

## Teoria del Delito

Es la aplicación de la Dogmática Jurídica. La Función que tiene es Contener y Reducir el P.P a través de ella.

El D.Penal mediante la interpretación de las leyes penales, opera como un **dique de contención** de las aguas más turbias del **estado de policía**.

Para eso debe operar selectivamente, filtrando solo las aguas menos sucias y reduciendo su turbulencia, valiéndose de un complejo sistema de compuertas, que impidan la perforación de cualquiera de ellas y que, para el caso de producirse, disponga de otras que la reaseguren.

La **Selectividad del Derecho Penal** debe ser de signo opuesto a la del P.P, pues desde la perspectiva de este debe configurar una **Contraclandestinidad**

El D.Penal no puede cerrar completamente el paso al P.P habilitado por las Leyes Penales **Manifiestas**, por lo que debe agotar sus esfuerzos para abrirlo solo cuando este haya sorteado las compuertas de los sucesivos momentos procesales, y haya probado legalmente que se da el supuesto en que la racionalidad del poder está menos comprometida.

Al final del camino se llega a la criminalización secundaria formal de una persona, pero esto presupone dos grandes divisiones de compuertas selectivas

- a) Un primer orden de estas sirve para verificar si están dados los presupuestos para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el Ej del P.P
- b) Dados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta como debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento.

Al primer sistema se lo denomina usualmente **Teoría del Delito** y al segundo **Teoría de la Pena**

La **Teoría del Delito**, como sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de P.P por parte de las Agencias Jurídicas, constituye la más importante concreción de la función reductora del derecho penal en cuanto a las leyes penales manifiestas.

### Necesidad de un Sistema

El esquema general de casi todas las teorías del delito es estratificado. Va del **Genero** (Conducta, acción o acto) a los caracteres específicos (Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), con prelación lógica y sentido práctico.

Son hoy históricas las críticas de la “Escuela de Kiel”, que defendía una construcción irracional del “Delito Como Totalidad”

Más actualidad conserva la crítica de quienes interpretan que el D.Penal inglés no adopta una teoría del delito, lo que demostraría que es posible el funcionamiento eficaz y garantizador de una agencia judicial sin ella.

Otra crítica observa que la teoría del delito puede llevar a soluciones contrarias a la política criminal por caer en la aplicación de conceptos excesivamente abstractos.

Se ha propuesto que en lugar de aplicar una teoría, en cada caso argumente en pro y contra acerca de todas posibles soluciones, hasta dar con una que provoque general consenso, como expresión de la voluntad común. (Método de "Pensamiento Problemático")

La Mayor crítica se ubica en que la Dogmática Jurídico-Penal (Teoría del Delito) no ha cumplido sus promesas de "Proveer seguridad y previsibilidad en las decisiones", Puesto que puede afirmarse que:

- A) la dogmática facilitó la racionalización del P.P y no cuestionó su función
- B) La pluralidad de teorías que admite en su seno permite sostener soluciones dispares y por ende, proceder en forma arbitraria.

El P.P es un hecho político y el D.Penal debe oponerle una contraselección que debe ser racional para compensar, hasta donde pueda, la violencia selectiva del P.P, por que de otra manera, de dos selecciones irracionales solo podría resultar la suma de sus irracionalidades.

Las compuertas no pueden operar esta selección inteligente si no se combinan en forma de sistema, entendido como la unidad de diversos conocimientos bajo una idea.

### **Estructuración Básica del Concepto: Lineamientos.**

Para contener el impulso selectivo de las agencias encargadas de la **Criminalización Secundaria**. El D.Penal debe asegurarse que cualquier pretensión de ejercicio punitivo se lleve a cabo sobre la base de una acción (D.Penal de Acto)

Con esto se logra que la criminalización no se formalice sin que haya una acción que le otorgue base.

En consecuencia, se debe excluir del concepto de delito toda pretensión de ejercicio del P.P sobre cosas, animales, P.Jurídico, etc. Como también el que quiera ejercerse sobre personas por algo que no sea una acción.

Esta es la consagración teorizada del "Nullum Crimen Sine Conducta". Pero no cualquier acción humana puede ser relevante como base teórica para el concepto reductor del delito.

Este es un requisito reductor mínimo, de elementísima racionalidad, por lo cual, dentro del sistema reductor solo cumple una función grosera, pero se erige en carácter genérico o básico que permite asentar los 3 caracteres filtrantes específicos, que son: La tipicidad, La Antijuridicidad, y la Culpabilidad

Las agencias políticas criminalizan primariamente solo algunos, que fijan el "Supuesto de Hecho" en el que se apoya la Selección Secundaria (Art 79 para homicidio).

A través de estos tipos, el P.P pretende filtrarse en forma irracional y para ello aspira constantemente a embutir en ellos acciones que no se adecuan a estos o que no presentan los caracteres.

El análisis de la **Tipicidad** (osea, de la *Adecuación de la acción al tipo*) no puede ser puramente descriptivo, sino que debe ser también valorativo.

Con la pura lesividad conflictiva de la acción, aun no se sabe si hay un objeto que reprocharle a alguien (Un ilícito o injusto penal), por que hasta ese momento analítico la conflictividad solo aparece a la luz de las prohibiciones, cuya averiguación es lógica y políticamente previa a la de las permisiones.

