donde va a acabar el proyectil.

**Manera 2:** si yo le disparo a la persona 1 pero por imprudencia, por mis propios errores, le doy a la persona 2 cuando no tenía que darle, es **una tentativa de homicidio de la persona 1 con un homicidio culposo de la persona 2**.

El error va a ser relevante para calcular si es un mismo hecho o si el dolo de una cómo se va a proyectar sobre la otra. Si yo a la otra la mato de manera imprudente entonces sería un homicidio culposo. Ahora si hay un vendaval único en la historia de la argentina, y la bala que iba para la persona 1 le da a la persona 2, incluso puedo ser impune. Solo habría tentativa de homicidio de la persona 1. Tentativa para el que era el receptor de esa acción dolosa. Y homicidio doloso o culposo, incluso la impunidad, de acuerdo a la probabilidad que tenía de pasar para la persona 2.

1. **Error in personam:** veo a la persona 2 y pienso que es la persona 1, le disparo a la persona 2 creyendo que es la 1. **El error no está en cómo yo disparo ni en como la bala va hacia mi objetivo, sino en que mi objetivo no es el que yo creía que era.** Esto en principio es irrelevante si la ley castiga solo matar a las personas, porque la ley no diferencia entre matar a la persona 1 o a la persona 2. Pero si fuera que mate a mi mama pensando que era la persona 1 (matricidio, perpetua), ahí **el error excluye el agravante**, porque yo no querría matar a mi mamá. No habría voluntad. Los tipos agravados tiene todo lo que tiene un tipo básico más un agregado, por ejemplo, el homicidio simple es matar a otro, pena de 8/25 años. Ahora, si cuando mato a otro hay algo más negativo que de un plus de negatividad a esta acción, tengo cadena perpetua. Ej.: cuando mato por deber o hacer religioso. Otro ejemplo: cuando mato con veneno. Otro ejemplo: cuando mato a mi papá. Eso es más grave. Entonces estas agravantes, también tienen que ser alcanzadas por el tipo penal.
2. **Error en el nexo causal:** yo creo que mi conducta provoca un resultado (resultado 1) pero provoca otro (resultado 2) o provoca ese resultado 1 de otra manera. Hay errores en el nexo causal que son irrelevantes, por ejemplo: Agarro a la víctima viva y la tiro del puente para que muera ahogada pero muere contra las rocas del rio. Ahí es irrelevante porque dentro de la secuencia esta, tirar a la persona del puente. Pero es relevantemente diferente, lo que veo es una tentativa de aquello que quiero, con una proyección del dolo con la impunidad de que aquello que sucedió sucediera. Por ejemplo, lo empujo a la pileta para hacerle una joda, se da contra el borde y se muere. Mi proyección, mi dolo no era de delito, era dar un susto, esta modificación en el nexo causal en la que se da la cabeza en el borde y muere, es relevante. Entonces**, no se le puede imputar dolosamente esta modificación del nexo causal, porque mi dolo iba dirigido a otro lado.**

**Delitos de Comisión, Omisión y Comisión por Omisión:**

* **Tipos activos**

Hay tipos activos, que son los que vimos hasta ahora, en los cuales se prohíbe realizar una conducta de modo positivo. Se prohíbe, por ejemplo, en el homicidio simple la acción de matar, que es una acción que causa el resultado muerte que también está previsto en este tipo. Los tipos que están estructurados como tipos activos, prohíben realizar la conducta prohibida, conducta que a su vez es la que causa un determinado resultado que esta también previsto en el tipo objetivo.

* **¿qué diferencia hay en los tipos omisivos?**

En realidad en los tipos omisivos se ordena realizar una determinada acción, a diferencia de lo que ocurre en los tipos activos, donde se prohíbe realizar una conducta, en los tipos omisivos se ordena realizar una conducta. Un ejemplo del tipo omisivo clásico es el del **art. 108 CP “omisión de auxilio”**: *Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta ($750) a pesos doce mil quinientos ($12.500) el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera;* ***omitiere prestarle el auxilio necesario****, cuando pudiere hacerlo* ***sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.*** Esto se funda en un deber de solidaridad.

* **¿qué diferencia se nota entre este articulo y el artículo 79 CP que dice: “al que matare a otro”?**

Que en el artículo 79 CP que reprime al “homicidio simple”, lo que se prohíbe es la conducta positiva de matar. En cambio acá en el art. 108 CP la “omisión de auxilio”, lo que se castiga es omitir una determinada conducta, es decir, que lo que se ordena es realizar una determinada conducta.

* **¿en el fondo que se prohíbe?**

Realizar cualquier conducta distinta de la ordenada. En ese contexto, realizar cualquier conducta distinta que prestar el auxilio está castigado.

Hay distintos tipos omisivos, porque algunos como este que acabamos de ver, en realidad castigan simplemente la no realización de la conducta ordenada por el tipo, que es objeto de castigo, y nada más. Pero hay otros tipos en los cuales en realidad, además de eso se establece una equiparación entre una conducta activa y una conducta omisiva. Un ejemplo de esto puede ser el **art. 275 CP** que reprime el **“falso testimonio”**, otro ejemplo de esto puede ser el **art. 239 CP** que reprime tanto la **“desobediencia como la resistencia a la autoridad”**. Hay que fijarse en que estas figuras están estructuradas de un modo tal que se reprime tanto una conducta activa como una conducta omisiva que se equipara. **Art. 275 CP:** “*Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años, el testigo, perito o intérprete que* ***afirmare una falsedad o negare o callare la verdad****, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente. Si el falso testimonio se cometiere en una causa criminal, en perjuicio del inculpado, la pena será de uno a diez años de reclusión o prisión. En todos los casos se impondrá al reo, además, inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena”.*

* “Afirmar” es una acción positiva, lo mismo “negare”.
* Pero “callar” es una omisión, guardar silencio.

Pero como en esta figura las acciones son activas y omisivas, se prevé y se castiga de un modo en que se equiparan las conductas activas y omisivas. Conductas que se ordena no realizarlas, y una conducta que se ordena hacer, es decir, que hay un *mandato de acción* “no callar la verdad” que *obliga a decir la verdad*.

**Art. 239 CP:** “*Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.* Equipara dos conductas, “resistir” exige un quehacer activo, con una conducta que es omisiva “desobedecer”. Tanto en el 275 como en el 239 hay en un mismo tipo está atrapado una conducta activa y una omisiva. La conducta activa es en la cual lo prohibido es realizar la conducta. Y en el tipo omisivo hay un mandato de acción, hay que realizar la conducta ordenada. Y la realización de cualquier conducta diferente de la ordenada está castigada.

* **El gran problema: “LAS OMISIONES IMPROPIAS”**

En las omisiones impropias ¿*qué es lo central*? Es que se castiga la no evitación de un resultado, cuando el resultado en realidad está previsto por un tipo expreso consagrado en el código penal, solo en su modalidad activa. Ej.: una madre mata a su hijo, ahogándolo con una almohada. ¿*Qué hizo*? Un homicidio que estará agravado por el vínculo, que es una conducta activa. Con ese hacer causo la muerte, es decir, hay relación de causalidad natural entre su quehacer activo y el resultado que se verifica. *¿Qué pasaría si en vez de esto, no le da de comer por el tiempo suficiente a la criatura para que esta también muera, en este caso por inanición?* Acá habría una conducta omisiva. Entonces algún sector, o se ha discutido en el campo del derecho penal:

* Si este otro comportamiento, dejar que un curso causal avance hasta la producción del resultado sin interrumpirlo puede hacerse equivalente a causar ese resultado a través de un quehacer activo.
* Si queremos equiparar la conducta de “madre 1” que coloca el almohadón sobre la cara del bebe y lo ahoga, a la de la “madre 2” que deja transcurrir el tiempo prolongado sin darle de comer al bebe y provoca el mismo resultado, la muerte del bebe.

Esto es lo que se discute sobre las omisiones impropias. Algún sector de la doctrina sostiene que esta conducta de la “madre 2”, merecería ser atrapada, igual que la conducta de la “madre 1”, en la figura del homicidio agravado por el vínculo, *homicidio del 79 con el agravante del 80*. Pero si leemos la previsión legal del 79 y del 80, está redactado como una figura del tipo activo, donde se prohíbe un quehacer activo que causa el resultado muerte. La redacción del tipo esta direccionada a atrapar la conducta activa. Y la discusión es si puede atrapar también la conducta omisiva. *¿Qué se puede provocar frente a esta situación? ¿Con que problema podría estar vinculado?* Para que se pueda imponer desde el estado un castigo a una persona con pena de prisión tiene que existir una ley anterior. **Principio de legalidad**:

* Exige descripción de la conducta que tiene relevancia penal.
* Y previsión expresa de un castigo.

El problema se daría en la descripción de la conducta, se planteó en doctrina que no es lo mismo la conducta activa que la conducta omisiva. Y que el tipo penal en cuestión solo atrapa la conducta activa y no la omisiva. Si las igualamos estamos haciendo **analogía prohibida**, se está igualando a la conducta que si está prevista una que no está prevista para también considerarla típica y atrapada por ese tipo penal y poder imponer ese castigo.

Si el tipo dice “el que matare a otro” pero no específica cómo, ¿*por qué el no darle de comer a la criatura no puede ser considerado como matarla*? Eso es lo que dice Bacigalupo, dice que “*el lenguaje es ambiguo y podría entenderse que captura ambas situaciones*”. Esa conducta de no darle de comer al chico, ¿*no está tipificada también*? Zaffaroni señala, por ejemplo, que *es inconstitucional porque* “*es una analogía prohibida que viola el principio de legalidad”*… agrega que “*toda esta discusión es innecesaria porque esto no llevaría* (a la madre 2) *a la impunidad, hay una norma* (que es el art. 106 PC que se le aplica como agravante el art. 107 PC) *que permitiría atrapar esa conducta y darle una respuesta, que es bastante severa. Que no hay mucha diferencia de pena con la que hubiera correspondido con las normas que atrapan las conductas activas”.*

Un requisito de la omisión impropia es que haya una **No evitación del mismo resultado** que prevé el tipo que está en principio redactado para la conducta activa con seguridad. Algo que muchos países hacen para solucionar este problema es poner una **“cláusula de conversión”**. Como había esta discusión hay autores extremos como Zaffaroni que dicen que si quieren atrapar esas conductas hay que crear legislación, tipos en el código penal omisivos, cuando el legislador no lo ha hecho, no se puede hacer eso, porque esto provoca violentar el principio de legalidad. Agrega que los bienes jurídicos más importantes como la vida con esta respuesta que dan el 106 y 107 están protegidos, y otros delitos que tienen que ver con el orden constitucional, también están castigadas las conductas omisivas. Los bienes jurídicos más importantes son la vida y el estado, el estado porque garantiza los otros bienes. *Esta es una postura.* Zaffaroni no está de acuerdo con lo que han hecho en España y en Alemania, crearon un artículo que en el alemán es el 13, y 11 en el español, que prevén una cláusula de conversión en la parte general de este código. *Que lo que permite es decir: cuando se den estos supuestos, reglas que acá preveo un tipo omisivo va a ser equivalente a un tipo activo”.* Como está la cláusula general de conversión no se viola el principio de legalidad aunque no esté el tipo omisivo al lado del activo. *Zaffaroni no lo acepta porque estas normas, a veces tienen grados de imprecisión, y entiende que no resuelven verdaderamente el problema.*

No es lo mismo castigar la conducta activa como la omisiva, en el ejemplo, no sabemos quién no le da de comer al bebe, pero si quien lo mata con la almohada. La punición en el tipo omisivo podría ser muy amplia y entonces se agravaría todavía más el principio de legalidad, porque abriría un abanico muy amplio de posibles autores del delito. ¿*Hasta dónde llegar*? Para tratar de poner un límite a eso, se creó doctrinariamente un concepto que es el de **Posición de Garante**, que dice que “*de modo omisivo, no es un delito que lo puede cometer cualquiera, solo lo pueden cometer los que tienen que responder por no haber evitado el resultado, que son menos que los que lo pueden realizar activamente”*. Aun para los que admiten podría ser constitucional esta equiparación, para limitarla y que no sea tan amplio el espectro de autores, lo que hacen es decir es que para poder castigarlo tiene que estar en posición de garante respecto de este bien jurídico protegido.

Ej.: en el caso del bebe que muere por inanición, no están en la misma posición el almacenero que vive abajo que la madre y el padre. La madre y el padre tienen la posición de garante respecto del bien jurídico protegido, el almacenero no.

Otra pauta que también se toma es la **Equivalencia en la gravedad**, tiene que haber una equiparación valorativa entre el hacer y el omitir. En líneas generales se piensa que el quehacer activo es más grave, tanto así que la norma general del código penal alemán permite atenuar cuando es a título omisivo. Si bien se exige el piso de igualdad valorativa, se entiende que es más grave el tipo activo.

**La diferencia entre acción y omisión:** acción seria el quehacer activo y la omisión seria el no realizar la conducta mandada.

*En el mundo real ¿hay omisiones? ¿O para entender lo que es una omisión, tenemos que ir primero al tipo penal?* En el plano ontológico o mundo real o plano pre-típico, lo que hay es acciones. Si la madre no le dio de comer, probablemente en el mundo real estaba viendo la tele, y dejo que el chico avanzara con el proceso de inanición que concluiría con su muerte. En el mundo real no vamos a encontrar un “no hacer nada”, sino un hacer distinto al ordenado. Pero se castiga cualquier conducta que sea distinta de la ordenada, el no hacer lo ordenado ya es suficiente para que esa figura penal se encuentre atrapada por esa figura penal. Para entender una omisión, tenemos que partir de los tipos penales, no podemos pensarla sin recurrir a los tipos.

*Otro problema: en la acción, cuando hay un quehacer activo, entre la acción y el resultado ¿hay causalidad natural?* En el caso de la madre que ahoga al chico con la almohada, sí. Provoca el resultado muerte. Si se quiere comprobar pericialmente, con la autopsia, sale muerte por ahogamiento. En el segundo ejemplo, no le dio de comer, entonces se pasó esas horas necesarias en las que por no comer se murió el bebé, viendo la tele. La acción de ver televisión ¿*tiene alguna relación de causalidad natural con el resultado*? No, lo que tiene es una **Causalidad Hipotética o Nexo Evitación o Causalidad Jurídica,** esto quiere decir que se supone, *se hace una suposición respecto de que la conducta ordenada hubiera impedido el resultado con una probabilidad casi certera*. En el fondo es un tema más de imputación objetiva que de causalidad natural, porque son criterios más normativos que criterios que tengan que ver con la causalidad de la naturaleza.

**Tipos Omisivos: Omisivos Propios:**

**Ej.: omisión de auxilio art. 108 CP elementos:**

**1. Situación típica generadora del deber de actuar**: Encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años o una persona amenazada, herida. Ahí surge el deber de actuar, cuando se da la situación descripta en la figura legal. Los omisivos propios están todos redactados en el código penal. ***Tipo objetivo***: Son de mera omisión, no se necesita de resultado. Se equipara al tipo de mera actividad, donde no se requiere de un resultado separable de la ejecución de la conducta.

Al ser de mera omisión, solo basta la no realización de la conducta debida.

**2. No realización acción ordenadora:** Se compara con la acción verdaderamente ejecutada. El deber de actuar rige para cualquiera (no posición de garante), es de solidaridad. Si hace cualquier cosa distinta, está en la figura.

**3. Poder de hecho para realizar la acción mandada**: Tiene que tener poder de hecho. Ej.: un paralitico en una fiesta al lado de la pileta, un chico chiquito se cae en la pileta… ¿*él puede realizar la acción mandada*? Ej. 108: Si la persona no podía socorrer sin colocarse él en riesgo o a otro, ni podía dar aviso. No podía hacerlo. Falta un elemento del tipo objetivo. ***Tipo subjetivo***: que vos puedas conocer todos estos elementos. O conocer y querer, dependiendo de la postura del dolo.

**Tipos Omisivos: Omisivos impropios (los tres elementos de la omisión propia son comunes) +** Se castiga la no evitación de un resultado cuando el resultado en realidad estaba previsto por un tipo expreso solo en su modalidad activa.

1. **Resultado exigido:** Resultado material, o resultado lesivo, o peligro concreto, estos resultados siempre están en un tipo objetivo, e incluso en un juicio hay que probarlos. No se trata de conductas de mera omisión, donde no hay un resultado separable de la mera omisión, tiene que haber un resultado para el bien jurídico que implique el haberlo lesionado o puesto en peligro concreto (a diferencia del tipo omisivo propio donde no se exige resultado).
2. **NEXO EVITACION /causalidad Hipotética**: *Representarse que hubiera pasado si la omisión desaparece*. Si el resultado desaparece con una probabilidad rayada en la seguridad, nexo comprobado. Si hay duda, zafa.
3. **Posición de garante, respecto del bien jurídico protegido:** Solo es responsable quien estaba en posición de garante.

***Criterio tradicional***:

Hablaba de *fuentes formales* (ley, contrato o conducta precedente).

* Porque la ley lo dice: Ej.: La madre es responsable porque el derecho de familia lo dice.
* Porque el contrato lo establece: Ej.: Si vamos de excursión y nos perdemos, pensamos que el guía de la excursión nos va a ayudar porque el contrato lo establece.
* Porque la conducta previa es lo que obliga a actuar: Ej.: si Juan protagoniza un incidente de tránsito, tenga o no responsabilidad culposa, pero deja al herido desangrándose, la conducta previa de él de haber sido el “protagonista del incidente” es lo que lo obliga a actuar.

Esta teoría se dejó de lado se criticó mucho porque estas cuestiones al ser civiles no traían consecuencias por incumplimiento respuestas penales.

Además porque esto permitía que se siguieran agregando fuentes, se agregó una cuarta que es la estrecha comunidad, entonces en una comunidad hippie como compartían el ámbito o el estilo de vida se podía pretender responsabilizar a unos por lo que sufriera otro, etc.

***Después vinieron los “Criterios materiales***”:

Hay dos posibilidades, o se está al cuidado de una fuente de peligro, por los daños que puede generar a un bien jurídico. Se debe vigilar esa fuente de peligro. Ej.: ser dueño de un pitbull. O tengo el cuidado sobre un bien jurídico específico frente a los peligros que le puedan ser dirigidos a ese bien. Ej.: una persona que tiene un padre grande. Le pone tres enfermeros en tres turnos distintos para que lo acompañen. El enfermero tiene que cuidar la vida y la integridad física de ese anciano respecto de cualquier peligro que pueda venir de cualquier lado, por ejemplo, si se descompone tiene que llamar a la ambulancia de la prepaga o el same. Darle los remedios, etc. Si no lo hace o hace cualquier cosa distinta como está en posición de garante, podría responder por el resultado que este previsto en una figura que está redactada como un tipo activo.

***Luego está la tercera teoría que es la “Teoría de las funciones”:***

Se abandona la idea de que tenga tanta relevancia la diferencia entre acción y la omisión, porque para establecer eso se basan en conceptos naturalistas. Hoy en día el derecho penal se construye de ideas y de conceptos normativos. Lo que importa son los deberes que las personas tienen que cumplir, que pueden surgir de dos cuestiones distintas:

1. **Organización de la actividad personal.**

Cualquiera organiza su propio plan de vida, sus propias actividades y tiene un espacio grande de libertad para actuar que tiene un solo límite: respetar, no dañar a terceros. Deber de organizar nuestra actividad respetando el riesgo permitido.

1. **Posición institucional del sujeto respecto del riesgo.**

Ej.: el guardabarrera tiene una posición institucional respecto del riesgo que implica una barrera que está a nivel del tránsito, cuando la barrera esta baja no pueden pasar ni autos ni peatones. Si él hace cualquier otra cosa distinta que bajar la barrera cuando viene el tren, él va a ser responsable porque él tiene una posición institucional en la que se funda su deber de evitar los resultados y su posición de garante. Infra constitucionalmente, el código penal establece que hay bienes jurídicos que están sobre otros.

**Texto de Makintach**: El jueves por la noche, el interno Mario Ortiz, de 23 años, apareció ahorcado en uno de los pabellones del Complejo Penitenciario Federal de Ezeiza. Aún no se determinó si fue un homicidio o un suicidio. Sus allegados descartan esta última posibilidad porque Ortiz, testigo de una muerte reciente de otro interno, en diciembre salía en libertad y no tenía un motivo para matarse. Lo cierto es que las versiones indican que fue abandonado a su suerte por un guardia cuando apenas habían pasado segundos de que se colgara. Son dos los deberes jurídicos de naturaleza pública que aparecen como esenciales: “vigilar”, para evitar fugas en el cumplimiento del régimen privativo de libertad y “cuidar” en la misión de protección de la vida, y bienes jurídicos fundamentales de quienes transitan la vida penitenciaria. El problema se presenta cuando la administración penitenciaria “…no vigila o no cuida…” y eso permite la afectación de la vida y la integridad física de los reclusos como medio de sometimiento o auto puesta en peligro. Una respuesta menos precipitada requiere indagar acerca de ¿quiénes deben responder por el resultado producido en los derechos de la víctima: Solo quien causó activamente el resultado o también quienes tenían el control del riesgo y comprometidos a evitar su desarrollo permitieron que sucediera el delito? Los lineamientos expuestos por la C.S.J.N. no dejan ya margen de duda al expresar: “…es el Estado el que se encuentra en una posición especial de garante, toda vez que las autoridades penitenciarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. De este modo, se produce una relación e interacción especial de sujeción entre la persona privada de libertad y el Estado, caracterizada por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al recluso se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna”. Habrá que determinar en qué condiciones y circunstancias el funcionario que no evita delitos dolosos intramuros contra la vida, la integridad física, el patrimonio o la libertad sexual responde en calidad de autor o participe en comisión por omisión de un homicidio, lesiones, robo o violación de un detenido para con otro en estado de indefensión producto de su reclusión. El estándar de decisión judicial frente a la responsabilidad jurídico penal del funcionario es confuso y plantea tres opciones posibles:

I. Su negación, convirtiendo a la cuestión en un interrogante que nunca llega a plantearse por los operadores del sistema, en una suerte de violencia institucional silenciada.

II. El tratamiento de la cuestión limitado a la consideración de una omisión pura y simple ligada a infracción de un mandato de nuda actividad y jurídicamente significado bajo el delito de incumplimiento de deberes de funcionario público. En estos armados típicos se privilegia la aplicación de tipos penales en los que el legislador optó por no integrar al resultado como elemento de su configuración. El ámbito de protección de la norma se circunscribe a resguardar la vigencia del principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, esto es, la regularidad de los actos funcionales ante la ley. La estructura del tipo se limita a la verificación de una acción distinta a la indicada y no establece ningún vínculo de imputación con el resultado lesivo de bienes jurídicos que pudiera ocurrir. Se aleja por mucho de los supuestos de comisión actuen por omisión, tanto en su configuración típica como en su contenido de injusto y magnitud de reproche.

III. La última e inexplorada opción evidencia que el poder de configuración que el ámbito carcelario otorga a sus funcionarios permite afirmar que la gran mayoría de los supuestos de los delitos dolosos sucedidos dentro de los calabozos solo puede ser explicados a partir de una necesaria participación en comisión por omisión por parte del agente penitenciario.

Si entonces asumimos que el funcionario es garante del interno y debe velar por su integridad en respeto al principio de dignidad humana, resta por determinar el alcance normativo y consecuencias jurídicas de tan noble postulado. En este contexto, la participación en comisión por omisión es la encargada de llenar el vacío evidenciado en muchos de los delitos dolosos intramuros, reportando en su singularidad la accesoreidad requerida como presupuesto a su existencia y teniendo en especial consideración que no obstante manejar la misma escala punitiva, la determinación de la pena del partícipe es de menor cuantía en su imposición otorgando al juzgador un mayor margen de discreción.

Caso Testigo: Detienen a un chico de 21 años que solo iba a pasar el fin de semana en la comisaria, y ya el lunes iba al juzgado y lo liberaban. En ese fin de semana otro preso que estaba en una celda continua a la suya, lo amenaza y por el descuido de los oficiales que estaban a cargo de ellos, en un momento que se abrieron las celdas para limpiar porque se había inundado, logro pasarse a la celda donde estaba este chico y le robo sus pertenencias y abusó sexualmente de él dos veces. Los oficiales también omitieron hacer la requisa porque ese recluso tenía un cuchillo, cuchillo con el cual amenazo al chico. El lunes el chico fue liberado y ahí hizo la denuncia por violación, abuso y robo. También denunciaba a los oficiales penitenciarios porque él pidió ayuda, y le respondieron que “no mariconee”. Violación*: la doctrina lo considera como delito de propia mano. Solo puede ser autor quien realizo la conducta*. En el caso de hoy se le quiere imputar a los guardias cárceles la violación a título de omisión impropia. Podemos considerar a título de criterios materiales, podemos considerar el cuidado de una fuente de peligro (el recluso) y el cuidado de un bien jurídico (la integridad del chico). Cuando un preso esta privado de su libertad está bajo responsabilidad del estado. El oficial estaría en una posición institucional pensándolo desde la teoría de las funciones. En cualquiera de los dos casos no hay duda que la gente del servicio está en posición de garante por los bienes jurídicos del detenido (salud, patrimonio, integridad sexual, etc.), porque él no se puede proteger a sí mismo porque está detenido. La solución jurídica que lo acusación propuso y que el Tribunal interviniente dio en respuesta al caso planteado se reduce al delito de incumplimiento de deberes del oficio. Una omisión pura y simple que asigna una pena de multa e inhabilitación especial de un mes a un año al funcionario público que “…ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”. La omisión de los deberes impuestos en el reglamento de detenidos no son simplemente meras irregularidades funcionales sino en general conductas desaprobadas creadoras de riesgos capaces de brindar la información necesaria y de la cual no puede prescindirse para la explicación de los delitos cometidos por un tercero que lleva a cabo sus designios delictivos a la perfección sin interferencia alguna. El cambio de paradigma del principio de legalidad delega una enorme cuota de responsabilidad en los encargados de aplicar la figura a los casos concretos. Razones de prudencia y seguridad jurídica aconsejan a los operadores jurídicos evitar decisiones precipitadas en respuesta a sucesos que han generado una gran conmoción social para sentar una jurisprudencia dotada de cierta solvencia y uniformidad.

**REVISION DE LO VISTO HASTA AHORA:**

La definición del delito, ante la teoría de la dogmática penal, es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. [O para algunos es una acción típica que se realiza de una manera antijurídica y culpable, o mejor dicho es una acción que culpablemente se realiza de una manera típica y antijurídica. Tipicidad y la antijuricidad es algo que se predica en la acción y la culpabilidad algo que se predica en el sujeto. Si la acción es típica y si la acción es antijurídica, el sujeto es culpable de esta acción que realizó.] Lo que toca el derecho penal son aquellas acciones que tienen estas características que a medida que se van recubriendo como la capa de una cebolla, la materialidad corpórea a partir de la cual la acción existe, todo lo que viene después es lo que va calificando a la acción y al sujeto que la realiza. Y permite definir a un hecho determinado como un hecho delictivo. Como hablábamos para algunos, los jueces tienen lo que se llama la “facultad denotativa”. Una acción no es punible por ser una acción en sí, sino porque provoca un resultado, porque provoca un riesgo o porque nosotros como comunidad decimos que no lo queremos. Y le pedimos al estado en el cual depositamos la fuerza, que la utilice sobre estas personas que realizan esta conducta. Esta es la violencia más grande que puede ejercer una comunidad democrática como la nuestra, sobre una persona (hay estados como EEUU donde los matan). Para que una acción sea atrapada por un tipo penal, sobre todo las que provocan un resultado, se las considera acciones delictivas porque generan aquel resultado que el código prevé como que no debe ocurrir por acción humana.

Para saber si una persona mato a otra, tengo que saber no solo si una persona causo la muerte, sino también si se le puede imputar objetivamente esta muerte de acuerdo a criterios normativos, esto es: que genero un riesgo más allá de lo permitido y que el resultado es la concreción de ese riesgo más allá de lo permitido. Y cuando esto ocurre y la conducta queda atrapada por un tipo penal, entonces estamos frete a una acción típica. Que es típica cuando es: los hechos dolosos, hay tipo objetivo y hay tipo subjetivo. El tipo objetivo es que se realiza la acción que esta descripta en el tipo penal y tipo subjetivo que es el conocimiento o que se conoce y quiere la acción que se realiza.

**El Tipo Culposo:**

En el sistema finalista, del cual nosotros somos tributarios, hasta el finalismo todo lo que era subjetividad era la culpabilidad, el dolo, la culpa, el reproche, todo estaba en el fuero interno de las personas. Cuando apareció el finalismo una de las consecuencias más importantes de ello es que vacío la culpabilidad de parte de su contenido y lo llevo al tipo. Lo que se dice hoy es que los tipos pueden ser de dos especies, tipo doloso y tipo culposo. El tipo doloso es cuando hay conocimiento y voluntad o cuando hay conocimiento de la alta probabilidad. Ahora el **tipo culposo**, es una **forma de incumplimiento del deber objetivo de cuidado**, en la cual el sujeto sabe que realiza una conducta delictiva, a pesar de que no tiene una finalidad de que el hecho se produzca con ese resultado final, confía en que eso no se va a producir, sabe que el riesgo se aumenta pero no de manera tal que el vea como viable que el resultado se produzca. Y en estos casos con lo que nos encontramos son con **personas que el código que define en general como que actúan con negligencia o imprudencia.** Nuestro **código penal** tiene lo que se conoce como “**el número cerrado**” o “números clausulas” (depende del libro). Esto es **no hay tantos tipos dolosos como tipos culposos.** *Todos los tipos del código penal son dolosos y cuando se especifica expresamente, culposos*.

**Ej.:** choco con alguien, no hay ningún lesionado, no pasa nada. Pero si hay un lesionado, viene la policía, se hace un sumario, intervienen médicos, intervienen un juez ¿*Por qué*? Porque las lesiones culposas, aquellas que se realizan por negligencia, están penadas en el código penal. Pero el daño culposo no está penado, no hay daño culposo en nuestro derecho positivo. Entonces si dos autos chocas y no se daña a nadie, todos sabemos que el problema ahora va a ser un problema civil, nadie va a estar amenazado por una sanción penal. Basta con que uno diga “uy me parece que me duele la cervical” y va y se saca una radiografía y tiene una lesión leve o grave o gravísima de cervical, esto ya pasa a la órbita de lo penal, aunque no hay daños culposos, si hay lesiones culposas. Porque solo hay delitos culposos cuando el código expresamente lo prevé.

Hay **algunos códigos**, como el **de México**, que establecían, por ejemplo, “*que los tipos dolosos, los tipos del código penal tendrán la pena que se especifica, y cuando se realicen de manera negligente o imprudente tendrán una reducción de 1/3 a la mitad”*. **Esto quiere decir que para este código, todos los delitos dolosos podían ser cometidos de manera culposa**. Es más, algunos códigos dicen “*quedan excluidos de esta categoría ‘tales delitos’ aquellos que nunca podían ser culposos*”. Ej.: la estafa, uno no puede estafar a alguien sin darse cuenta que lo está estafando. **Nuestro código penal establece que los delitos culposos tienen un número cerrado.** Y otra cosa que tienen algunos códigos es que definen el dolo y la culpa, **en nuestro código penal no está definido ni el dolo ni la culpa**. Hay códigos que dicen que será dolosa aquella acción realizada con conocimiento y voluntad. Será culposa aquella acción que se realice con negligencia o imprudencia o impericia. **En nuestro código esto no está en la parte general, no hay definición de culpa en la parte general, lo que hay es tipos culposos**, por ejemplo, el artículo 84 o el 94, donde el código dice *“El que causare lesiones por imprudencia, impericia o negligencia tendrá una pena…”* esto es el tipo culposo.

**Los tipos culposos son muy interesantes por varias razones:**

* Primero, porque en general, la reacción punitiva es mucho menor. Es más, hay algunos delitos que ni siquiera están en la forma culposa.
* Segundo, tiene algo de democrático, porque la imprudencia es algo que nos puede pasar a todos. Y a veces se producen en un contexto de pluri-agencias para decirlo de alguna manera, donde yo paso en luz roja y el de al lado también pasa en luz roja, el otro tampoco tiene muy bien los frenos, etc.

Lo que hay es una serie de acciones conjuntas que hace más dificultoso dividir la paja del trigo. Las formas que aparecen en el código penal, este “número clausus”, en general, hay una manera central que se llama la negligencia y la imprudencia.

Históricamente los autores intentaron darle alguna forma distinta a una y a otra.

Ej.: hay algunos autores que dicen que la negligencia es “*tomar menos recaudos de los necesarios”.* En cambio la imprudencia seria “*tomar más riesgos de los aconsejados*”. Para otros autores, la imprudencia es “*la culpa con representación*” o “*culpa consiente”*, que es cuando yo conozco el riesgo que estoy asumiendo. Ej.: yo sé manejar pero voy a más velocidad de la permitida, solo que espero que no pase nada. Y la negligencia es la “*culpa sin representación*” o “*culpa inconsciente”*, cuando yo no tengo conciencia de lo que está ocurriendo, ejemplo, paso el semáforo en rojo que no estoy viendo.