Recién cuando se comprueba que no operan permisos para realizar la acción típica se afirma la existencia del **injusto penal** (*Acción típica y Antijurídica*)

Por eso la conflictividad debe ser confirmada mediante la constatación de que no existe ningún permiso en la ley que autorice la conducta, o sea, que la acción no solo debe ser típica, sino que también **Antijurídica**

Aun cuando exista un Injusto o ilícito penal, lesiona cualquier criterio de mínima racionalidad la pretensión de que el poder punitivo se habilite respecto del agente, cuando no se le pueda reprochar que en el contexto en que actuó no haya obrado de **otro modo no lesivo o menos lesivo**, sea porque actuaba con la conciencia seriamente perturbada, porque estaba en error invencible sobre la antijuridicidad de su conducta, o porque las circunstancias hacían que no sea razonable exigirle otra conducta. Este **Juicio de Reproche** se llama **Culpabilidad**

La diferencia entre la **antijuridicidad** y la **culpabilidad** resulta de dos momentos valorativos de selección

La **Antijuridicidad** tiene por objeto descartar todo lo que racionalmente no puede ser considerado un conflicto con relevancia penal

La **culpabilidad** tiene el fin de descartar toda pretensión punitiva cuando razonablemente no se le puede reprochar al agente la producción del conflicto.

Cualquier **Reproche** requiere un **objeto** que debe ser previamente definido.

Tipicidad: El "Tipo Penal" es aquello que estipula el código, y de ella emana una norma. La conducta "Típica" es Prohibida. Esta debe lesionar o poner en peligro de manera significativa un bien jurídico ajeno.

Si no hay conflicto, no hay lesividad, sin lesividad no hay tipicidad.

Conducta típica y antijurídica: El Injusto Penal.

## **Conducta**

Es un concepto Jurídico - Penal. Su función es "Vinculante", sin ella no hay delito. Vincula a los demás componentes; Y cumple una función limitadora del P.P. No puede desprenderse de la norma por que perdería su carácter limitador.

Tiene una base Ontológica (Realidad), se produce su concepto por abstracción de la realidad.

Se necesita un **hecho humano** que trascienda a 3ros y sea público, voluntario, y con una finalidad.

## LA ACCION COMO CARACTER GENERICO DEL DELITO

### La Funcion politica y Vinculante del Concepto Juridico - Penal de Accion

Conducta es, un Hecho humano voluntario. En la base del concepto de delito se halla su característica más genérica, a la que llamamos **Accion**.

La Tipicidad, Antijuridicidad y la culpabilidad son adjetivaciones de la conducta, o sea que cada una de ellas pueden predicarse respecto de la **Accion/Conducta**. Estas 3 Características Particulares son las que permiten definir El **Delito**.

El D. Penal construye sus conceptos para limitar el P.P y, por ende, cuando nos preguntamos por la conducta también lo hacemos con ese **Sentido Politico**.

*No hay delito sin accion humana* (Nullun crimen sine conducta), Se trata de un concepto que debe ser apto para cumplir una **Doble Funcion**.

- a) La función limitadora o política del P.P (Nullun crimen sine conducta)
- b) La función de género vinculante de los adjetivos que conduzcan a la especie delito

Necesitamos un *concepto Pretipico* para evitar que los tipos prohiban lo que no son acciones.

### La Accion es un Concepto Juridico.

La acción en el D.Penal es un concepto jurídico, debido a esta naturaleza, no puede inventar lo que en el mundo no existe, sino que *debe seleccionar datos de la realidad*.

No hay un concepto de *Accion real* sino una **Realidad de la conducta humana**.

Cabe entender que

- a) El concepto de acción es jurídico (Debe construirse por el D.Penal)
- b) El Procedimiento constructivo es la abstracción desde la realidad de la conducta, que no impone ningún concepto, sino que limita su construcción
- c) La base legal no está en los tipos, sino en la CNA y en el DD Int
- d) El Concepto debe elaborarse atendiendo al general objetivo de Contención del P.P
- e) Debe ser idóneo para servir de base y vínculo en cualquiera de las estructuras típicas fundamentales.

### La Finalidad como Elemento Reductor.

Toda Voluntad tiene una finalidad, porque siempre que se tiene voluntad es de algo.

La Exigencia de considerar la finalidad en la acción reduce la materia de posible Prohibición Penal, con lo cual garantiza más acabadamente el (NCSC).

Este criterio: Respeta el plano Ontico, y al mismo tiempo se muestra con mayor aptitud para cumplir con el objetivo político de realizar (NCSC).

De cualquier manera, como el concepto de conducta debe cumplir también la función de carácter genérico vinculante, no se podría introducir la finalidad en el concepto Juríd-Penal de acción, si de ello no resultase un concepto apto para ser captado por las formas estructurales básicas de los Tipos Penales.

## La idoneidad vinculante de la acción reductora

Los Tipos son construcciones legales abstractas, que dibujan grandes trazos de una **acción conflictiva**. En algunos casos no individualizan las acciones por su finalidad, pero no porque esas acciones no tengan finalidad.

Si no se conoce la finalidad de la conducta, no puede establecerse la Tipicidad Culposa.

Es claro que los tipos culposos no prohíben atendiendo a la finalidad misma, sino a que la programación de la causalidad es defectuosa, por que viola un **deber de cuidado** ( ARTICULO 84. - Será reprimido con prisión (...) el que por **imprudencia, negligencia, impericia** en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo causare a otro la muerte.).

Al Dotar de sentido a una acción, debe evitarse que esa exteriorización que cambia algo en el mundo, provoque un conflicto por lesionar a alguien. La evitabilidad del conflicto no puede determinarse sin averiguar cual era el sentido de la acción, por que no hay un *deber de cuidado general* valido para todas las personas y todas las actividades.

En el caso de los **Tipos Omisivos**, no definen acciones; Dado que *describen la conducta debida* y prohíben su no realización. De este modo, antes del tipo no se sabe que es una omisión.

El tipo omisivo siempre tipifica la acción precisando el marco, pues de lo contrario la prohibición carece de sentido. Para ello es necesario (Si el tipo omisivo es doloso) Averiguar si el Agente Jugaba, teja, etc; Para configurar el mundo dejando andar la causalidad, con lo cual **No puede prescindirse de la finalidad de la voluntad de la gente**.