**Fallo Lamuniere:** Caso de la caminata de las montañas en Bariloche. El guía de montaña Andrés Lamuniere conducía el grupo arrastrado por una avalancha en el cerro Ventana en la que fallecieron nueve estudiantes. Está muy bien analizada la situación de cuáles son los estándares de riesgo, porque esta persona cometió un riesgo que no debía, porque la muerte de esos chicos importo la concreción de un riesgo indebido. Hay un momento (en que el profe está en desacuerdo con el texto) donde dice que Lamuniere cometió una “*culpa sin representación del riesgo*”. Cuando el profe piensa que es un caso paradigmático de lo contrario. Él sabe que está en la montaña, sabe que está caminando por la nieve, sabe que hay un riesgo que tiene que neutralizar, que hubo factores externos que él conocía (como el mal tiempo). La decisión del juez sobre ese punto es que él está realizando una conducta que eleva el riesgo más allá de lo permitido con confianza en que el resultado no se produzca. Él no está pensando “hay una alta probabilidad de que todos se mueran y lo voy a hacer igual”.

* **Para diferenciar culpa con representación de dolo eventual:**

Hay algunos autores que dicen: La culpa es cuando el sujeto confía en que el resultado no se va a producir. Y el dolo es cuando el sujeto es indiferente ante el resultado. No es definitiva esta diferenciación. En general se acepta hoy que tanto la **negligencia** como la **imprudencia** son formas de definir a lo que se conoce ***como el incumplimiento objetivo de cuidado***.

* **Impericia:**

Hay ciertas conductas que para hacerlas se tiene que tener una pericia específica. Ej.: si al soldador se le prende fuego la ciudad porque no tiene la pericia suficiente es imperito. Es una forma de aplicar a la conducta de un oficio determinado el principio general de la negligencia y la imprudencia.

Incumplimiento de su arte o profesión.

* **Argumento para decir que imprudencia y negligencia son lo mismo**:

Art. 281 CP tenemos un delito doloso, en principio de 1 mes a 4 años, a aquel funcionario que facilita la evasión de un detenido. Ahora si lo hace con negligencia, dice el código, esta imprudencia tiene una pena de multa, una pena menor, porque no está colaborando dolosamente con la evasión, sino que no está cumpliendo de manera diligente con su obligación de custodia. El código dice con negligencia, entonces una defensa no puede decir que si lo hace con imprudencia no es punible. Lo que podemos decir es que *dice negligencia como representación genérica del incumplimiento objetivo de cuidado*. Se pueden inter definir, definir por el contrario. Ej.: soy **negligente** si manejo sin controlar el líquido de frenos del auto. Y soy **imprudente** si salgo a manejar sin suficiente líquido de freno. La **impericia** son formas de imprudencia y negligencia aplicadas a actividades que requieren un conocimiento especial. Ej.: llevo el auto al taller y el mecánico lo arregla, pero no se da cuenta que le hace perder todo el líquido de freno. Le dice al ayudante que lo lleve a dar una vuelta para ver si anda bien, pero el ayudante se olvida pero le dice al mecánico que si fue. Viene el cliente y se lo lleva, llega al semáforo y choca a una señora con un bebe, los dos mueren. **Tenemos**: mecánico, ayudante de mecánico y automovilista. *¿A quién le imputamos la muerte?* Descartamos al automovilista porque cumplió con su deber objetivo de cuidado. Principio de confianza no se puede aplicar al tema del taller mecánico. Porque las tareas no están tan divididos los trabajos. El caso es muy difícil que va a ser el mecánico o el ayudante es seguro, va a depender de: Es altamente probable que si es un taller altamente profesionalizado, una automotriz por ejemplo, uno puede saber la jerarquización de las funciones y si el ayudante necesitaba supervisión o no. Ahora, si es un taller de barrio, si el ayudante esta en negro, ahí es más difícil. No cabe duda que es el ayudante el que incumplió con su deber objetivo de cuidado. Lo que no queda claro es si el mecánico va a poder ser imputado.

* **Culpa del mecánico en comportamiento alternativo conforme a derecho del ayudante:**

El auto frena 4 semáforos, y en el quinto falla y choca a alguien. El ayudante ahí diría que si bien no fue a dar una vuelta, si hubiera ido también habría frenado el auto. El comportamiento alternativo conforme a derecho, le están imputando no haber probado el auto cuando habiéndolo probado no habría notado ningún inconveniente. Ahí es culpa del mecánico.

* **Culpa con representación del mecánico:**

Se llevo el auto a un chequeo general, y el mecánico se olvida de revisar el líquido de frenos, y le dice al dueño cuando le pregunta que sí, está casi seguro que lo reviso todo y después chocan a una persona. Es culpa con representación porque está teniendo conciencia de que no está muy seguro si lo reviso todo o no.

* **Culpa sin representación del mecánico:**

Mismo caso, pero cuando le dice que si la que ve es la planilla de otro auto. No hay culpa sin representación del automovilista porque el sí cumple con la regla de cuidado.

**Fallo de las Hamacas:** En una plaza, unas nenas se estaban hamacando, se desprende una de las bases de la hamaca que se cae y sale volando. Y el palo le cae encima en la cabeza provocando su muerte. Se busca a quien culpar, quien debería darse cuenta que las hamacas no estaban en buen estado, a lo largo del texto se explica que se toman varios testimonios de las personas que vivían por ahí, y muchos llegaron al acuerdo de que las hamacas habían sido movidas del lugar que tenían anteriormente donde estaban agarradas con pilotes de cemento y cuando lo hicieron, no fueron puesto de la manera que debía, se rellenó los pilotes de cemento con otro materia y este se estaba venciendo, y no habían tenido mantenimiento por parte de la dirección de espacios verdes. La gente misma pidió que se revisaran las hamacas porque estaban en mal estado y los chicos jugaban ahí y la hamaca se movía. Pasaron como 20 años sin ser inspeccionadas. Que hubo un deber de cuidado que fue vulnerado. El director lo que dice es que él desconocía un mandato de su reglamento, y que tenía como responsabilidad solo ciertas plazas principales, no conocía esa jurisdicción donde la nena murió. Lo primero que alega es que cuando movieron las hamacas, esta persona no era el director de espacios verdes. Después que una resolución municipal no le había sido notificada y como no le fue notificada por trámite administrativo no tenía forma de conocerla. A lo que el juez plantea que si asumió un cargo tan importante como “director de espacios verdes”, es parte de su trabajo conocer las normas. Aparte estaba en el organigrama municipal (documento público). Además esto ocurre a los tres años que él asumió. ¿*Qué hubiera pasado si esto ocurría a los dos meses de asumir*? Ahí él podía alegar que todavía no había revisado todas las hamacas de todo el municipio. Y como defensa se podría presentar el organigrama de visitas a los parques. Pero en el caso en cuestión, él no tenía esta posibilidad porque hace tres años que estaba en el puesto en cuestión, y tenía muy pocas obligaciones, una de las cuales es el mantenimiento de los juegos en los espacios públicos.

* **¿Qué pasa cuando el sujeto voluntariamente no sabe o no quiere saber?**

Cuando alguien no quiere saber lo que voluntariamente está del otro lado, supongamos, que pasa al otro lado cuando yo abro la válvula que libera el gas que mata a las personas encerradas en la habitación. Esta **ignorancia consiente del resultado** es **dolosa.** Yo tengo conciencia pero prefiero que no me lo digan para no conocer aquello que pasa del otro lado. *Algunos autores sostienen que ciertas ignorancias consientes que son dolosas*. Ej.: el delito de usura para ser punible, requiere que uno se aproveche de la inexperiencia, ligereza o necesidad del que va a pedir plata. Así que se comete usura no solo cuando se cobra mucho, sino cuando cobra mucho aprovechándose de que el otro tiene inexperiencia, ligereza o necesidad. Entonces como uno es abogado pone un cartel que dice “presto plata pero no me cuentes para que la necesitas”. Entonces estos autores dicen que esta ignorancia consiente es dolosa.

* **La ignorancia consiente en el caso de las hamacas**:

El director decía que no sabía que tenía que fijarse en eso. ¿Por qué? Porque no sabía que aquello que el cobra por mes requiere esas obligaciones.

* **La pregunta: ¿es culpa consiente o culpa inconsciente?**

El profe diría que está más cerca de la culpa inconsciente porque él no sabía que siquiera había hamacas en la plaza Don Bosco. Ahí hay una culpa inconsciente porque él incumple una regla que tiene como funcionario pero no tiene consciencia de la regla.

* **Discusión bizantina:**

Hay algunos autores dicen que quien actúa sabiendo el riesgo e igualmente actúa, debe ser castigado con más dureza. Y otros dicen que quien actúa con ciencia del riesgo, se pone en guardia para tratar que no se produzca, quien actúa sin conciencia del riesgo lo que hace es más fácilmente que provoque el resultado porque no tiene conciencia del riesgo de lo que hace. En esta discusión bizantina, lo cierto es que el código no está diferenciado entre culpa consciente y culpa inconsciente. Pero también es cierto que la culpa inconsciente tiene ciertas características que la han hecho pasible de cuestionamientos constitucionales en este sentido. **Vimos que**: “no hay pena sin culpabilidad”. Solo me pueden castigar si actué de manera reprochable, pero no hay responsabilidad objetiva.

* **En los tipos dolosos hay tipo objetivo y tipo subjetivo, pero en los tipos culposos ¿Hay tipo activo y tipo subjetivo?**

En la **culpa con representación**, claro que hay tipo objetivo y tipo subjetivo.

**Tipo objetivo**: ir a exceso de velocidad.

**Tipo subjetivo**: conocer y querer ir a esa velocidad.

Y en la **culpa sin representación** dicen algunos:

Tipo objetivo: pase el semáforo en rojo.

Tipo subjetivo: no vi el semáforo en rojo. Pero acá, *¿Cuál es la subjetividad que se pone en juego para castigar?* (Si él no recibió el llamado de la realidad para poder actuar). Hay autores que dicen que el tipo subjetivo es que: **debió haber sido más prudente**. Y ¿Por qué debería haber sido más prudente? Porque objetivamente para un observador externo, el síndrome del riesgo, es decir, las circunstancias que aconsejaban actuar de otra manera le habían sido suficientes para tomar más cuidados que él no tomo. Pero hablar de lo que debió hacer él habla de lo que el estado le está reprochando, no es un tipo subjetivo, el tipo subjetivo es lo que le pasa internamente, lo que quiere. Pero acá no hay. Por este motivo, algunos autores dicen que la culpa inconsciente o sin representación es una violación al principio constitucional de culpabilidad, porque le está imputando cosas que la persona debía hacer aunque no había nada en su subjetividad para reprochar. Entonces, algunos autores dicen que **solo se puede reprochar el tipo subjetivo en la culpa inconsciente cuando** la conducta del sujeto es abstractamente**, sabe desde un inicio de su actividad que la conducta tiene alguna posibilidad de riesgo, aun cuando en el momento concreto la haya olvidado**. Ej.: cuando prendo la hornalla para calentar la leche, esta es una conducta que desde ya abre un riesgo, yo no puedo alejarme de la leche por temor a olvidarme. Entonces, después cuando me olvido, no me imputan el olvido, sino el haberme desprendido de la atención de la leche. Igualmente lo que tiene la culpa inconsciente es que está a un “tris” de violar el principio de culpabilidad.

**Sanchereti** dice: para imputar tengo quedescubrir algún momento en su accionar en que yo le pueda imputar a él, la obligación de mantener una regla de cuidado. Cuando el hecho lesivo se provoca haciendo una actividad riesgosa basta con que el sujeto sepa desde el inicio que va a realizar una actividad riesgosa, porque se compromete con la sociedad a mantener la atención.

La conducta no es punible cuando no hay forma de saber el riesgo. Ej.: un tipo prende un cigarrillo y explota todo, si no había ninguna señalización, ni nada que le permita pensar que puede ser una acción riesgosa, el hecho no es punible.

* **La culpa consciente o culpa con representación**

Es el sujeto que tiene consciencia de que hay cierto riesgo.

Si tuviéramos que hacer alguna especie de escala cromática sería:

* En el dolo hay conocimiento.
* Culpa con representación.
* Hay cierto desconocimiento que está en el límite que sería la culpa sin representación, no hay una representación cabal del riesgo pero si una manera de retrotraer esta situación al momento en que el sujeto sabe que realiza una conducta riesgosa.
* En la impunidad hay desconocimiento.

Lo que está prohibido en la argentina son los delitos dolosos, solo voy a prohibir los delitos culposos cuando el daño tenga cierta relevancia para mí como comunidad. Ej.: estragos culposos, homicidios culposos, lesiones culposas, etc.

* **Culpa con representación y delitos dolosos de peligro.**

Entonces, hay autores que analizando la culpa con representación, es decir, yo realizo conductas riesgosas sabiendo que hay un riesgo, que dicen: la culpa con representación se parece mucho a los delitos dolosos de peligro.

Delitos dolosos de peligro: yo realizo una conducta peligrosa, pero no requiero de ningún daño, ningún resultado más allá de la mera actividad. Muchos delitos de peligro que tenemos en nuestro código penal, *son delitos culposos, que siempre requieren de un resultado para ser punibles, pero que como son tan comunes en la comunidad y generan tanto riesgo, el legislador decidió llevarlo a delitos dolosos de peligro*. Ej.: correr picadas. Art. 193 bis CP. **Para que el delito culposo sea punible, debe tener un resultado, no existe la tentativa en los delitos culposos**. Sin resultado, el delito culposo es impune. No siempre los delitos culposos aparecen como negligencia o imprudencia, por ejemplo el **artículo 144 quinto CP**, que es donde el código tiene todas las penalidades de quienes torturan detenidos, etc. son todos delitos dolosos con una pena muy alta, después de que trata los casos de tortura y muerte dice: - *Si se ejecutase el hecho previsto en el artículo 144 tercero, se impondrá prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial de tres a seis años al funcionario a cargo de la repartición, establecimiento, departamento, dependencia o cualquier otro organismo, si las circunstancias del caso permiten establecer que el hecho no se hubiese cometido de haber mediado la debida vigilancia o adoptado los recaudos necesarios por dicho funcionario.* Este es un delito culposo que pasa en una unidad penitenciaria cuando se tortura un detenido, el jefe de la unidad no lo tortura, pero se lo puede castigar si se comprueba que si él hubiera sido diligente como director de la unidad, es decir, saber que pasaba dentro de su unidad, no habrían torturado al detenido. [Está pensado para castigar cuando no hay pruebas contra el jefe de la unidad]. Si bien dice negligencia e imprudencia y las demás formas de la culpa, a veces es el intérprete el que debe estar fijándose en el tipo penal si lo que la ley está castigando es un delito culposo o un delito doloso. A veces el hecho es muy grave pero tiene muy poca pena, entonces los intérpretes dicen que no puede ser un tipo penal doloso. Por ejemplo los jueces que dejan detenidas a las personas fuera de los supuestos legales, entonces el intérprete dice que tiene que ser culposo, no puede ser que un juez tenga detenido a una persona dolosamente y tenga una pena muy baja de prisión.

* **¿Cómo se cuando una persona incumple una regla de cuidado?**

La corte argentina acepta que los tipos culposos son tipos abiertos, es decir, *ex ante*. El tipo culposo puede estar constituido por conductas que no están consideradas como delictivas. Ej.: dos amigas que viven en un edificio, uno al lado de la otra, deciden jugar a tirarse un ladrillo de balcón a balcón, eso no es un delito. Solo será un delito en el momento en que ese ladrillo caiga y mate a alguien porque le cayó en la cabeza. Homicidio culposo. Esa actividad de tirarse el ladrillo no es un delito, solo lo es cuanto causó un resultado lesivo. Dado que las conductas imprudentes no pueden ser reguladas de manera específica en cada caso es que se acepta que los delitos culposos son tipos abiertos. Es un tipo que requiere ser llenado con el reconocimiento de lo que en el momento pasaba y era considerado riesgoso. Un observador objetivo ¿qué diría de estas chicas que se tiraban el ladrillo de balcón a balcón? Homicidio culposo. Para que sea punible debe provocar un resultado lesivo. Una posibilidad: el que tiro la piedra autor, y el que no la agarró participe. [TODO DEPENDE DE COMO SE NARRE EL HECHO].

* **Ficción con la que el profe no está de acuerdo pero aparece en todos los libros.**

En los delitos culposos no puede haber participes, solo puede haber autores.

Igualmente no hay ninguna regla en el derecho que impida que haya participes.

En el ejemplo del ladrillo: uno le lanza el ladrillo porque el otro está ahí, porque el pacto entre los dos es tirarse el ladrillo de balcón a balcón esperando que no se caiga. Puesto así, (al profe le parece) los dos son autores del delito culposo. Están jugando un juego riesgoso.

* **¿Cómo reconocemos en estos tipos cuando una conducta es riesgosa? ¿hay estándares para saber cuándo se está ante un incumplimiento objetivo de cuidado?**

Sí, hay estándares:

1. Reglas de derecho: hay reglas de derecho para determinadas actividades. Ej.: reglas de tránsito.
2. Reglas administrativas: ej.: para los enfermeros, dependiendo de la sustancia que se inyecta, que aguja y como se inyecta, tienen determinadas reglas de cómo hacerlo. Están establecidas en resoluciones administrativas, en leyes, en resoluciones ministeriales, en cualquier cuerpo normativo previsto por el estado que establece reglas de cuidado.
3. Reglas que rigen la actividad pero que no son de derecho: puede haber una regla dictada por una asociación que no es derecho, pero que rige la actividad.

Ej.: suponer que te tiras de parapente, hay una regla que sacó la asociación de parapente en argentina que dice que si alguien se va a tirar con un instructor debe verificar que los arneses estén bien puestos. No es derecho, es una regla de cuidado. Otro ejemplo: un equipo de música, cuando leo las instrucciones dice que cuando lo conectes no hagas tal cosa porque va a explotar. Si yo voy y lo hago y explota, estoy incumpliendo una regla de cuidado que está en el propio manual de usuario. Estas reglas fijan estándares, pero sucede mucho en el derecho que no es que una regla determina de por sí el estándar, a veces la regla lo que hace es que te permiten aproximar en una realidad determinada cuando una conducta fue riesgosa. Un caso en Cataluña, antes de que saliera la ley que decía que antes de hacer una transfusión de sangre había que testear si tenía HIV, en una clínica, cuando era de conocimiento público pero todavía no salía la ley, hace transfusiones sin testear y contagian de HIV a los pacientes que se fueron a hacer la transfusión.

No existía la regla de hacerlo, pero ya existía dentro de los médicos, el consenso de que eso es aconsejable para evitar daños. Es un caso difícil, finalmente le imputaron culpa a los de la clínica. Es un caso difícil de culpa, en este sentido, cuando ni siquiera hay reglamentaciones. Otro problema que tienen las reglamentaciones es que a veces fijan una regla que mata a todas las anteriores. Dentro del derecho, a veces hay una regla que lo que hace es en parte borrar todas las anteriores e impone una regla general de cuidado.

* **La obligación de informarse y la omisión de actuar**

Si vas a realizar una actividad de la cual no conoces lo suficiente los riesgos, no la realices. Tienes la obligación de informarte, sino omitir la actividad. Ej.: Lamuniere. Lo que hace el juez es ir evaluando cuales son los estándares de riesgo. Si había reglas de derecho, si había reglas de la actividad, etc. Cuando uno no tiene información que parece riesgosa a los ojos de quien la observa, no la debe realizar. Los jueces y los libros tienen la idea del **homúnculo y el barebo**. Es una regla que sirve para descubrir en el caso concreto algo que no puedo ver, pero es una regla un tanto circular, un poco obvia. Que es “¿qué habría hecho una persona diligente en la misma situación?”, cosa que utiliza también en juez en Lamuniere. Acto de Lamuniere, no sé si es diligente lo que hizo, entonces, voy a ver que habría hecho un buen alpinista o un buen caminador. Un buen alpinista no habría ido, porque haber ido era imprudente. Esta regla lo que hace es hacerme decir ¿*es prudente lo que hizo o no*? Es una forma de ver si una conducta es prudente personificándolo en un sujeto de esa actividad. Lamuniere era profesor en la universidad de senderismo o algo así, los otros tres profesores que iban con él no tenían autonomía para decidir en la actuación, principio de confianza, no se los puede imputar.

Cuando veamos el ejercicio de la acción penal, los delitos en general, salvo contadas excepciones que se agregaron con una reforma hace pocos años, son de acción pública. El estado los persigue obligatoriamente. Salvo ciertos delitos como las lesiones culposas, para que se investiguen, la victima lo tiene que pedir. Sino el estado tiene prohibido investigar. Salvo, como en Lamuniere, aunque la víctima no quiere si hay un interés estatal si se puede.

**Antijuridicidad:**

Recordando los niveles de la teoría del delito: primero la “acción” y luego lo que se predica de la acción, es decir, que sea típica, que sea antijurídica, que sea culpable y que sea punible.

* **Injusto:** sinónimo de “ilícito”. Hay una acción que es típica y antijurídica.
* **Tipicidad: quebrantamiento norma imperativa. Ej.: no mataras.**

Los tipos penales tienen antepuesto una norma. En los tipos activos lo que hacen es prohibir realizar una determinada conducta. Y en los tipos omisivos ordena realizar una determinada conducta. Pero siempre son normas imperativas.

Para que una conducta quede atrapada por un tipo penal, lo que significa es que esa conducta quebró esa norma imperativa. Ej.: homicidio simple “al que matare a otro tal pena”, el que mata realiza una conducta que quiebra esa norma imperativa. Por eso queda atrapada por el tipo objetivo.

* **Antijuricidad: ausencia norma permisiva. Ej.: NO legítima defensa.**

Es el tercer nivel en la teoría del delito y se da cuando esa conducta que es anti-normativa, porque quiebra una norma imperativa. Además es contraria al orden jurídico considerado en su conjunto. Esto ¿Cómo se averigua? Cuando no hay ningún permiso legal para realizar la conducta típica. Ej.: ¿está prohibido matar? Si.

¿Nunca el orden jurídico da un permiso legal que justifique en algún caso matar? Si, la legítima defensa. Si yo mato en legítima defensa, mi conducta es típica de homicidio, es anti-normativa, pero no es contraria al orden jurídico. El orden jurídico es el que está constituido por todas las normas. Excede la normativa penal, es el orden de toda la legislación en su conjunto. Las conductas que no son típicas, es decir, prohibidas expresamente, a la luz del 19 CN están permitidas. Dentro de las prohibidas puede haber permisos para realizarlas igual. Permiso, autorización o causa de justificación son sinónimos.

Entonces podemos decir que:

* **Tipicidad: es un indicio antijurídico.**

Si es típica, en principio es antijurídica, pero esto se rompe con la causa de justificación, permiso legal, etc. No va a ser antijurídica, no va a ser contraria al orden jurídico y no va a haber ilícito.

* **Fuentes, causas justificación:**

*Parte general. Art. 34 CP: causas de justificación. Legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y cumplimiento de un derecho.*

Art. 1 CP al 78 inclusive parte general, por ahora. Del 79 en adelante es la parte especial.

Art. 86 CP: *el aborto practicado por medico con el consentimiento de la mujer en cinta…* No es punible caso del inc.1: *si se ha hecho con el fin de evitar el peligro para la vida o para la salud de la madre, si este peligro no puede ser evitado por otros medios.* En principio el aborto es delito, pero en ese caso descripto no es punible la norma. Acá hay una causa de justificación, un permiso para practicar una conducta que en principio es típica.

Las causas de justificación mencionadas en la parte general art. 34 no son las únicas. Hay algunas que están previstas en la parte especial del CP.

* **Causas de justificación que no están previstas en el CP pero si en otros códigos**:

Ej.: llevo el auto al mecánico y lo arreglan, me dicen el precio y no puedo pagar. Entonces me dicen que no me dan el auto hasta que no pague.

Art. 183 inc. 2 retención indebida. En principio captura esta conducta.

Sin embargo hay un art. del código civil que me autoriza a realizar esta acción típica, a retener la cosa respecto de la cual realice el trabajo y soy acreedor.

*Hay causas de justificación que surgen del resto del ordenamiento jurídico*.

*La fuente puede ser cualquier rama del ordenamiento jurídico*.

* **Principios justificantes de los permisos:**

Se discutió si son formales, es decir, si solo pueden surgir de la ley. A veces hay intentos de encontrar causas de justificación fuera de la ley. Otros dicen que puede haber un solo criterio aunque sean materiales y no formales. O tiene que haber varios. La verdad que **la mayoría de la doctrina** acepta que hay dos:

* **Ausencia de interés:** causa de justificación que no es de origen legal, que hace que prestar el consentimiento hace que la conducta no sea antijurídica.

Hay una **causa de justificación que no está prevista expresamente en la ley**, es **el consentimiento**. Hay normas, tipos penales que exigen actuar en contra de la voluntad de la víctima. Por ejemplo, el hurto, apoderamiento ilegítimo. Si un compañero le agarra una hoja a otro para escribir y este se la presta, no hay un hurto. Porque para que haya hurto tiene que ser contra la voluntad de la víctima.

Pero hay delitos, en cambio, que no parten de esa premisa. Y entonces cuando la persona (la victima) presta su consentimiento, no se puede decir que la conducta no satisface el tipo objetivo, sino lo que va a decir es que hay un consentimiento que hace que **no haya interés** en que se castigue esa conducta. Y que por lo tanto va a haber un permiso para realizarla.

* **Interés preponderante:** en la legítima defensa o en el estado de necesidad, se sacrifica un bien de menor valor, por preservar un bien de mayor valor.

**Ej.:** se rompe la ventana de una casa para salvar a la criatura que está en el interior donde hay una fuga de gas. Se afecta el bien jurídico de la propiedad por salvar el bien jurídico vida. Es otro principio justificador para los permisos legales.

* **¿Por qué es necesario que existan principios justificantes?**

Las conductas que no son típicas, que no están prohibidas por el derecho penal y que, por ende, están permitidas al amparo del art. 19 CN, así resulta porque normalmente no tienen capacidad de afectar bienes jurídicos de terceros por eso no es necesario justificar porque está permitida, o al menos no los afectan de un modo relevante para que se justifique prohibirlas con relevancia penal. En cambio en las conductas que están justificadas, si son conductas que tienen capacidad de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de terceros, y por eso es necesario dar un fundamento que justifique el permiso que se otorga para realizar esas conductas típicas, y que pese a eso no resulten ilícitas.

* **Elementos subjetivos:**

En el manual de Righi, “aspecto subjetivo del tipo permisivo de la causa de justificación”. Ej.: una señora va caminando con su cartera de forma descuidada, un ciclista aprovecha y le intenta robar la cartera, va otra persona caminando y quiere descargarse porque está enojado, por lo que empuja al ciclista y evita el robo (aunque no había advertido esa situación). El elemento objetivo de justificación esta. El elemento subjetivo no, porque no conocía la justificación.

**¿Cómo se resuelve esto?**

* **Causalistas:** el concepto de injusto es Acción, Típica y Antijurídica, INJUSTO OBJETIVO, no hay ningún aspecto subjetivo en el injusto. Para un causalista no tendría relevancia que tuviera o no conocimiento de los elementos de la justificación.
* **Zaffaroni, en su nueva postura**: el art. 19 consagra los espacios de libertad, los tipos lo restringen. Ahora, cuando hay una causa de justificación es como una reafirmación de los espacios de libertad, implica el ejercicio de un derecho. No hay porque explicar por qué ejerces un derecho. Concepto de antijuricidad exclusivamente objetivo. Parecido a los causalistas.
* **Finalismo y escuelas posteriores (que aceptan puntos de partida básicos)**: se ve mal el desvalor de resultado y el desvalor de acción. Por eso es un concepto personal de ilícito, porque nos importan los dos. Esto implica que importan los aspectos subjetivos tanto es así que las figuras dolosas lo que importa es conocer y para algunos conocer y querer la realización del tipo, a nivel tipicidad. Y a nivel de justificación que vos sepas que actúas en una situación objetiva de justificación.

**P**ara un finalista ¿*qué pasaría si la persona no conocía que al romper la ventana iría a la cárcel*? Hay dos posturas: Hay unos que dicen que en esos casos está consumado el delito de daño, porque la conducta de arrojar la piedra contra una ventana y romperla es el delito de daño. Y como la situación objetiva de justificación él no la conocía, y por lo tanto no habría aspecto subjetivo de la justificación, no es su conducta justificada, y entonces hay antijuricidad. Si también hay culpabilidad y punibilidad habrá condena. Otros (como la opinión dominante) dicen que no puede ser porque en realidad, lo que hay es “tentativa” y los que es más, “tentativa inidónea” porque hay un desvalor de acción. Lo que no hay es desvalor de resultado, porque el objeto contra el cual él dirigía su acción, en ese contexto carecía de protección, porque era posible sacrificarlo para salvar la vida de la criatura. Tentativa inidónea art. 44 parte final, cuando el objeto carece de protección. Y para algunos estaría justificado porque el aspecto objetivo está presente. Ej.: supongamos que arroja la piedra a la ventana porque “cree” que hay una pérdida de gas y una criatura en peligro. Y resulta que esa creencia que él tiene, es equivocada, no es algo que estuviera ocurriendo en ese momento.

En ese caso ¿qué parece que puede existir? Que hay una situación objetiva de justificación que en realidad no existe. Error sobre la situación objetiva de justificación. ***Es un “Error de prohibición”*, recae sobre la antijuricidad**. **Sobre la causa de justificación**. [No es que no sé lo que hago, no conozco los elementos del tipo objetivo como en el error de tipo. Este si es invencible, elimina dolo y culpa. Si es vencible o superable, y hay figura culposa, habrá esa figura en su forma culposa. Si no tuviera figura culposa, es atípico.] **En realidad sería un error de prohibición indirecto, porque el directo es cuando yo creo que el orden legal prevé una causa de justificación que en realidad no prevé.** Este error ¿es punible?

No solo que puede ser vencible o invencible, sino que hay distintas teorías:

* Teoría estricta de la culpabilidad: cuando este error es vencible atempera la culpabilidad pero no la elimina. Cuando es invencible elimina la culpabilidad, porque los errores de prohibición que recaen sobre la antijuricidad inciden en el último nivel que es la culpabilidad. Propia del finalismo.
* Teoría limitada: algunos errores de prohibición los vamos a tratar igual a los errores de tipo, aunque no sean errores de tipo, porque hay un cierto parecido, no una equivalencia. Y en ese caso, si fuera vencible elimina el dolo, como no hay daño culposo termina en la no punibilidad. Esta teoría es más de vanguardia, es decir, más actual.

El error sobre la situación objetiva de justificación, que en el fondo es un error sobre hechos y no sobre derechos. En los dos casos (tanto el error de tipo como el error de prohibición), hay un error en lo que está pasando, sobre la realidad. Eso es lo que equipara de cierta forma a un error de tipo a un error de prohibición sobre una situación fáctica. La persona tiene una situación sobre lo que está pasando, no sobre el alcance de la causa de justificación o su existencia. Hay mucha diferencia en términos de pena en el tratamiento.

* **¿Por qué los finalistas no estaban de acuerdo con la limitada?**

Decían que: No es lo mismo matar una mosca que es una conducta atípica que matar a una persona que es una conducta típica, entonces no pueden tener tratamientos equivalentes. Para ellos desde su estructura de razonamiento era inaceptable, y también había una confusión en categorías, etc. Esta idea responde más a una idea valorativa de justicia pero que no responde tanto a un orden lógico.

* **¿Cuáles son las consecuencias jurídicas de la no antijuricidad?**
* **Se exime de la responsabilidad penal**.

Es decir, para que pueda avanzar la responsabilidad penal tiene que existir una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

Si no hay antijuricidad ya se cortó el nivel de la teoría del delito, no se puede avanzar más y no habrá posibilidad alguna de que esta persona sufra un castigo penal. **La gran discusión**:

**Postura tradicional:** Algunos dicen que como el orden jurídico es uno solo, si es injusto o justo es para todo el orden.

**Postura que se abre camino**: Para otros, puede ser que no haya injusto penal pero si injusto civil. Del mismo modo que puede haber conductas que no son típicas pero si causan responsabilidad civil.

Ej.: en un choque entre dos vehículos. Si no hay lesionados en ninguno de los dos vehículos ¿va a haber alguna conducta con relevancia penal? No, porque no hay lesiones culposas porque no hay lesionados. Sin embargo si uno causo daños al vehículo del otro y este fue el que tuvo la responsabilidad en el siniestro. ¿Civilmente va a responder? Si.

Algunos dicen que la categoría del injusto global, es como la categoría más grande, pero puede haber dentro de ello una categoría del injusto calificado, es decir, un injusto penal y esto se justifica porque el injusto penal impone castigos. Entonces puede haber causas de justificación que excluyan el injusto penal, pero que dejen el final abierto, respecto de si hay o no, responsabilidad en otras ramas del derecho.