## El Problema del Resultado y de las Circunstancias

La CNA exige que los tipos abarquen *acciones Conflictivas*.

La acción concebida como sentido que se exterioriza. Tiene efectos en el mundo: Puede ser que este cambie en la forma imaginada por el agente, pero siempre esa exteriorización tendrá múltiples efectos mundanos y el agente sabe que disminuye el azar en cuanto a ciertos efectos, pero hasta un límite más allá del cual el cruzamiento de efectos es incontrolable.

A la ley penal solo le interesan **algunos de los efectos modificadorios** del mundo en forma lesiva para alguien, y que puedan vincularse a la acción como obra del autor.

Los tipos captan **Pragmas Conflictivos**, o sea, la acción y su obra.

Solo después de conocer el tipo se sabe que obras interesan al D.Penal como **Pragma Conflictivo**, y apenas entonces se puede investigar si el efecto producido es una *Obra que Normativamente Pertenece al Autor*.

Toda acción se dota de sentido en un *contexto de efectos*. Toda acción se da en un cierto lugar de significados y significantes. Si los tipos *ignorasen los contextos de las acciones* no podrían definir sus pragmas, aunque a veces lo definan precisando estos contextos y, en otras ocasiones los dejen en apariencia indefinidos.

### **La Funcion Politica de Reduccion Selectiva.**

- a) Siempre es preferible que el concepto generico basico del delito, respeta la realidad y no comience por introducir datos inventados, por que aquella proporciona una base de exclusion mas segura.
- b) La accion no es un concepto que sirve solo para señalar los casos de ausencia de acto, sino que su funcion vinculante lo proyecta sobre los adjetivos. Incluyendo la finalidad, la tipicidad no podra prohibir acciones que no tengan la finalidad tipica.

Tambien suele minimizarse la funcion politica del concepto penal de accion en cuanto a la prohibicion de penar el pensamiento, por que como este se expresa siempre en una accion, plantea un problema de tipicidad.

### **La Ausencia de Accion por Involuntabilidad.**

(No Cazo Una)

## **La Fuerza Fisica Irresistible.**

Es cualquier fuerza que impide a una persona moverse a voluntad, es decir, la que reduce el cuerpo a una condicion mecanica, sea impulsado por una fuerza interna o externa.

Quien realiza acciones bajo amenaza, realiza acciones voluntarias, solo que sin voluntad.

## **La Incapacidad de Accion de las Personas Juridicas.**

La Persona Juridica es *Incapaz de Accion*, aunque no faltan quienes consideran que ella es solo incapaz de tipicidad o de culpabilidad y aun de pena.

## **La importancia y Consecuencias sistematicas de la ausencia de acto**

Las mas importantes consecuencias sistematicas de la ausencia de acto son:

- a) No es admisible la legitima defensa contra quien no realiza una conducta. En cualquier caso, la defensa seria un *supuesto de estado de necesidad* y debiera mantenerse dentro de sus limites justificantes.
- b) Quien se valga de una persona que no actua serai siempre autor directo o autor de determinacion, sin que quepa la autoria mediata ni la instigacion.
- c) En los tipos de participacion necesaria, los movimientos de quien no realiza accion no pueden considerarse configurativos de la tipicidad.

## EL TIPO Y LA TIPICIDAD EN GENERAL.

### El tipo penal como Dialectica

Una conducta pasa a ser considerada como delito cuando una ley la criminaliza. Para eso las leyes se valen de **Formulas legales** que señalan **Pragmas Conflictivos**, que amenazan con pena y que se llaman tipos, escritos en la parte especial del codigo penal.

Cada vez que el Poder crea un nuevo tipo penal, sabe de antemano que la criminalizacion secundaria se realizara en infima medida, y que este nuevo tipo abra un espacio mas para vigilar a quien el poder quiera.

Cuanto mayor sea el numero de tipos penales, mayor sera el numero de personas sometidas a vigilancia y a molestias, o sea, que mayor o mas amplio sera el arbitrio de las agencias para el ejercicio de su poder sobre la poblacion en general. Por consiguiente, el **Ppio Regulatorio del Estado de Derecho** (La igualdad ante la ley), se realiza en proporcion inversa al ambito de selectividad abierto por el conjunto de las tipicidades.

Si cuanto mayor es el ambito total de las prohibiciones tipicas menor es el respeto al Ppio del Estado de Derecho.

Aquella funcion interpretativa reductora la debe llevar a cabo en forma racional, porque una reduccion arbitraria solo aumentaria la arbitrariedad de la seleccion personal, conforme al Ppio de que **dos irracionalidades no se neutralizan sino que se potencian**.

Para el P.P el plano de la tipicidad es un **instrumento que habilita su ejercicio**, en cambio para el Derecho Penal es una **herrameinta para limitarlo**.

### Aproximacion al Concepto de Tipo

*Se puede afirmar que el tipo penal es la formula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al Derecho Penal para reducir las hipotesis de pragmas conflictivos y para valorar limitativamente la prohibicion penal de las acciones sometidas a decision juridica.*

Es una formula legal por que pertenece a la ley

Es necesario al P.P Formal para habilitarse, por que nunca se puede averiguar el caracter delictivo de una conducta sin fijarla antes mediante una prohibicion.: No tiene sentido

Su formulacion legal es necesaria al Derecho Penal, por que sin ella *este no puede llevar a cabo una interpretacion reductora del ambito de lo prohibido.*

### Tipo, Pragma, Tipicidad y Juicio de Tipicidad

Tipo: Deriva del aleman *Tatbestand* que significa "**Supuesto de Hecho**". Admite dos claras significaciones.

- a) El supuesto de Hecho Factivo (El acontecimiento particular y concreto, la conducta concreta)
- b) El supuesto de Hecho Legal (El modelo general y abstracto que la ley crea, el texto).

## **El Tipo siempre Exige un Juicio de Valor: Sus Elementos Interpretables y sus Remisiones Valorativas.**

Al Realizarse el juicio de tipicidad, aparecen elementos que se individualizan con el lenguaje comun (Mujer) con el cientifico (Estupefaciente) o con el juridico (Funcionario).

Todos ellos son elementos interpretables que pueden llamarse **Descriptivos** solo en atencion a la tradicion. Los que requieren una precision juridica no dejan de ser descriptivos, dado que la naturaleza de su contenido no cambia por que para precisar sus limites debe aludirse al derecho en lugar de hacerlo a la medicina o a la fisica.

Pero a veces los tipos contienen **Elementos que no son interpretables**, pues remiten a otros orgenes valorativos que obligan al juzgador a realizar o aceptar un juicio sobre un comportamiento. El Derecho Penal debe agotar sus esfuerzos por reducir las **Remisiones valorativas del comportamiento** a elementos interpretables o descriptivos.

El D.Penal para reducir las hipotesis, debe valorar acciones como prohibidas. Para ello, de los tipos deduce normas: Del Art 79 deduce "No Mataras".

### **Otros usos de la Voz Tipo en el Derecho Penal**

Cuando se menciona el *Tipo* a secas, se hace referencia al que aqui se ha conceptuado y que, desde la perspectiva del D.Penal, tiene por funcion filtrar el P.P en un primer nivel de desvalor (Prohibicion).

La Tipicidad de una accion señala su prohibicion penal, es decir, su conflictividad penal, a partir de la cual se averigua su antijuridicidad y su culpabilidad, que son caracteres de esa accion tipica y no de otra, con lo cual la tipicidad se proyecta a los desvalores de la misma accion. En este Sentido la *Antijuridicidad* y la *culpabilidad* tambien son **tipicas**.

### **Los Tipos de Acto como Antitesis de los Tipos de Enemistad al Derecho (O de Autor)**

Como *no puede averiguarse si algo esta prohibido sin partir de una previa definicion de lo prohibido*, el tipo penal siempre es logicamente necesario.

Cuando un poder punitivo autoritario se dirige contra enemigos del poder, no interesa la lesion que sufre la victima y pasa a primer plano la enemistad, con lo cual la tipicidad tiene **valor negativo** solo como signo de **enemistad al poder**.

El D.Penal de Acto es el esfuerzo del Estado de Derecho por reducir y Limitar el P.P de autor.

La racionalizacion de tipos de autor es el signo mas burdo de la claudicacion del derecho penal, o sea, su inversion y puesta en servicio del Estado de Policia.

### **La Tension entre la Tipicidad Legal y la Judicial**

Existe una constante tension entre la *Seleccion Tipica de Acto* y la *Seleccion Tipica de Autor*. Desde lo legislativo avanza el **Estado de Policia** a traves de una neorme proliferacion de tipos abiertos y de peligro (Remotos y Abstractos) y mediante la minimizacion del bien juridico.

## Estructuras Típicas Fundamentales: Tipos Dolosos y Culposos, Activos y Omisivos

Los Tipos **Dolosos** Individualizan acciones por la incorporación del resultado al programa causal finalmente dominado por el agente

Los Tipos **Culposos** individualizan las acciones porque el resultado adviene en razón de una **falta de cuidado** en la programación final del agente

Los tipos **Activos** individualizan directamente las acciones a las que asocia el P.P (Incendio Doloso o Culposo)

Los Tipos **Omisivos** Individualizan las Acciones porque son dispares respecto de un **Modelo de Acción Debida**.

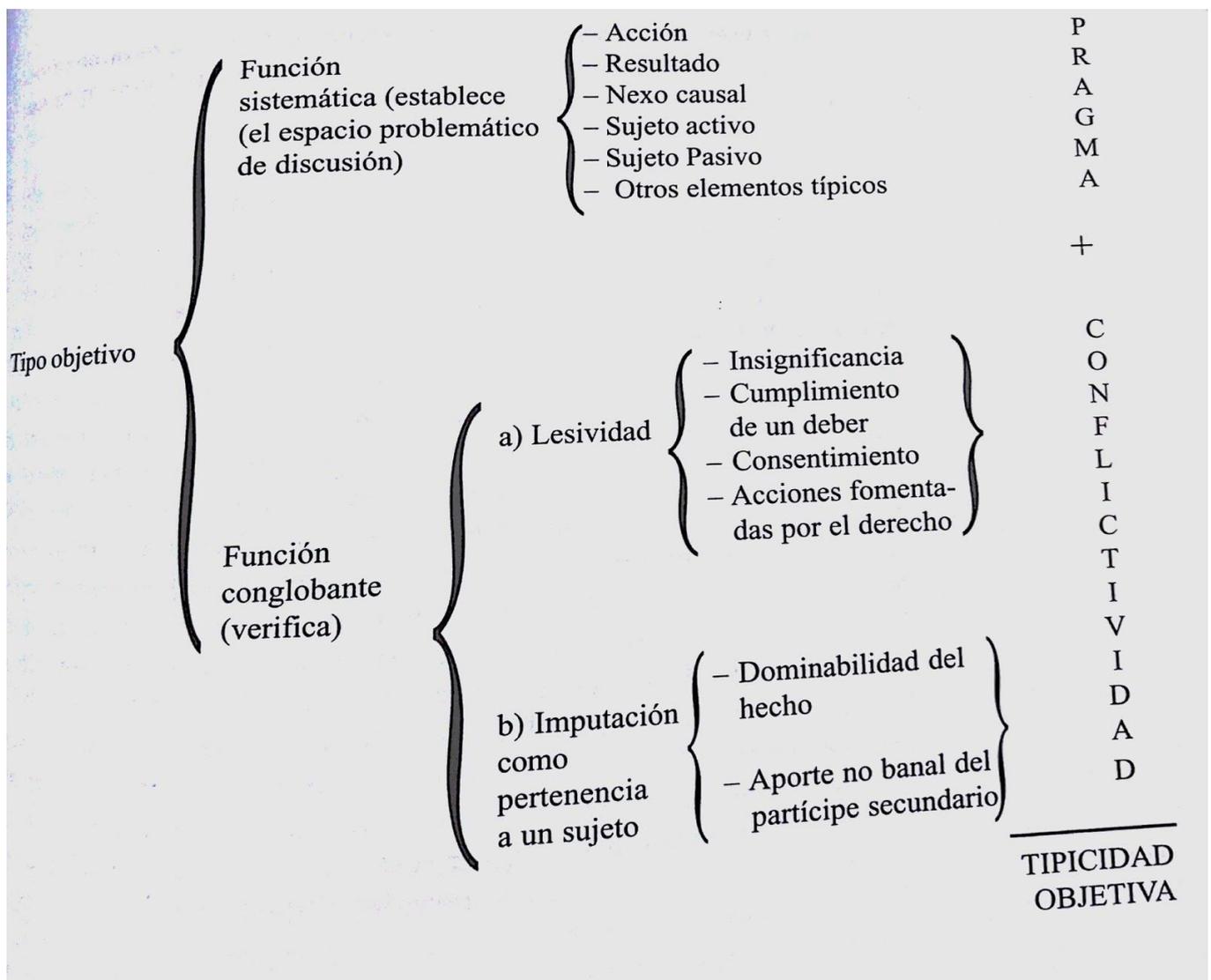
T- Tipo -- a) Finalidad -- b) Causación -- c) Evitación -- d) Forma o modo de realizar el fin (Violatorio del deber de cuidado).