* **Deber de tolerancia:**

Otra consecuencia de la causa de justificación. Ej.: Ladrón perseguido por el policía, y el policía lo atrapa cumpliendo su deber. Porque si lo hubiera perseguido alguien que no es policía y no lo hubieran atrapado en fragancia ¿no se estaría cometiendo un tipo penal de privación de la libertad? Si. El cumplimiento de un deber es una causa de justificación, no produce antijuricidad. El ladrón ¿podría jurídicamente defenderse del policía? No, porque hay un deber de tolerancia cuando el otro actúa ejerciendo un permiso legal. O sea, no hay justificación contra acción justificada. No hay legítima defensa contra legítima defensa (puede haber otra cosa). Tolerancia de terceros por la acción justificada.

* **Autoría y participación:**

La teoría de la participación que respeta la posición dominante, hoy rige la accesoreidad limitada en la participación, que quiere decir que para participar y ser cómplice o instigador tiene que haber al menos un injusto, es decir, tiene que haber una acción típica y antijurídica. Si la conducta del autor está justificada no habría una acción antijurídica, entonces no van a poder ser castigados los partícipes que colaboraron con él. Es otra consecuencia de la causa de justificación.

* **LA DEFENSA NECESARIA O LEGÍTIMA DEFENSA:**

*Art. 34 inc. 6 legítima defensa***:** habla de tres requisitos

1. **Agresión ilegitima:** una agresión que sea antijurídica, es decir, que no justificada, entonces no tengo el deber de tolerar.

Ej.: si alguien me ataca, me quiere golpear porque si o por la razón que fuere, y no está actuando con ninguna justificación, es una agresión ilegítima, es típica y no está permitida, no debo tolerarla. En las causas de justificación hay dos principios: Ni las personas ni el derecho tienen que ceder ante lo injusto, ante lo ilícito.

1. **Necesidad racional de medio** **empleado**: “**necesidad**” quiere decir que no hay otro medio menos lesivo. Ante distintos comportamientos posibles, este es el único que además de idóneo, es necesario porque no hay otro medio menos lesivo de realizarlo.

Ej.: la propiedad es inviolable, pero ese derecho no es absoluto, está reglamentado, hay excepciones donde pueden violarla como en el allanamiento por orden policial. Para hallar un arma no hay otra forma, está dentro de la casa, no hay otro medio menos lesivo. También debe ser “**racional**”, y tiene que ver con que haya cierta proporción entre el ataque y la defensa. No es como en el estado de necesidad donde el bien defendido debe ser mayor al sacrificado. En la legítima defensa se puede defender cualquier bien, lo que tiene que haber es una proporcionalidad entre el medio de defensa y el medio de ataque. Se tiene que elegir la necesidad del medio, pero tampoco pueden exigir que corra mucho riesgo. Es distinto del estado de necesidad porque el agresor inicio el ataque y se expone a una defensa.

1. **Agresión inminente o haberse iniciado y no agotado:** “inminente” es cuando todavía no empezó pero esta por ocurrir, hay distintas teorías pero la más importante es cuando solo depende de la voluntad del agresor, que dispone los medios para llevarlo a cabo. Impidiendo la lesión inminente me defiendo. O antes de que se agote me defiendo.

La legítima defensa de terceros, también es posible, aunque lo haya provocado, siempre que yo no haya participado en la provocación. Si provoco yo la acción, no es legítima defensa.

**Art. 34 inc 6 CP**: “*No son punibles:*

*1º. 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. En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso;*

*2º. El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente;*

*3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño;*

*4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo;*

*5º. El que obrare en virtud de obediencia debida;*

*6º. El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia;*

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

**Presunciones:** En el art. 34 inc 6 segunda parte, que es cuando te encuentras a alguien en tu casa o intentando pasar las rejas, ahí la mayoría de la doctrina dice que es una presunción *iuris tantum*, de que están los elementos de la legítima defensa. Pero la mayoría de la doctrina cuando dice que es iuris tantum dice que es para los casos en que estas en un error, y entonces, en principio, salvo prueba en contrario, se considera que a partir de esa situación, el error sobre la situación de legítima defensa sería inevitable.

**Caso Chocobar:** Convoca la atención del Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Luis Oscar Chocobar quien fue procesado en orden al delito de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en exceso de legítima defensa. En la calle Garibaldi entre Olavarría y Suárez, Jorge Miguel Pereira Rojas y Pablo Kukoc habrían interceptado a Frank Joseph Wolek para sustraerle su cámara fotográfica y, ante su resistencia, lo apuñalaron en zonas vitales. Seguidamente escaparon. Ángel Alexander Motta Collantes, Daniel Conde y Enrique Ezequiel Espinoza escucharon un grito de auxilio, viendo cómo aquéllos corrían llevando una cámara de fotos. Inmediatamente repararon en que la aparente víctima intentaba correrlos y solicitaba ayuda. Dos notaron que de su pecho emanaba abundante sangre y el restante sólo un corte en el rostro. Decidieron perseguirlos, dos en moto y el tercero a pie. Alcanzaron a Kukoc, en tanto Pereira Rojas logró huir. Se originó un forcejeo cuando intentaron recuperar el objeto sustraído y el imputado, reiteradamente, habría pretendido extraer un elemento con capacidad ofensiva. En ese instante llegó el oficial Chocobar -que habría visto a Wolek resistiéndose a esos dos individuos y luego pidiendo auxilio mientras presionaba su pecho para controlar una herida sangrante- que se identificó como policía y dio la voz de alto, pese a lo cual Kukoc reinició la huida. Ante esa actitud efectuó tres disparos intimidatorios hacia arriba, pero cuando vio que no acató la orden y continuó la carrera por la calle Suárez realizó otros cuatro; dos impactaron en el cuerpo de Kukoc, provocando que cayera al suelo. Cuatro días después murió cuando estaba internado en el Hospital Argerich. No es un detalle menor su condición de policía porque lo coloca, necesariamente, en un plano normativo distinto al de un particular en tanto el Estado, para el correcto uso de la fuerza pública, reglamenta su actuación. No hay duda, entonces, que su decisión fue excesiva en tanto provocó un daño superior al que quiso hacer cesar, lo que abre un nivel de análisis. Esto es, si esa desproporción se ajusta a la eximente incompleta del art. 35 del Código Penal, apartándose del axioma establecido como premisa lógica: no comete acto contra el derecho vigente quien obra conforme a él. El tribunal de apelaciones resuelve confirmar el procesamiento de Chocobar.

**Mujeres que matan – Julieta di Corleto:** Este texto lo que intenta pensar es como vemos esta situación clásica de antijuricidad, donde la relación entre agresor y víctima se encuadra en una idea básica de defensa a la propiedad o defensa de un homicidio, como la podemos repensar en situaciones de violencia, donde la violencia no es tan directa y mono direccional en el momento determinado. No es que me ataca y yo le devuelvo, la violencia es más constante. Lo que trataba el texto era tomar lo que es la legítima defensa pensada en situaciones más complejas. En la sentencia dictada en el proceso “Bulacio, Gladys Lery s/ homicidio calificado”, los jueces del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de la ciudad de Mar del Plata juzgaron la conducta de una mujer que respondió a la agresión de su esposo con dos disparos que le provocaron la muerte. El fallo podría servir para iniciar varios debates sobre el tema “violencia contra las mujeres” entre ellos, la falta de respuesta de la justicia. El 18 de agosto de 2004, aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias en que Gladys Bulacio y su hija J. regresaban caminando a su domicilio [...], fueron interceptadas en la entrada por Amílcar Polinicio Juárez, esposo de la primera y padre de la segunda, quien violentamente les cruzó la camioneta en que se movilizaba, las insultó, amenazó y comenzó a pegarles trompadas y patadas obligando a las mujeres a ingresar a la casa [...] Una vez que madre e hija fueron forzadas por Juárez a ingresar a la casa, comenzó para ellas un verdadero calvario, que incluyó una serie ininterrumpida de golpes de Amílcar Juárez hacia Gladys Bulacio que le causaron múltiples lesiones. La violencia se ejerció, además, rompiendo vidrios y blandiendo en forma amenazante un arma de fuego, la que Juárez usualmente portaba y que en la ocasión disparó dos veces hacia [...] Gladys Bulacio en el local de la planta baja, obligándola luego a subir a la casa con la finalidad de mantener relaciones sexuales. En forma intimidante, arma de fuego en mano, Juárez llevó a Bulacio a la habitación principal, lugar donde la mujer comenzó a quitarse sus prendas íntimas, en tanto Juárez la esperaba acostado en la cama, momento en el cual, aprovechando un descuido de su esposo, Gladys Bulacio tomó el arma de fuego que llevaba Juárez y le descerrajó dos disparos en la sien derecha, poniendo fin a la agresión y a la vida de hasta quien hasta ese día había sido su esposo”. El fiscal del juicio, probablemente acudiendo a alguno de los supuestos discutidos por la doctrina, consideró que en el caso no se daban los presupuestos de la legítima defensa en razón de que, en lo que el valoró como el momento del cese de la violencia, Bulacio no se había retirado del lugar. Para el fiscal le era exigible que se retirara de su hogar y no que se defendiera de la agresión.

**Estado de Necesidad Justificante:**

Todos sabemos que el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible. Y que en la antijuricidad que estamos ahora, analizamos un espacio que tiene que ver con desentrañar si una acción u omisión a pesar de ser típica, que no es acto reflejo, que no es fuerza física irresistible y que no es estado de inconciencia absoluta, ni ninguna de las otras categorías que podían ser asimilables. Y se le puede imputar objetivamente un resultado. Y que esta acción está inscripta en un tipo penal respecto del cual el sujeto no tuvo ningún tipo de error, y el tipo se completó de manera completa porque hubo tipo objetivo y tipo subjetivo.

Estamos analizando ahora que pasa a pesar haber cumplido el tipo penal, la conducta está justificada. En general cuando una conducta es típica, eso ya es indicio de que hay antijuricidad. Pero puede ocurrir, que pesar de ser una conducta típica, el ordenamiento la legitime.

**Art. 34. Inc. 3**: “*No será punible:* …*el que causare un mal por evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño*…”

Justificante quiere decir que quien actúa en este contexto, realiza una actividad legítima. Cuando vemos el esquema del delito, este se cierra con la antijuricidad, el hecho como ilicitud está realizado por completo. Esto es muy relevante porque a partir de este momento, aquellas circunstancias que liberen al sujeto van a tener otras consecuencias. Lo que se ve luego es si la persona que realiza el hecho, lo hace de forma culpable.

**Diferencia entre justificar y disculpar:** Cuando una persona realiza un acto justificado no se lo puede detener, activar la coacción estatal contra ese acto porque ese acto es lícito. No se lo debe detener. Aun la participación de una acción justificada, está justificada. Cuando un acto no está reprochado, el acto es ilícito, lo que pasa es que lo vamos a disculpar y no lo vamos a penar. Pero podemos poner toda la fuerza estatal en que el acto no se provoque. La calificación de culpable o inculpable es de acuerdo al sujeto.

*La tipicidad es la descripción de la conducta por el tipo penal. Y la antijuricidad es el modo en que todo el ordenamiento reacciona ante esta conducta, y que a veces justifica.*

En el código penal hay una figura que es la retención indebida, no se puede retener cosas que me dan y no devolverlo en el momento en que lo tengo que devolver. Pero en el código civil y comercial, hay una regla que dice que el depositario puede retener la cosa si todavía no le pagaron los gastos del depósito. H

ay normas administrativas que no se sabe que jerarquía otorgarles. Es muy fácil cuando es la ley, pero cuando se trata de una norma de inferior, es difícil pensar si la comisión de un delito está justificada con una norma administrativa que me permite un acto determinado.

* **Teoría de los elementos negativos del tipo:**

Hay autores para quienes la tipicidad es aquellos elementos positivos que tienen que ocurrir para que la conducta sea prohibida y esté amenazada de pena. Y llaman “**tipicidad negativa**”, a aquellos elementos que uno tiene que cerciorarse que no están, porque si estuvieran, la conducta no sería típica. Para estos autores, la antijuricidad no es tanto una categoría distinta del tipo, sino que tipo y antijuricidad forman una sola categoría que sería el tipo. Habría un “tipo negativo” y un “tipo positivo”. **La idea**: “*no me digas que está prohibido matar y después en legítima defensa no está prohibido matar. Entonces es que matar está prohibido siempre que no haya legítima defensa*.” Esa es la norma completa. Ellos dicen que si la tipicidad es el punto central que determina cual es la conducta prohibida, la antijuricidad también forma parte de la tipicidad, porque es la que define los contornos de esa prohibición. Entonces, la tipicidad es aquella descripción que aparece en el tipo penal sumado a esos causales de justificación que hace que esa descripción penal está acotada a casos determinados y no a todos.

*Pues si el tipo es aquella conducta prohibida, si está justificada no es típica.*

¿Qué es el tipo? Todo aquello que esta descripto en el tipo penal antes de la pena.

¿Qué es el tipo negativo? Todo aquello que en el caso concreto tengo que establecer que en caso de que no se dé, completa el tipo.

Tipo positivo: parte subjetiva dolo o culpa. Parte objetiva: los hechos que se adecuan al tipo. Si no hay tipo negativo, la conducta es incompleta por lo cual la conducta es atípica.

* **Errores de tipo y errores de antijuricidad (prohibición)**

Caso A: viene Pedro caminando y yo creo que es un oso, en un área de casa de osos. Disparo contra “el oso”, cae. Me acerco y resulta que es Pedro.

Tipo objetivo: yo mate a otro. Tipo subjetivo: ¿yo sé que mataba a otro? No.

Supongamos que se comprueba que Pedro estaba disfrazado de oso y estaban en un lugar privado de caza de osos, estaba habilitada porque muchos osos atacaron a gente. Y a su vez yo hubiese tomado todas las precauciones para que no hubiese nadie más ahí porque soy un Benetton con media Patagonia. Este error ¿era evitable o inevitable?

***Error de tipo***: error inevitable elimina el tipo. No hay tipo penal, ni punición, porque nadie puede ser castigado por algo que es inevitable. No se me puede exigir que sepa más allá de lo que le es exigible a una persona media en esas circunstancias. *El error está en la subjetividad, en lo que me pasa a mí con lo que ocurre*. El tipo objetivo es lo que ocurre, no hay un error ahí.

*Elementos especiales de autoría*: Matar por placer- Homicidio agravado: Tipos penales que exigen determinada subjetividad, que no es lo que pasa en la vida, sino es lo que pasa al sujeto en la cabeza. Pero que no es una representación del exterior. Ej.: tipo objetivo es matar al otro. Y el tipo subjetivo es saber y querer que esté matando a otro. Matar a otro por placer tiene una pena perpetua, es un homicidio agravado, donde tipo objetivo es matar a otro, el tipo subjetivo es saber que mato a otro, y el placer es un especial de elemento subjetivo que me pide el tipo penal pero que no está ni en un lado ni en otro, o si se quiere está vinculado al tipo subjetivo pero no tiene efecto en el tipo objetivo, porque el placer es algo que le pasa a uno y no se exterioriza en el exterior. Es en la culpabilidad donde se mide el reproche de lo que se hizo en ese acto.

***Error evitable***, no hay tipo doloso, y habrá tipo culposo si está estipulado en el código.

Caso B: broma del vecino. Llego a mi casa el 28 de diciembre, estoy por abrir cuando siento algo en la espalda y escucho “quieto porque te mato”, entonces yo saco un cuchillo y lo mato. Resulta ser que la persona era mi vecino haciéndome una broma.

**Error de justificación (prohibición):**

* **Error inevitable**: siempre es impune, por el principio del derecho penal de acto y el principio de culpabilidad, nunca me pueden castigar por lo que es inevitable.
* **Error evitable:** **varias consecuencias posibles**: Para algunos, un error evitable en la justificación tiene las mismas consecuencias que en el error de tipo. En el ejemplo sería un homicidio culposo.
* **Teoría de los elementos negativos del tipo**:

Como la justificación es también parte del tipo, un error en la justificación es un error de tipo, entonces, en caso de ser inevitable es impune, y en caso de ser evitable, es culposo o la impunidad si es un hecho culposo.

* **Teoría limitada de la culpabilidad**:

Para algunos autores que siguen la construcción de la acción típica y antijurídica (que no son la de los elementos negativos del tipo). Cuando ven que el hombre que mató a su vecino y no tenía conciencia de que mataba a su vecino. Y este error era evitable, piensan: “*él no está intentando obrar contra derecho, él se está equivocando sobre lo que pasa. Y esto que está haciendo él, debería tener las mismas consecuencias que el error de tipo*”. Pero hay un problema, como tengo una teoría analítica del delito, que cada estrato se va cerrando con cada análisis, yo ya dije que había acción y que ya había tipo penal que era doloso, estoy en la antijuricidad y estoy diciendo que el tipo es culposo, o sea que me estoy contradiciendo con lo que dije en el estrato anterior, que ya lo había dado por cerrado. Entonces estos autores dicen que hay una acción, que hay tipicidad, y en la antijuricidad en el caso de que haya un error, sus características son tan parecidas al error de tipo, que le voy a asignar las consecuencias del error de tipo.

* **Teoría estricta de la culpabilidad: (Zaffaroni, Bacigalupo, etc.)**

La persona que se equivoca con una causa de justificación, en realidad ya realizó una conducta típica, y esa conducta típica no está justificada. O sea, que un error en la justificación lo voy a revisar en la culpabilidad, esto quiere decir que al momento de ponerle una pena, le voy a poner menos pena porque se equivocó, pero no voy a salvarlo de que cometió una acción típica y antijurídica.

* Primero porque es acción.
* Segundo porque es típica y ya lo habíamos decidido.
* Y tercero porque no estaba justificado cuando lo realizó.

Su error en la justificación no lo vuelve justificado de por sí, lo vamos a hacer es cuando vayamos a la culpabilidad le pondremos una pena menor.

En el caso B:

*Teoría de los elementos negativos del tipo:* me equivoque en los elemento del tipo, si es evitable culposo, si es inevitable impunidad.

*Teoría limitada de la culpabilidad*: es un homicidio doloso, pero las circunstancias en las que actuó y teniendo en cuenta que su intención no era actuar contra derecho, me va a permitir evaluar este error en la antijuricidad con las mismas consecuencias que el error de tipo.

*Teoría estricta de la culpabilidad*: esta persona realizó un tipo penal de matar a otro y tenía que haberse cerciorado por las circunstancias. **Velsen**, si yo no sé qué mato a una persona, no habría ningún freno inhibitorio normativo que me haga detenerme. Ahora cuando yo mato en legítima defensa, yo ya sé que estoy matando a una persona. Decía “*no es lo mismo matar un mosquito que matar una persona*”. Es un homicidio hecho y derecho que no está justificado. Y en todo caso en el momento de fijar una pena en el reproche de la culpabilidad, le pondremos menos pena, le ponemos el mínimo porque entendemos que se equivocó.

En la práctica: nos vamos a encontrar menos casos con la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero estricta y limitada muchos, cada juez dice una cosa distinta.

La dogmática penal en el estudio de las consecuencias de los errores en la comisión de los delitos, fue como desarrollando teorías fuertes que están impregnadas en la manera en que los jueces deciden. Como la ley no dice una solución, los jueces se preguntan que hacer frente a estos casos. Hay lógica en la teoría estricta, si decís que el homicidio es doloso después no podes decir que es culposo.

**El código penal art. 35:** Exceso de una causa de la justificación, cuando me excedo, ese exceso es un error, debe regir la teoría limitada ya que es más acorde a su letra, para algunos autores. Porque el art. 35 habilita que cuando alguien se excede en una causa de justificación, no por error, sino porque se excede, algunos dicen que eso es un error. Y eso me habilita a pensar que en el caso de errores en las causas de justificación debe regir la teoría limitada porque así se desprende del art. 35 del CP.

**Art. 34 inc. 3** “*el que causare un mal para evitar uno mayor e inminente al que ha sido extraño*”. Como en el ejemplo, uno tira una piedra y rompo una ventana para salvar a un chiquito porque adentro de la casa había una fuga de gas.

**Los requisitos:**

* Sacrifico el bien de la propiedad para salvar un bien mayor que es la vida.
* Inminente, no lo hago porque “*puede ser que un futuro ocurra algún daño*”, entonces para estar más seguro lo hago. El mal tiene que ser inminente.
* El que lo causa tiene que ser extraño a ese mal. Porque si no, se provoca lo que se llama la “*actio ilícita en la causa*”, es decir, me pongo en estado de necesidad para cometer un acto que quería cometer desde un principio.

**Es decir:**

* **Que haya entre los dos bienes una relación de mayor a menor.**
* **Que el mal sea inminente.**
* **Y que yo no haya participado en la realización de ese mal.**

En la práctica, cuando uno busca en la jurisprudencia un caso de estado de necesidad, no encuentra ningún caso. Casi no hay. Está empezando a haber algo parecido en algunos casos de usurpación. Lo que sí es cierto es que el “Estado de necesidad” es el presupuesto básico del derecho. El derecho lo que hace es cuando lo castiga, lo hace en función de, el propio principio de riesgo permitido de la imputación objetiva implica el ¿Por qué yo permito un riesgo? Ej.: vacunar tiene un riesgo mínimo de contagio por la vacuna cuando se inocula, pero tiene un beneficio mayor que es que todos nos salvamos de tener, por ejemplo, no hay más polio. Es cierto que hay un porcentaje del “o, tanto” al que le provoca polio, pero el número es tan insignificante comparado con todos de nosotros, que hace que las políticas de vacunación sean razonables y sea un problema de riesgo permitido.

Estamos dispuestos a aceptar ese riesgo porque el beneficio es mayor. ***T****odo el sistema de derecho es una situación de evaluar intereses en conflicto, decidiendo por el interés más valioso*.

**Estado de necesidad disculpante**: cuando los bienes jurídicos están en igualdad de condiciones.

* **Estándares para saber si un bien tiene mayor jerarquía que otros:**

1. Comparación de marcos penales.

¿Qué pena tiene el homicidio simple? 8/25 años.

¿Qué pena tiene el robo simple? 1 mes/ 6 años.

Bueno, entonces la vida vale más que la propiedad.

**Caso problemático**: Hay un papá que vive en un barrio carenciado, está sin trabajo, en una bolsa de trabajo, esta anotado en la municipalidad, etc. Tiene un hijo con una enfermedad incurable que requiere de mucha atención y una medicación que no le está siendo dada por el hospital donde antes se lo daban. Y no tiene obra social. El estado le dice que lo va a ayudar pero no lo hace, y no consigue la medicación. Un vecino le dice que si quiere vender mariguana y así pagar la medicación. El padre acepta y vende por el barrio. Le imputan el hecho de distribución de estupefacientes que tiene de 4/15 años de prisión. Y lo hace en las puertas de los colegios secundarios porque no conseguía a nadie que me compre, entonces es agravado. Agregan esto en la defensa, ¿está justificado? **¿***Qué va a hacer el derecho?* En lo referente a una evaluación de intereses en conflicto, y como de la acción a la antijuricidad se puede justificar, y de culpable a punible se puede disculpar, lo más probable es que, por las consecuencias que va a traer, es que un juez que sea empático con la figura del padre, lo califique como un “**estado de necesidad disculpante**” que es cuando los bienes jurídicos están en igualdad de condición. ¿Por qué está haciendo esto? Porque si está justificado que venda mariguana, no se lo puede detener. Entonces, es altamente probable que no desee castigar a este padre en estas condiciones pero considere que son bienes de igual condición para disculparlo y no castigarlo, pero permitir usar la coacción estatal para impedir la venta. Los criterios acá se juzgan no solo por lo que pasa en la realidad, sino por como el estado va a evaluar el cómo actuó sobre esa realidad.

**Caso Schiffrin:** Hay dos intereses en juego, esa es la discusión que tenían los jueces en la mayoría y la minoría, si había dos intereses en juego que tienen la misma jerarquía o si había uno que tenía mayor jerarquía que el otro. *¿Qué tiene más jerarquía, expresarme en las calles a partir de una necesidad insatisfecha o circular libremente?* La mayoría dijo circular libremente, y por lo tanto eso está prohibido, el tipo penal está completo. La minoría dijo que la expresión es una forma democrática básica que se remonta a los orígenes de nuestro sistema republicano de gobierno, y por lo tanto que la gente esté en la calle reclamando algún derecho es más valioso que la interferencia en el tránsito. Entonces está justificado.

Otra discusión es si había tipo penal. Y otra era si la acusada sabía o no sabía.

1. La intensidad de lesión.

Hay veces en las que a pesar de ser iguales los bienes jurídicos, una lesión leve lo que evita es una mayor. Ej.: para evitar que a alguien lo atropelle un tren, empujo a otra persona a la cual le produzco lesiones leves o graves. En los dos casos estoy protegiendo la vida, sacrificando la integridad física de otra persona. La intensidad sirve para entender.

1. Grado de riesgo.

Supongamos que estoy en el auto y veo a una persona que está en la calle empieza a escupir sangre y pedir ayuda. No soy médico pero lo pongo en el asiento de atrás y voy por la calle tocando bocina y haciendo luces lo más rápido que puedo hasta un hospital que queda a 10 cuadras. Conduzco en exceso de velocidad, me paso semáforos en rojo pero llego a tiempo al hospital y lo salvan, gracias a la pronta atención recibida por mi intervención. Me llega la boleta por infracción de tránsito. ¿Estaba justificado? Si. Caso 2: mismo caso de antes, voy a toda velocidad, solo que en el momento un chico que estaba con auriculares está por cruzar la esquina porque ve la luz verde, y yo paso al lado de él y lo toco produciéndoles una lesión leve, un pequeño rasguño. Llevo a la persona al hospital y es salvada.

Esta acción ¿está justificada? Si. Caso 3: mismo caso, solo que cuando paso le saco el brazo. Y yo llego y salvan a la persona. ¿Esta lesión está justificada?. Caso 4: mismo caso, pero mata al que está cruzando. Y llego al hospital y el otro se salva. ¿Está justificada esta muerte? Es ex ante, ante la falta de dolo en la muerte del chico, lo que está en juego es ¿Cuánto riesgo le pongo en la vida de él?, pero en los tres casos el riesgo era el mismo. Ese es el problema de las normas, estas me tienen que indicar un programa a seguir en el futuro. Entonces como estándar: *que grado de riesgo impongo a terceros que pasan por la calle en función del riesgo de muerte de la persona que estoy llevando.* Si a cualquier observador objetivo le está indicando que se está muriendo y pasar un semáforo en rojo causando un daño menor a otro, yo tengo que estar justificado. El grado: Uno es lejano, que yo pueda lesionar a una persona que está cruzando con auriculares y que no escucha mi bocina cuando estoy yendo a una velocidad excesiva para salvar a alguien. Y otro es que se muera la persona que está atrás. Cuando se habla de “mal” se habla de intereses jurídicos en juego, no solo de bienes jurídicos. ¿Cuál es el interés del estado en la situación en que yo actúo? El interés mayor va a determinar en el caso si estoy justificado o no.

1. La importancia para los afectados.

La importancia para el afectado podría significar si, por ejemplo, si a pesar de que yo provoco un daño patrimonial al otro para salvar al propio, el propio es el recuerdo de mi abuela que murió en un campo de concentración, por ejemplo.

Que el valor de esto permita pensar un modo de justificación por lo que vale para el sujeto.

1. El estado de necesidad nunca compara vida con vida/s.

Para el estado todas las vidas son iguales. Es un dogma. Ej.: veo que el tren no tiene frenos, está yendo hacia un andén en el que hay 100 personas, y no se puede avisar a nadie. En la vía de al lado hay tres operarios, y yo lo que hago es mover la palanca, entonces los tres operarios se mueren. ¿Soy punible por la muerte de esos tres operarios? ¿Realice una acción justificada porque salve a 100? El dogma que generalmente es aceptado, es que no se compara vida con vida. Que las vidas no se hacen cuenta de mayor o menor cantidad. No está justificado pero puede estar disculpado.

1. Regulaciones legales.

Hay veces que cuando hay ciertos daños que el estado ha regulado de manera específica como se deben gestionar o sufrir, el sujeto no tendría derecho para cometer un daño para someter ese riesgo. Ej.: si estoy entrando en quiebra y yo para evitar la quiebra saco dinero de otro lado o hurto dinero de otro lado, que no genera demasiado daño a otro pero con ese dinero salvo mi empresa de la cual dependen muchas familias, estos hurtos y estos robos no están justificados. Porque hay un sistema de quiebra previsto por el estado, para ser solucionado de alguna manera específica. Y no puedo mediante esto lesionar el patrimonio de terceros.

1. Actuación del interesado y también obligación de soportar.

Hay veces en la que hay obligación de soportar, por ejemplo, el bombero. Esto no quiere decir que tenga la obligación de sacrificar su vida, si hay riesgo cierto de morir. Pero lo que no puede decir es que para no quemarse no entra en el incendio. Ya había hecho un compromiso anterior. Si el interesado provoca la situación de riesgo no está justificado sino fue extraño a la situación de riesgo. Esta verdad es una verdad discutible. Si yo me tiro a un rio cuando me quiero suicidar, y cuando me estoy ahogando me arrepiento y me subo a un barco que no es mío, y por ejemplo, vive gente en el barco y es una violación de domicilio, a pesar de que yo provoque el riesgo, no soy extraño a este, esto cuando la diferencia es muy grande entre el daño que se comete y el posible riesgo a un bien jurídico muy importante, es posible que sea aceptado.

1. Disponibilidad de los bienes.

Hay ciertos bienes que aun cuando hay estado de necesidad, solo pueden ser autorizados por quien va a sufrir el daño. Supongamos que entra una persona al hospital a la cual le estallaron los dos riñones, hay un paciente al lado que tiene los dos riñones, está dormido… Se salvan los dos y viven toda su vida con esos riñones. Pero uno no puede sacar un riñón a una persona sin su consentimiento. Aun cuando vayan a seguir vivos y tener una vida plena los dos. Algo más discutible, caso 2: entra una persona desangrada, tiene AB negativo, hay que hacer una transfusión y no hay dador. La persona que está al lado tiene AB negativo y se le está por dar el alta. Hay que trasfundir pero esta persona no quiere.

¿Se la puede atar y sacarle la sangre? Hay autores que dicen que no. Y hay autores que dicen que sí. Por ejemplo, Roxín, que es un autor muy conocido, dice que hoy la intervención para sacarle sangre a una persona no es riesgosa, no le provoca ningún daño y ninguna consecuencia. Y por lo tanto dice que si esto salva una vida, está justificado. De hecho, nuestro código procesal penal, acepta a partir de los casos de descendientes de expropiación de la dictadura, nosotros podemos a una víctima de un delito extraerle sangre para una investigación aunque la víctima no quiera. Esto es un caso de estado de necesidad. Sobre todo con el ADN.

***Fallo Marina Schifrin*:** Considerando que el juez federal de San Carlos de

Bariloche, provincia de Río Negro, condenó a Marina Schifrin a la pena de tres meses de prisión en suspenso y costas, como coautora penalmente responsable del delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transporte por tierra y aire sin crear una situación de peligro común. Además, impuso a la nombrada las siguientes reglas de conducta: Fijar residencia y comunicar al tribunal, con antelación, su cambio y Abstenerse de concurrir a concentraciones de personas en vías públicas. Contra dicha sentencia interpusieron recurso de casación los abogados defensores de la acusada, el que fue concedido parcialmente por esta sala y mantenido en la instancia. Los defensores de Marina Schifrin se han agraviado de: la falta de tipicidad objetiva desde que el "objeto contra el cual la incriminación va dirigida es el servicio en general, de manera que no existe tal delito mientras no se ha producido una interrupción o un entorpecimiento del servicio mismo. Y que la conducta de la acusada se hallaría justificada de conformidad con el **art. 34 inc 4 CP** (“*No son punibles: …El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo…*”), cuya inobservancia autorizaría la casación de la sentencia. Los Dres. Bisordi, Rodríguez Basavilbaso y Catucci dijeron: que la conducta de la imputada "encuentra descripción típica en el art. 194 CP, como el delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los transportes por tierra y aire sin crear una situación de peligro común... La acción que paraliza, desorganiza o retarda el tráfico resulta típica cualquiera sea el tiempo que dure, y los extremos de la culpabilidad a título de dolo están satisfechos con el conocimiento del carácter del objeto sobre el que recaía la acción y la voluntad -incluso eventual- de impedir, estorbar o entorpecer el normal funcionamiento de los transportes. Los Dres. Bisordi y Catucci dijeron: que "el accionar analizado en este legajo no constituye de ninguna manera el legítimo ejercicio de un derecho, previsto como causa de justificación en el art. 34 inc. 4 CPen., y no estamos en presencia de alguna hipótesis de ausencia de antijuridicidad que torne al ataque a bienes jurídicos en una acción permitida por el derecho. Los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio. El Dr. Rodríguez Basavilbaso dijo: "Cualquiera que sea la base o título legal de las calles o plazas, desde tiempos inmemoriales ellas han sido utilizadas por los ciudadanos con fines de reunión, comunicación y discusión de cuestiones de interés público. Ese uso de las calles y lugares públicos ha sido desde siempre parte integrante de los derechos, privilegios, inmunidades y libertades de los ciudadanos. El derecho de todo ciudadano (...) de usar las calles y plazas públicas para la comunicación de ideas (...) puede ser regulado en nombre del interés general; no es absoluto sino relativo, debe sumarse al bienestar general, en consonancia con principios de paz y orden, pero no puede, bajo la excusa de dicha regulación, ser restringido o denegado". Por ello, y a mérito al acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: Rechazar, con costas, el recurso de casación.