T (a.b)= Tipo Doloso Activo --- Tipo con Finalidad y Causación (El Efecto sigue a la causa)

T (a.c) Tipo Doloso Omisivo -- Tipo con Finalidad y Evitación

T (b.d) Tipo Culposo Activo -- Tipo con Causación y Modo de Realizar el Fin

T (c.d) Tipo Culposo Omisivo -- Tipo con Evitación y Modo de Realizar el Fin



## EL TIPO DOLOSO ACTIVO: FUNCION SISTEMATICA DEL ASPECTO OBJETIVO

La Tipicidad penal es una característica de la conducta que se averigua mediante los tipos

Activos = Prohibe individualizando la conducta que quiere Prohibir

Omisivos= Prohibe conductas diferentes, individualizando una a Realizar

Dolosos= El Resultado Prohibido sea Querido por el Agente

Culposos= Causado por la Violacion del deber de Cuidado.

Cuando nos preguntamos por la **Tipicidad Objetiva** de una conducta, lo primero que es necesario averiguar es *Si existe un **Espacio Problemático***.

Es Preciso saber si concurren los elementos objetivos de un *Pragma*, porque siempre se pregunta por el Sustantivo antes que por el adjetivo. Primero nos preguntamos si existe la objetividad del pragma, y luego si es conflictivo.

- a) Primero comenzar por el tipo objetivo
- b) Dentro de Este, preguntar *Si existe el espacio problematico*
- c) *Luego verificar que el mismo sea **conflictivo***

La **Tipicidad Sistemática** (Osea, la existencia del espacio problematico), Se establece con el *Tipo Legal Aislado* (La formula que aparece en el texto de la ley)

(El que instigare a otro al suicidio 83 ; El que matare a otro 79)

Una vez afirmada la presencia del **Espacio Problemático** sera necesario determinar si lo abarcado por este constituye un conflicto. Debemos valernos de la misma formula legal considerada ahora como parte de todo un conjunto organico normativo, es decir **conglobada** con todo el resto de las normas vigente.

La Conflictividad depende de dos Circunstancias

- a) Que haya **Lesividad** (Una lesion a un Derecho, o a un Bien Juridico Ajeno)
- b) Que sea Objetivamente Imputable al agente como **Obra Propia**

La **Tipicidad Objetiva** se afirma solo cuando se hayan agotado ambas funciones del tipo objetivo (Sistemática y Conglobante)

La tipicidad objetiva **sistemática** y la **conglobante** no son independientes, pues se trata de una consideracion diferenciada de elementos del tipo subjetivo que sirven para cumplimentar las dos funciones que este debe cumplir para permitir afirmar la tipicidad objetiva.

Ambas tipicidades permanece vinculadas como consecuencia de que las funciones para las que son construidas se mantienen ligadas por una necesaria relacion dialectica:

La funcion del tipo conglobante opera como contrapulsion de contencion de la pulsion ampliatoria del canal de paso del P.P que importa la individualizacion de la accion a traves de la funcion meramente sistemática

## Exteriorizacion de la Voluntad y Mutacion Fisica

No se concibe una conducta tipica sin que se exteriorice, es decir, sin que se de lugar a una **Mutacion fisica** en el mundo, que suele llamarse **Resultado**.

### Nexo de Causacion

La *Causalidad* es un proceso ceigo que no tiene principio ni fin, o sea, que se proyecta desde y hacia el infinito.

La nocion de *Causa / Efecto* ( llamado **Problema de Causalidad**) es una forma, entre otras, de explicacion y comprension cientificas; describir la causa de un suceso es decir "Por que" ocurre.

**Causalidad** Seria la cadena de causas y efectos que se dan en el mundo y que permite que los hechos sean explicados y, por lo tanto, que aquel sea inteligible.

Es un hecho del mundo, su explicacion es un fenomeno cultural. Se establece conforme al Ppio de **Equivalencia de las condiciones** (*Conditio sine qua non*): **Causa** es toda condicion que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado (Sin los disparos, el muerto estaria vivo).

### Elementos Particulares de Algunos Tipos Objetivos Sistemáticos

Los tipos objetivos sistematicos se integran con elementos

Necesarios: Son la exteriorizacion de la voluntad, y en el nexo de causacion entre la accion y el resultado.