**PREGUNTAS DEL CHOICE**

* La acción penal siempre es un hecho humano y voluntario. Para ser evitable debe ser voluntario (finalismo). En los tres casos donde no hay acción, es porque no hay voluntad (FFI, AR, EIA).
* En el fallo pitbull lo condenan por homicidio simple, no hay dolo directo porque no hay voluntad, tampoco parece que haya dolo de consecuencias necesarias. Entonces, si lo condenaron por homicidio simple, es obvio que consideraron que había dolo eventual.
* Para parte de la doctrina el dolo se encuentra definido en el art. 42 CP, por ejemplo Zaffaroni, porque para él el dolo es conocer y querer. En cambio para Bacigalupo como es solo conocer, lo pone como la contracara del error del hecho. En la tentativa es “*con el fin de cometer… y no logra el resultado por razones ajenas a su voluntad…*”, para ese sector de la doctrina el dolo encuentra anclaje de las normas positivas en el art. 42.

Para la otra parte de la doctrina está en el 34 CP inc. 1. Cuando habla de “*ignorancia o error*” quiere decir que ahí entienden que para que exista dolo tiene que haber conocimiento.

* El error de tipo *siempre* conduce a la impunidad… FALSO. Solo el error invencible conlleva a la impunidad, si hay error vencible solo elimina el dolo dejando la figura culposa, suponiendo que haya.

Generalmente los delitos culposos son de resultado.

**Culpa con representación y dolo eventual**: En el finalismo cuando se hablaba del aspecto subjetivo del dolo, se hablaba de conocer (los elementos del tipo objetivo) y querer (la producción del resultado), con esta teoría había un problema con el dolo eventual, es que para ser fieles a esta concepción del dolo, había que decir que en el dolo es aspecto volutivo (voluntad= querer) también estaba presente. Y eso en el dolo eventual no estaba presente. La teoría de la probabilidad decía que si el resultado aparecía como probable, y pese a eso vos llevas a cabo la acción, se podía decir que estaba presente la voluntad como “aceptación” o “indiferencia” de ese resultado. Es una voluntad más débil que en el dolo directo o indirecto, pero era la que se aceptaba.

* Teoría de la representación (conocimiento), hace hincapié en el aspecto cognoscitivo únicamente, si vos conoces lo que haces, es muy probable que produzca el resultado y actúas, con eso alcanza. Esta es la teoría más moderna.

El espacio de los culposos en estas teorías:

El espacio que antes era ocupado por la culpa con representación queda tomado por lo que sería el dolo eventual. Porque si el dolo es solo conocer, lo que antes habría sido culpa con representación pasa a ser acaparado por el dolo. Entonces, la única culpa que queda es la inconsciente o sin representación, en la cual se dice que son, prácticamente, los supuestos de error de tipo, es decir, cuando podías haber conocido, pero no conocías efectivamente en el momento.

Pero siempre, para que no haya una responsabilidad objetiva, tiene que haber lo que se llama “previsibilidad” o “congnosibilidad”, o “posibilidad objetiva de conocimiento o previsibilidad del resultado”. Autora española, delitos imprudentes, en los delitos vinculados al tránsito vial, sostiene que aunque se sostuviera la teoría del dolo únicamente como conocimiento, estos no deben ser castigados como dolosos, porque puede sostenerse que las personas no tenían un conocimiento verdadero, si tomamos conocer como internalizar. Porque de lo contrario tendríamos que aceptar, que él aceptaba morir en la conducta, porque también puso en peligro su propia vida. Es conveniente arrancar estos casos pensando que es doloso, aun cuando aceptemos que dolo es solo conocer, porque no habría un verdadero conocimiento. Aquí habría una culpa temeraria, es decir, dentro de los niveles de culpa, aquella que tiene más gravedad. Para el examen elegir una.

**PRACTICA DE CASOS:** ¿Qué hay que hacer para resolver un caso en el examen?

**Roberto caso: 183**

*Roberto, aficionado a la caza, deja la escopeta cargada sobre la mesa de su despacho, mientras la limpiaba, para tender una llamada telefónica. Su hija Silvia de 8 años, encuentra el arma, y al jugar con ella, imitando a su padre, se le dispara muriendo en el acto.*

1. **ACCION, el autor es Roberto.**

* ¿realiza una acción? Si.
* ¿hay alguna causal que pudiera excluir la acción? No.
* La acción, si tuviéramos que describirla, ¿Cuál hubiera sido? “*Deja la escopeta cargada sobre la mesa de su despacho, mientras la estaba limpiando para atender una llamada*”. Esa sería la conducta.

1. **TIPICA**,

* Tipo objetivo: ¿*la acción en cuestión, tiene una relación de causalidad natural con el resultado muerte de la criatura*? Si.
* Usando la supresión mental hipotética (SMH), es decir, suponiendo que no hubiera llevado a cabo esa conducta de dejar el arma cargada sobre la mesa por atender una llamada ¿el resultado desaparece? Si.

Parecería que la SMH, indicaría que es causa del resultado.

* Desde un punto de vista de imputación objetiva, dejando de lado la causalidad natural, ¿creó un riesgo prohibido? Si. ¿Y el riesgo prohibido se materializo en el resultado? Si. Y ¿esto está dentro del alcance del tipo penal? Sí. No se podría decir que fue una auto puesta en peligro de la criatura.

Entonces, el tipo objetivo lo tenemos.

* Tipo subjetivo: *¿la conducta de Roberto, podría ser dolosa?*
* Si el dolo es solo conocer el riesgo, se podría decir de si es dolosa.
* Si aceptamos que el dolo es conocer y querer, podemos decir que Roberto no quería la producción de ese resultado. También hay que tener en cuenta que cuando uno maneja armas, hay deberes de cuidado que hay que respetar. Esta conducta de él ¿estuvo acorde a los deberes de cuidado exigibles? No, él podría haber tomado algún recaudo para impedir que el arma quede al acceso de la criatura. Como no hizo nada de esto, violó los deberes de cuidado. Entonces diríamos que tipo subjetivo culposo habría.

[En los elementos del tipo objetivo de los culposos, uno tiene acción, causalidad natural o imputación objetiva y el resultado, pero que además tiene que haber posibilidad “posibilidad objetiva de previsión del resultado”, algunos lo denominan con el término “previsibilidad”. Aquello que es imposible de prever no puede fundar una responsabilidad culposa.]

* ¿Era posible para él, prever que el arma pudiera ser tomada por la criatura, si él la dejaba al alcance de esta? Si. [En los delitos dolosos los autores usan un concepto parecido, pero lo denominan “dominabilidad objetiva de dominar el curso causal”, esto por ejemplo, lo sostiene Zaffaroni.]

**Lo importante**: en el tipo subjetivo se habla de una acción, de causalidad natural, imputación objetiva, resultado, pero tiene que haber también previsibilidad, posibilidad objetiva de prever el resultado. Es la contracara del aspecto subjetivo: si no hay posibilidad objetiva de previsión del resultado, nunca lo vas a poder haber previsto. Si aceptamos que el dolo fuera conocer y querer, había culpa consiente, es decir, me represento el resultado pero confío en que lo voy a evitar, en este caso el tipo subjetivo del culposo es esta falta de voluntad de provocar el resultado. Pero si pensamos en la culpa inconsciente o si consideramos que el dolo es solo conocer, por lo cual la única culpa va a ser la inconsciente, ahí la persona no se representa el resultado, ni siquiera piensa que lo puede provocar.

En el caso: No se puede decir que hay responsabilidad objetiva porque si bien no lo pensó, tenía posibilidad de pensarlo. No lo previo pero tenía la posibilidad de preverlo. Porque si fuera un riesgo que no fuera previsible, no se lo puede imputar. Si en el caso, Roberto hubiera pensado que el arma no está cargada, lo que habría sería un error de tipo, un error sobre la situación de hecho, en realidad no sabía lo que hacía, y este error de tipo te impediría, aún si piensas que el dolo es solo conocer, analizar la posibilidad de conducta dolosa. Pero te dejaría subyacente la posibilidad de tipo culposo con culpa inconsciente si era previsible, es decir, si era vencible. Salía del error abriendo el arma y viendo que estaba cargada. No podría ser un delito de dolo porque el dolo necesita un conocimiento certero y actual, y este es un delito de olvido, se distrajo. No tenía un conocimiento, que es lo mínimo que piden hasta Bacigalupo y Righi. ¿Qué es lo que tenía? Posibilidad de previsión. Si quieren, tenía un error de tipo que era vencible y por eso dejaba la culpa subsistente.

**Caso 72:**

*Un policía quiere impedir la fuga del preso Eulogio, disparándole un tiro en las piernas. El tiro le da a Eulogio en la espalda y muere.*

1. **ACCION:** *¿El policía realizó una conducta?* No hay ningún elemento que excluya la conducta, así que sí. Era evitable, podría no haberle disparado.
2. **TIPICIDAD:**

* Tipo objetivo: *¿los elementos del tipo objetivo de homicidio agravado por el uso de armas de fuego están presentes?*
* Dijimos que hay acción, ¿hay causalidad natural? Si. Por SMH, si suprimimos el disparo desaparece el resultado muerte.

Incluso si recurrimos a la “Corroboración de la causalidad natural” porque al hacerse la autopsia veríamos que esta indica que murió por el disparo de fuego.

* Imputación objetiva: ¿creó un riesgo prohibido? Acá se encuentra el problema.

Dejando por un momento de lado la imputación objetiva, si dijéramos que tipo objetivo hay, y si dijéramos que conocía lo que hacía, tenemos que llegar a la…

1. **ANTIJURICIDAD**: aquí se encuentra una causa de justificación que es “el cumplimiento de un deber”. Ahora, cumplimiento de un deber ¿qué es? Impedir que se fugue. Si vos sos policía y estas custodiando un detenido no es “si quieres vete”, hay que evitar que se vaya. La cuestión es, tienes que evitar que se vaya ¿de cualquier manera? NO.

**CHOCOBAR:** la policía de la ciudad, que en el fondo es la policía que interactúa con la justicia local y con la nacional también, y con la federal también, tiene una ley de seguridad pública que no dice nada muy distinto a las demás leyes de deberes de la policía. El uso del arma de fuego, de un instrumento letal, es el último recurso, es para salvaguardar la vida propia, lo que para un tercero sería legítima defensa para el policía se vuelve cumplimiento de un deber. O para salvaguardar la vida de un tercero. Y además es para incapacitarlo para evitar que lo ataque, para evitar que realice un ataque, no para evitar que se fugue. Art. 98 de la ley 5.688, es la de la seguridad pública de la ciudad. Lo que regula es como tienen que comportarse los policías, le marca los límites. Cuando deben o no usar un arma de fuego. “*El uso de armas de fuego contra personas está autorizado únicamente para incapacitarlas para el ataque*”. Si está escapando y no te está repeliendo con un ataque, tienes que buscar repelerlo con la colaboración del resto de la fuerza policial. Hay que pedir colaboración, pasan por radio las características del que está huyendo y que los demás lo busquen también.

* ¿Es cumplimiento de un deber? NO. Entonces ¿qué es? Art. 35 CP exceso en el cumplimiento de una causa de justificación.
* Es un exceso intensivo, porque es un exceso en los medios. Existe otro exceso que es el extensivo. Ej.: un hombre ataca a otro, el otro se defiende y lo reduce, pero esta tan enojado que le sigue pegando todavía. Ahí la conducta empieza justificada, legítima defensa, pero la conducta final ya no es justificada. Para un sector de la doctrina esto también seria exceso pero esta vez “extensivo”, porque es una cuestión de temporalidad. Como se entiende que el primer tramo de la conducta está justificado pero solo el último no, se entiende que es menos grave el injusto que si todo hubiera estado no justificado, y por eso se acepta o se sostiene, que a partir de la aplicación del art. 35 CP se le aplica la pena del culposo aunque sea doloso.
* El policía no quería matarlo, solo quería dispararle a las piernas para que no escape. Hubo un desvió en el curso causal, que para el caso es irrelevante. Porque ¿estaba autorizado a disparar? No.

[Cambiando el ejemplo: el delincuente está a punto de disparar en contra de una víctima, si el policía no actúa, lo mata. ¿Ahí el policía estaría cumpliendo un deber si dispara y lo mata? Sí, porque estaría tratando de incapacitarlo para el ataque, y porque estaría cumpliendo un deber, porque para él es obligatorio defender a el tercero. Lo que para un civil sería legítima defensa de un tercero, para el policía es una obligación, el cumplimiento de un deber, porque defiende la vida de la víctima.]

**Pregunta de la alumna:** ¿cómo se daría la imputación objetiva en este caso?

**Profe:** ¿el creó un riesgo prohibido al disparar al delincuente que huía? Si. ¿Ese riesgo se materializo en el resultado? Si. Y ¿ese resultado esta alcanzado por el tipo penal? sí.

Primero vemos si hay acción. Que no concurra ninguno de los tres supuestos que la excluyen. Segundo tienes que ver el nexo causal, en primera instancia vamos a la causalidad natural, es decir, si hay una relación de causa y efecto en el resultado, para ello recurrimos a dos alternativas:

* Supresión mental hipotética.
* Corroboración de la causalidad natural: Decir si pericialmente se comprobó la relación causa y efecto.

Después que tienes la causalidad natural, tienes que ir a la imputación objetiva, ahí veremos si la conducta realizada implico la creación de un riesgo prohibido, y si ese riesgo se materializo en el resultado, y si eso está alcanzado por un tipo penal. Después de eso, vamos a decir que “tipo objetivo” tenemos, porque tengo acción, causalidad natural, imputación objetiva y resultado. Ahora hay que ver si tengo “tipo subjetivo”, es decir, si hay dolo o hay culpa. También se tiene que ver si no hay un error de tipo, que este puede recaer sobre cualquier elemento del tipo objetivo, incluso sobre la causalidad. Este error puede ser vencible o invencible. Cuando es vencible solo deja subsistente culpa, solo si hay tipo culposo previsto en el código penal. Luego se verá si hay antijuricidad, y para ello hay que ver si no concurre alguna causal de justificación.

**Caso 188:**

*La policía detiene a un conocido líder obrero, supuestamente vinculado con el tráfico de drogas, y lo encierran en un local de la comisaría. Los cristales del local están rotos por las pedradas que las patotas han tirado en sus manifestaciones contra la policía. Y el seco frio de julio entra por la estancia.*

*El detenido, pese a solicitar numerosas veces su traslado a otro lugar más abrigado, continúa en la misma celda. Al día siguiente es puesto en libertad por falta de méritos, pero fallece a las pocas horas, víctima de una neumonía.*

* Cuando alguien está preso en una comisaría, ¿no habíamos visto que la policía tiene una función?

Tiene una posición de garante sobre la salud y la integridad del detenido.

Hay varias teorías para explicar que es una posición de garante, una de ellas, la teoría de las funciones es la que dice que hay una “posición institucional” que la tiene el policía respecto del detenido. Y que esa posición institucional es lo que fundamenta la posición de garante que tiene el policía a la protección del bien jurídico vida, integridad física del detenido. Deben cuidar que los entre los otros detenidos no se agredan y que si necesita asistencia médica la reciba. O que si hay algún peligro para la salud del tenido lo conjures.

Esta es la teoría de las funciones que habla de la posición de garante por la responsabilidad que uno tiene de:

* Organizar su propia vida, es decir, su ámbito de organización.
* O cuando tiene una posición institucional como la tiene un policía.

Sino además de los criterios formales, teníamos los criterios materiales:

* Cuidado de una fuente de peligro.
* O preservación de un bien jurídico.

En el caso concreto sería la preservación de un bien jurídico, en este caso, la salud del detenido. Estamos hablando de un tipo omisivo, y más específicamente, estamos hablando de omisión impropia, que es cuando se exige un actuar, que se le exige únicamente al que está en posición de garante, que es frente a una determinada situación típica y para evitar un resultado. Siempre hay una cierta equivalencia entre tipos activos y tipos omisivos, acá la discusión sería es si esta conducta la vas a encuadrar en el 106 CP (abandono de persona) o la vas a calificar directamente de homicidio simple. Para los que creen en la equivalencia normativa existe lo que se llama comisión por omisión. En el caso concreto podemos optar por imputarle el abandono de persona o el homicidio, pero en cualquiera de los casos sería un caso de omisión impropia, lo que pasa es que el abandono de persona está legislado por lo que no habría un problema de constitucionalidad, pero ¿Cómo lo vas a construir? Vas a decir:

1. **ACCION:** ¿hay acción? En realidad acá la acción es la omisión.

* ¿Cuál sería la omisión? No haber cumplido con la conducta ordenada.

¿Cuál habría sido? Si el tipo te dice se está muriendo de frio porque la ventana está rota y hace un frio bárbaro, debes ubicarlo en otro sector de la comisaria. Buscar la manera de protegerlo del intenso frio. Esa es la conducta ordenada.

1. **TIPICIDAD:**

* ¿Cuál es la situación típica? Esta.
* Hay que ver que este en posición de garante, que lo está por lo que vimos antes.
* Hay que ver el nexo de evitación, que es representarse si la conducta debida hubiera hecho desaparecer el resultado.

[La única omisión propia, es la que puede cometer cualquiera, se basa en un deber de solidaridad, que es la omisión de auxilio el art. 108 CP. En el impropio hay resultado y hay posición de garante.]

COMPLETADO EL ILICITO PENAL…

**CULPABILIDAD:**

Cuando el estado decide que puede reprocharte o no.

*¿Por qué no se podría reprochar a la persona?:*

* Puede que no tenga capacidad para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones, eso se llama inimputabilidad. Ej.: demente. (Clase especial).
* Los menores son inimputables cuando son menores de 16. (Clase especial).
* Quien actúa bajo coacción.
* Quien actúa bajo obediencia debida.

*¿Por qué el estado disculpa a las personas?:*

* **Principio de culpabilidad**: el estado puede perseguirnos por cosas que hacemos a título de dolo o culpa, y no por lo que pensamos, o por cosas que simplemente nos pasan. Está prohibida la responsabilidad objetiva. La responsabilidad es personal.

La culpabilidad tiene que ver con que lo que nos tendría que brindar el estado para que nosotros podamos ser culpables:

* Tenemos que ser libres, en el sentido de decidir.
* Que tengamos efectivamente la posibilidad de actuar de otro modo, sino no podemos ser libres.
* Si únicamente hay una sola forma de actuar no somos libres porque no tenemos posibilidad de elegir.
* Si tenemos varios deberes que realizar, el conflicto se da cuando estos deberes se empiezan a confrontar, y de esa confrontación elegimos hacer una.

**Caso La Mignionet:** se hunde un barco llamado La Mignionet en altamar y cuatro personas sobreviven, estuvieron a la deriva 7 días. Dos deciden salvarse, sacrificando al menor que era el que estaba en peor estado, casi en coma. Al menor no se lo consultaron nunca. Uno estaba en contra pero igualmente lo sacrifico. Se lo comieron. Consideraron que era la única opción para sobrevivir. Jueces: Mientras los dos que decidieron, fueron condenados por homicidio. El tercero, que también se lo comió, actuó como el principal testigo a favor de la fiscalía para que los condenaran a los otros dos. Los condenan a pena de muerte porque decidieron que su vida valía más que la del chico, *este hecho es ilícito, no se puede justificar*. Pero si la corona quisiera modificar esta pena, estaría en todo su derecho, a una pena de 6 meses de prisión. Usaron su facultad de conmutar la pena.

**EL CASO DE LA TABLA**: dos personas en un naufragio se toman de un tablón y este no los soporta a los dos. Uno de los marineros empuja al otro y el otro se muere. Cuando lo rescatan al que sobrevive le imputan el homicidio del que murió.

Código penal modelo: En Estados Unidos tienen distintos códigos penales y distintas leyes procesales para cada Estado, porque es un país verdaderamente federal. Cada estado regula los conflictos de la mejor manera que puede hasta que llega un fallo de la corte suprema que dice como “hasta acá llegaron”. Aunque se supone que la corte suprema es federal, se supone que deberían acatar los fallos respecto, por ejemplo, de la despenalización del aborto. El código penal modelo lo que hace es hacer una suerte de estándar que debían seguir en principio todos los estados, no es obligatorio, y aunque lo fueron a promover no tuvo éxito en todos los estados. Lo que tiene este CPM es el **Choice of Elvis**. Es básicamente elegir entre males. La elección de bienes jurídicos de diferente categoría. Siempre que haya una elección entre dos males, y se elige la menor, la elección está justificada. Esto es más que nada doctrinario, no necesariamente se ve en la jurisprudencia. Esto se usa como argumento para justificar la tortura a alguien a fin de evitar el terrorismo, por ejemplo. Suena a…

**ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE:** Excluye la antijuricidad. En ese caso extremo podía estar justificado. Situación en la que una persona debe decidir entre dos bienes jurídicos de distinto valor, y el que sacrificas es de menor valor.

La conducta es ilícita: nadie pone en cuestión su ilicitud.

**Se introduce la “Exigibilidad de la conducta”:** ¿Se le podía exigir a los náufragos que actuaran de otro modo? ¿Conforme a derecho? ¿Se les puede reprochar haber matado a un tercero teniendo en cuenta que no sabían cuando iban a ser rescatados? Probablemente no hubieran sobrevivido si no fuera por la muerte del menor. Es exigible que se comportaran conforme a derecho. Se lo podemos reprochar el haber matado a un tercero sin saber que en cuatro días vendría un barco. Se introduce “El concepto de REPROCHE”.

**Imperativos categóricos de Kant**. El hecho de utilizar una persona como medio y no como un fin. Es contrario a la dignidad propia de las personas. Teorías kantianas.

Nunca uses a una persona como un medio, son un fin en sí mismo. ¿Qué diría Kant? Tu deber es morirte. Esto de elegir entre dos males, el menor, es una ponderación, estamos hablando en términos del… **Consecuencialismo**: hace lo que es mejor para la mayoría, actúa de modo tal que le provoques el máximo de felicidad a la mayor cantidad de gente. Viene de la mano con las teorías preventivas (las penas tienen que servir para algo, utilidad). Esta es la lógica del…

**ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE O EXCULPANTE:** Que excluye o mesura o disminuye la culpabilidad. Los bienes jurídicos son de igual valor. La pregunta es: ¿Una persona común hubiera actuado de ese modo? ¿Se lo puede reprochar por eso? ¿Le es exigible actuar conforme a derecho en esa situación?

**Argentina:** la tortura está prohibida, lo dice la constitución, es absoluta. En estados unidos la forma de receptar tratados internacionales, incluso de derechos humanos es distinta.

La culpabilidad es el lugar en el que se mide si la conducta particular era reprochable en esa situación al autor. Si el autor estaba en una situación de vulnerabilidad esa es una disminución en el reproche. La culpabilidad lo que te permite es subir y bajar lo que después será la pena por situaciones particulares subjetivas respecto del autor. El autor ¿viene de un lugar pobre? ¿Entiende lo que está sucediendo? ¿Conoce la ley? En el caso particular todo el mundo conoce que no hay que matar a la gente, pero hay otro caso como el...

**CASO DE LOS DVD:** habla de la ley de propiedad intelectual. Se sobreseyó a una persona que revendía DVD truchos. ¿Era exigible que sepa la particularidad de la ley de propiedad intelectual? ¿El autor es extranjero o no es extranjero?

Una persona viene de Holanda donde, particularmente en Ámsterdam, está permitido consumir estupefacientes, y sale de la facultad de derecho, porque vino a una charla, y se prende un cigarrillo de mariguana. Automáticamente es detenido, por lo menos, por tenencia para consumo, que hoy en día es ilegal.

Es detenido, no llega a ser procesado, plancha en un juzgado federal. Pero el caso es que, incluso si esa persona llega a ser procesado y vamos a juicio porque tenía dos cigarrillo más de mariguana en el bolsillo del pantalón. Esa conducta ¿le era reprochable? ¿Le es exigible conocer la ley argentina? Cuando viajamos ¿nos es exigible que sepamos la ley penal del país al que vamos? La respuesta es: depende.

**Caso del señor que se muda a la pampa:** un señor se muda a la pampa, porque sabe que el tribunal federal de la pampa de santa rosa tiene una doctrina que permite hasta cierta cantidad (importante) de planta de mariguanas y lo toma como tenencia para consumo personal. Se muda ahí porque conoce la jurisprudencia del tribunal oral federal. Esa acción es típica y es antijurídica. En ese caso ¿le es responsable esa conducta? Si. Él se mudó a un lugar donde sabía que el tribunal federal fallaba de ese modo, y se mudó porque fallaba de ese modo. El tribunal oral dice “*en este caso no se trata de una tenencia para consumo, porque la cantidad de dosis umbrales, analizada la sustancia, supera ampliamente el consumo durante, supongamos que dice, un mes*”. El consumo promedio de ese usuario durante un mes, hablamos de un análisis sofisticado que los tribunales no hacen. El argumento: se mudó al lugar conociendo la jurisprudencia, esperando que se le aplique un estándar que luego no se le aplico. Entonces, a esa persona le es exigible porque aplico conocimientos específicos para sortear una situación jurídica que le era inversa. A diferencia del chico del Holanda, que vino de vacaciones a la argentina. Estas cuestiones sobre si está en un estado de vulnerabilidad, de si le tiene que dar de comer a los hijos, estas son cosas que usamos en defensas particulares en casos concretos, casos de mulas, casos de mujeres que son pertenecientes a una red de trata porque es el único modo que tienen de ganarse sustento. Son casos específicos de defensas puntuales. En esta categoría se mide el reproche y cuando tengo situaciones puntuales en las que la subjetividad del autor puntual, está en juego, ahí es donde se decide.

**Dictamen Del Procurado en el Caso Schriffrin:** La acusada pensó que ejercer su derecho a la protesta era legal. La Cámara Nacional de Casación Penal, resolvió, por mayoría, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Marina Schifrin contra la sentencia del juez federal de San Carlos de Bariloche, que falló condenando a la nombrada a la pena de tres meses de prisión, cuya ejecución dejó en suspenso, por considerarla coautora penalmente responsable del delito de impedir y entorpecer el normal funcionamiento de los medios de transporte por tierra y aire sin crear una situación de peligro común, y le impuso como pauta de conducta la de abstenerse de concurrir a concentraciones de personas en vías públicas de comunicación interjurisdiccionales en momentos en que se reúnan más de diez personas, durante el plazo de dos años.

**Dos casos de culpabilidad**:

* La que suma. Por ejemplo, si en un delito culposo el autor haya sido un profesional de la salud, tiene injerencia su nivel de formación específica.
* La que excluye la culpabilidad. Los casos que excluyen la culpabilidad son: Estado de necesidad culpante; Coacción; Obediencia debida; Miedo insuperable.

Estos casos dicen: lo que hiciste era un ilícito pero no te era exigible comportarte de otro modo. En este estadio también se miden estas cuestiones subjetivas que después se traducen en una menor pena.

**Aclaración: la mensuración de la pena es algo aparte de la culpabilidad, acá solo se visualiza la exigibilidad o no.**

**ERROR DE PROHIBICION:** Es un error sobre lo que vos creías que podías hacer.

* **Error sobre la norma que prohíbe**. El caso del chico que no sabía que existía la propiedad intelectual. El tribunal considera que es extranjero, que vivía en un barrio marginal, que veía a todo el mundo haciendo lo mismo. Entonces los revendió.
* **Error sobre la causa de justificación.** Schiffrin pensaba que estaba justificada.
* **Error sobre los presupuestos de la causa de justificación**.

El punto es ver donde recae el error.

Soy policía, una persona viene y me apunta con un dedo en la cabeza por atrás y me dice “dame todo que te quemo”, yo pienso que es un arma. Me doy vuelta y le meto un tiro. Yo pienso que actúo en legítima defensa, pero hay un presupuesto que no se da en la realidad. No es el caso del oso. Ese es el error de tipo que siempre elimina el dolo, implica que desconoces lo que haces.

**Teoría limitada de la culpa**: Si el error es invencible, es decir, no puedo salir de ese error. La consecuencia es que no es punible, es decir, es impune.

**Casos *de discrepancia entre el momento de la ejecución del hecho punible y la capacidad de culpabilidad: "actio libera in causa”:*** La nueva redacción del art. 20.1°.II del Cód. Penal establece una regla que viene a resolver la polémica relativa a la llamada *actio libera in causa,* es decir, a los supuestos en los que el autor libremente ha causado su propio estado de incapacidad y, luego, sin capacidad de culpabilidad, comete el delito. En estos casos excepcionalmente se dispone que "el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión". De igual manera se establece en el art. 20.2° del Cód. Penal, como condición de la no punibilidad de los hechos cometidos en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, etcétera, que dicho estado "no haya sido buscado con el propósito de cometerlo o no se hubiese previsto o debido prever su comisión". De esta manera el legislador ha decidido una cuestión que preocupó a la doctrina en los últimos tiempos. También en la jurisprudencia se ha planteado la cuestión del fundamento de la responsabilidad en los casos de *actio libera in causa.* La nueva disposición no deja, de todos modos, de plantear dudas respecto del fundamento de esta decisión legislativa. En este sentido cabe preguntar: ¿se establece un tipo penal autónomo mediante el que se sanciona el ponerse en estado de incapacidad para cometer un delito o sin el cuidado debido al respecto? Si se adopta el segundo criterio (tipo independiente en el que se sanciona el haberse puesto en un estado generador del peligro de un hecho punible), ya no quedarán prácticamente casos en los que sea necesario recurrir a la *actio libera in causa.* Sin embargo, esta interpretación obligaría a considerar que el hecho cometido en el estado de incapacidad debería ser considerado como una mera *condición objetiva de punibilidad.* Es decir, si no se quiere vulnerar el principio de culpabilidad, el autor debería ser punible con una pena distinta de la prevista para el hecho cometido en estado de incapacidad, dado que respecto de éste no puede ser culpable. Pero, en la medida en la que la ley exige que el dolo o la culpa del autor que creó su propia incapacidad se extienda a los hechos cometidos, parece que el legislador se ha inclinado por la llamada *"solución del tipo",* ya postulada por la jurisprudencia. De acuerdo con esta solución, se considera que la conducta en estado de incapacidad no es el fundamento de la punibilidad, sino el haber determinado dicho estado, dado que este comportamiento anterior es causal de la realización del tipo. En este sentido se trata de un supuesto de *autoría mediata* en el que el propio sujeto actúa como instrumento de sí mismo. La construcción basada en la solución del tipo ha sido atacada desde diversos puntos de vista, sobre todo en lo que se refiere al delito doloso. En este sentido se ha sostenido que es dudoso que el acto previo sea causal de la acción formalmente típica cometida en estado de incapacidad, que eliminar la propia capacidad de motivación no constituye todavía un acto típico, que con esta solución se priva al inimputable de la posibilidad de desistimiento, etcétera. Si estas críticas prosperan, la regla del art. 20. Io. II del Cód. Penal sería impugnable desde la óptica del principio de culpabilidad. Como alternativa a esta fundamentación se ha sostenido que, en realidad, la figura de la *actio libera in causa* constituye una excepción de las reglas de la capacidad de culpabilidad, según las cuales el momento en el que se debe dar la capacidad de culpabilidad es el de la ejecución del hecho *(teoría de la excepción).* Desde el punto de vista del *modelo dialogal de la imputación jurídico-penal* se ha propuesto que estos casos sean considerados de la misma manera que los del provocador de la agresión, al que se priva del derecho de legítima defensa. Por lo tanto, el que provoca su propia incapacidad de culpabilidad no puede invocar en su favor la regla del art. 20.1°.I del Código Penal. La *solución del tipo* es la correcta y, consecuentemente, las propuestas alternativas son innecesarias. En efecto, la "solución de la excepción" se basa, sobre todo, en que dicha excepción no tiene respaldo legal, sino que encuentra su fundamento en el derecho consuetudinario. Como es claro, ésta ya no es la situación del derecho vigente, pues la excepción está expresa en la ley penal. La solución dialogal propuesta por Neumann, a su vez, sólo sería necesaria si no fuera posible considerar que la provocación de la propia incapacidad no puede ser considerada como la acción típica del delito cometido en dicho estado. Pero, la similitud de esta situación con la de la autoría mediata quita toda fuerza de convicción a este argumento, dado que el que dolosamente se pone en estado de incapacidad de culpabilidad se utiliza a sí mismo como instrumento. En el delito culposo, donde la autoría mediata no puede ser tomada como referencia, tampoco existe ningún problema, dado que los esfuerzos por negar la relación de causalidad de la acción de ponerse en estado de incapacidad respecto del delito luego ejecutado, tampoco merecen ser acogidos.