Eventuales: Son de muy diversa naturaleza

Normativos: Aparecen cuando los tipos acuden a valoraciones **Juridicas** o **Eticas**

En Los Tipos Objetivos pueden difereciarse elementos:

**Rigidos**: Son de Facil presicion, no cambian

**Elasticos**: Se colocan en una zona gris, entre dos limites

*Vagos o Indeterminados*: Suelen ser totalmente normativos, fundados en pseudoconceptos de naturaleza emocional. Son **inconstitucionales**.

## TIPO DOLOSO ACTIVO: FUNCION CONGLOBANTE DEL ASPECTO OBJETIVO

“El estado argentino no puede entrometerse en la vida de nadie si no media un conflicto, en funcion del **Ppio Republicano** de gobierno (Art 1CN) y del **Ppio de Lesividad** (Art 19CN)”.

Se exige que haya una **lesion** que sea **juridicamente imputable** al agente.

Esta premisa constitucional se traduce, en el ambito juridico penal, en la exigencia de:

- a) Una Lesio a un **bien juridico**
- b) Que sea **imputable como obra propia del agente**.

Estos son los requisitos para que el **pragma** resulte conflictivo.

La Conflictividad del pragma se comprueba con la existencia de los **elementos del tipo conglobante**.

La Tipicidad Objetiva Conglobante debe responder tanto a un **que** como a un **quien**.

- a) La lesividad se comprueba constatando la afectacion (Por **daño** o **peligro cierto**) del bien juridico en forma significativa, pero tambien constatando que se trata de un **bien juridico**, o sea, que su afectacion esta prohibida por la norma.
- b) la **imputacion** se verifica con la comprobacion de que el agente , si fue el autor, tuvo la **dominabilidad del hecho** y si fue partecipe, hizo un aporte **no banal** ni inocuo.

### La Lesion al Bien Juridico

La **elemental racionalidad** de cualquier decision judicial exige que no se prohíba una accion que no lesiona a otro; tampoco es racional la prohibicion de una accion que otra norma ordena o fomenta.

La consideracion conglobada de la norma que se deduce del tipo limita su alcance en funcion de **las otras normas del universo** u **orden normativo** del que forma parte, excluyendo la lesividad cuando:

- a) No haya afectacion del bien juridico o sea insignificante
- b) La exteriorizacion de la conducta del agente encuadre objetivamente en lo que tenia el deber juridico de hacer en esa circunstancia
- c) La Exteriorizacion de la conducta del agente encuadre objetivamente en el modelo de acciones que **el derecho fomenta**
- d) Medie consentimiento o una **asuncion del riesgo** por parte del sujeto pasivo
- e) El Resultado no exceda el marco de realizacion de un **riesgo prohibido**.

### El Concepto de Bien Juridico

El concepto de “Bien Juridico Tutelado” por el P.P es falso. En la mayoría de los casos el P.P, en plano de la realidad, poco o nada tutela a los bienes juridicos y, en el plano juridico, tampoco los crea.

Por ello, la idea penal de **bien juridico tutelado** es incompatible con el caracter fragmentario de la legislacion penal y con su caracter sancionador. Si la ley penal no **fundamenta** los bienes juridicos, no decide la tutela.

Sin la existencia del concepto de Bien Juridico, desaparece el sentido de la prohibicion, se *Prohibe por Prohibir*.

El B.J *Lesionado* y el B.J *Tutelado* son **polos opuestos** en la dialectica entre **Estado de Derecho** y Estado de Policia, Entre D.Penal Liberal y Autoritario.

Para elaborar el concepto de bien juridico funcional a la limitacion del P.P, debe partirse de la concepcion liberal originaria. Desde esta perspectiva, el Bien Juridico es *la relacion de disponibilidad de un **sujeto con un objeto***.

Somos nosotros los que podemos hacer uso de nuestra salud, libertad, honor, propiedad, etc; y justamente lo que se ofende en **un pragma conflictivo** es esa posibilidad de disponer en la que nadie debe interferir.

### **Falsas Ofensas a Bienes Juridicos**

La Ofensa al bien juridico puede consistir en una **lesion** en sentido estricto o en un **peligro**.

Los "Tipos de Peligro" se dividen en Peligro **Concreto** y Delitos de Peligro **Abstracto**.

Los de peligro Abstracto para algun son :

- a) Tipos en los que el peligro se presume iuris et de iure (Se presume
- b) Que Haya **peligro de peligro** (O Riesgo de Riesgo)

Ninguno de estos criterios son **Constitucionalmente Aceptables**, El D.P no admite presunciones iuris et de iuri que, por definicion, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay.

En cuanto al "*Peligro del Peligro*", basta pensar en el caso de la tentativa: Serian supuestos de triplicacion de peligros o riesgos.

Solo Hay tipos de lesion y tipos de peligro, y que, en estos ultimos, *Debe haber existido una situacion de riesgo de lesion **en el mundo real***.

La creacion de **Peligros**, no solo pretende presumir ofensas inexistentes, sino que inventa y clona **bienes juridicos**:

- a) Se inventan bienes juridicos cada vez que se menciona la seguridad, la paz general, el bien publico
- b) Se **Clonan** bienes juridicos creando supuestos bienes juridicos intermedios.

### **La Afectacion Insignificante del Bien Juridico**

El Analisis Conglobado de las Normas que se deducen de los **tipos penales** muestra que prohíben acciones que provocan conflictos de **cierta gravedad**. Debe haber cierta relacion entre la lesion y la **punicion**.

El criterio de la insignificancia debe siempre valorarse en relacion con las **condiciones particulares** del titular.

## Cumplimiento de un Deber Juridico

Cuando una Norma Prohíbe hacer lo que otra prohíbe omitir (El médico que debe denunciar una enfermedad infecciosa y al mismo tiempo guardar el secreto profesional), existe una aparente contradicción que debe resolverse mediante la interpretación adecuada de ambas normas para establecer cuál prevalece.

El cumplimiento de un deber jurídico tiene lugar cuando un acto recorta una norma prohibitiva, prevaleciendo sobre ella: La autoridad que allana no incurre en una violación de domicilio.

Quien tiene un permiso, puede o no hacer uso del mismo: Puedo defenderme legítimamente o no hacerlo y soportar la agresión.

### **Aquiescencia: Acuerdo y Consentimiento del titular del Bien Jurídico.**

No hay lesividad cuando el titular de un bien jurídico consiente acciones que pueden ser lesivas o peligrosas.

La intervención punitiva alcanza un grado intolerable de irracionalidad cuando pretende que el titular use el bien jurídico solo en determinada forma, pues desconoce la idea misma de *persona*, de autonomía de la conciencia, y subordina al ser humano a metas trascendentes de su humanidad.

La Doctrina Tradicional distingue entre

Consentimiento **Excluyente** de la Tipicidad: Excluiría la tipicidad en los tipos que requieren la actuación contra la voluntad del titular (Hurto, violación, etc)

Consentimiento **Justificante** de la tipicidad: Operaría cuando el concepto típico no se integra con ese elemento (Por Ej las lesiones).

El autor cree que siempre debe ser relevada como **excluyente de tipicidad**, estribando la diferencia en que, en los tipos que presuponen la voluntad contraria de su titular el acuerdo provoca una atipicidad objetiva sistemática y en los que no la requieren conceptualmente una atipicidad objetiva conglobante

por ello prefieren llamar **acquiescencia** al género y distinguir

- a) El Acuerdo, que elimina la tipicidad objetiva **Sistemática**
- b) El Consentimiento, que elimina la tipicidad objetiva **Conglobante**

El consentimiento excluye la tipicidad objetiva conglobante: El error sobre el primero es un error de tipo por que elimina el dolo, en tanto que el error sobre el segundo es un **error de prohibición**.

No es necesario que el agente conozca la aquiescencia del titular, sea que esta opere como acuerdo (Atipicidad sistemática) o como Consentimiento (Atipicidad Conglobante).

La aquiescencia puede ser manifestada **de cualquier manera**, la que debe ser clara y expresa debe ser su **revocación**.

La voluntad de quien acuerda o consiente no debe estar viciada, es decir, que se requiere en la persona una completa capacidad de comprensión de la situación y que no haya engaño, violencia, coacción o error.

El **Consentimiento Presunto** solo puede darse cuando es imposible obtener el acuerdo real o efectivo, en supuestos en que se supone que el titular del bien, de conocer la circunstancia o de estar en condiciones de expresarse, **lo hubiese prestado**.

### **Acciones Fomentadas por el Derecho**

Múltiples actividades que se hallan fomentadas por el derecho y que son materia de políticas de estado en las que todos los sectores de la opinión coinciden: Actividades deportivas, científicas, sanitarias, productivas, etc.

La **actividad deportiva** esta claramente fomentada en el orden jurídico por varias leyes vigentes.

De no mediar esta legislación que fomenta el deporte, en el caso del boxeo habría supuestos de tipicidad dolosa de lesiones leves y en los restantes deportes, se trataría de tipicidades culposas.

En cuanto a la **actividad quirúrgica** que se ejerce con fin terapéutico, es fomentada e incluso sostenida por el estado.

### **Las Respuestas actuales a la Pregunta por la Imputación Objetiva**

**Roxin:** El criterio general para determinar la **imputación objetiva** es el *aumento del riesgo*. Las reglas con que se concreta esta fórmula son

Un Resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo:

- a) Si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido
- b) Si ese peligro se ha realizado en el resultado concreto
- c) No habría imputación cuando el *alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y repercusiones*

No habrá riesgo prohibido cuando el autor **modifique un curso causal** y provoque un resultado lesivo pero disminuyendo el peligro existente para la víctima.

No basta con la creación de un riesgo prohibido, si el resultado no es la realización de aquel.

Si bien Roxin sostiene que con la producción de un riesgo prohibido y con el Resultado como su realización se da por regla la imputación al **tipo objetivo**, aun así admite que ello puede fracasar cuando el **fin de protección del tipo penal** no abarca resultados de la clase de los producidos, es decir, cuando el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.

Esta problemática tiene importancia preferente en los delitos culposos, y aunque presenten todos como denominador común el consentimiento, los diferencia en

- a) La incitación o cooperación en acciones peligrosas de otros
- b) La puesta en peligro de un 3ro aceptada por este
- c) Las acciones salvadoras voluntarias que produjesen muerte o lesiones, donde estas son el resultado de una autopuesta en peligro.
- d) Tampoco el Fin de protección del tipo abarcaría aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

**Jackobs:** La respuesta esta dada por la **defraudacion de las expectativas derivadas de un rol**.

*El P.P garantizaria para este autor la seguridad de las expectativas conforme a estos roles.*

Jackobs normativiza el rol y, por ende, en todos los casos considera que el autor se halla en posicion de garante respecto del bien juridico.

Este es el aspecto de la teoria que aparece como mas artificioso en el ambito del tipo doloso: La realidad queda destrozada cuando se afirma que el rol del buen ciudadano impone el deber de evitar la comision de delitos.

### **La Dominabilidad como Criterio de Imputacion**

El autor, en el tipo doloso, es quien es **DOMINUS** (Señor) del hecho.

Es quien: Decide - Realiza - Sigue - Detiene.

El Dominus del hecho opera conforme a un programa o plan racional (Plan Concreto del hecho).

El Dominio del hecho presupone ciertas condiciones objetivas. En la **autoria** no tiene sentido indagar sobre la tipicidad subjetiva cuando no existion la **posibilidad objetiva de dominio del hecho**.

La Tipicidad objetiva exige la existencia de un sujeto con la posibilidad objetiva de dominar el hecho.

- a) Los cursos causales que, en el actual estado de la ciencia y de la tecnica, no pueden ser dominados por nadie, no eliminan dolo, sino que ni siquiera tiene sentido preguntarse por el dolo, dado que en el tipo objetivo no aparece un curso causal capaz de ser dirigido en medida humana.
- b) El curso causal es dominable cuando el agente reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales necesarias para poder asumir el dominio del hecho
- c) Una Tercera Regla afirma que tampoco hay posibilidad de dominar el hecho cuando la accion resulta irracional a la luz de un juicio de congruencia entre medios y fines, o sea, que **no hay dominabilidad** cuando los *medios son notoriamente inadecuados para la obtencion de los fines* .
- d) Cuando **no hay dominabilidad** no es posible *imputar objetivamente en el delito doloso, pero dado que este criterio imputativo esta reducido al tipo doloso, nada excluye la posibilidad de tipicidad culposa de la accion.*

## Exigencia de Aporte no Banal del Participe Secundario

El participe secundario carece de dominio del hecho y, por ende, en el aspecto objetivo de su tipicidad dolosa no puede operar la dominabilidad como criterio limitador imputativo en la tipicidad objetiva.

El Rol sera **No Banal** siempre que *implique peligros de los que se deriven deberes de abstencion o de cuidado para la evitacion de lesiones del genero de las producidas por la causalidad a la que se aporta*.

*El Rol Banal* deja de ser tal cuando las *circunstancias objetivas concretas y presentes alteran notoriamente la originaria banalidad del rol*

La exclusion de la *imputacion* en la *tipicidad objetiva conglobante* en funcion de la banalidad del rol en la complicidad secundaria es valida en la medida en que las circunstancias objetivas concretas presentes no alteren la **banalidad del rol**.

## TIPO DOLOSO ACTIVO: ASPECTO SUBJETIVO

El *Tipo Subjetivo* tiene como nucleo central al **dolo**.

**Dolo** es la **Voluntad Realizadora del Tipo**, guiada por el **conocimiento de los elementos** del tipo objetivo necesarios para su configuracion

Este conocimiento es siempre **efectivo** y recae sobre los *elementos del tipo objetivo sistematico*, como tambien sobre los *imputativos del tipo conglobante*.

El dolo es un concepto que cumple su funcion reductora al impedir la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado, exigiendo ciertas finalidades como condicion para su relevancia tipica.

### Aspecto Cognositivo (Intelectual) del dolo

El Dolo tiene un aspecto de **conocimiento** y otro de **voluntad**, toda vez que para querer realizar algo siempre es necesario poseer **ciertos conocimientos**.

Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad.

El conocimiento es *actualizable*, pero no siempre es **actual**. El dolo siempre requiere una actualizacion de conocimiento, por que si no se actualizan ciertos contenidos de la consciencia en el momento de actuar, no puede configurarse la finalidad de la accion.

## Aspecto Volitivo o Conativo del Dolo

El Dolo se distingue tradicionalmente en

- a) **Dolo Directo** de primer grado
- b) Dolo Directo de **Segundo Grado**
- c) Dolo **Eventual**

En el Dolo Directo de Primer Grado la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí; de allí que también sea gráfica su denominación como **Inmediato**

En el Dolo Directo de **Segundo Grado** o Mediato, el Resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo.

**Dolo Eventual:** Pese a querer los medios, el resultado solo sea tomado en cuenta como posible. Es la voluntad que se expresa siempre que el agente se dice **si sucede, que se fastidie o que se lo aguante o mala suerte.**

Es necesario a su respecto distinguir

- a) Fin: Cuando se persigue el fin, aunque no se tenga la certeza de alcanzarlo, el dolo continúa siendo directo
- b) **Resultados concomitantes que quedan abarcados en la voluntad realizadora como posibles:**  
Son los que devienen de los medios elegidos y pueden dar lugar a casos de *dolo directo*, *dolo eventual*, o *culpa con representación*.

Habría **dolo eventual** cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción.

## CRITICAS al Dolo Eventual

Todas las críticas observan que aceptar o rechazar la posibilidad de producción del resultado se acerca mucho a una **Disposición interna** o **elemento de ánimo** que, de ser tal, no puede convertir a la culpa en dolo.

En Principio no lo permite la llamada *culpa inconsciente*, puesto que no hay representación de la posibilidad del resultado, pero tampoco puede confundirse todo el campo de la culpa consciente con representación de la posibilidad de producción del resultado.

## El Dolo No Puede Presumirse

El dolo **nunca puede presumirse**, pues solo su presencia efectiva permite habilitar Poder Punitivo.

Pero siempre que el poder cree necesario enviar mensajes, se presume el dolo **obstaculizando** al *Induvio Pro Reo*.

Todo esto argumentando la dificultad que tiene el Dolo para efectivamente probarse (Psicológicamente hablando).

## El Dolo (Tipo Subjetivo) no Abarca La Comprension de la Antijuridicidad (Culpabilidad)

La Posibilidad de comprension del caracter ilicito de la conducta (Comprension de la Antijuridicidad) no es necesariamente un conocimiento.

- a) En primer termino, son dos conocimientos netamente diferentes el de **Saber que hago** y el de **saber que lo que hago es contrario al derecho**
- b) En segundo lugar, el conocimiento de que lo que hago es **contrario al derecho** no se actualiza en la conducta, es decir, que no pienso en el Codigo Penal mientras me apodero de algo ajeno.
- c) Su Naturaleza es completamente diferente de los conocimientos efectivos que corresponden al dolo: Puede ser que el agente no haya comprendido la antijuridicidad y que igualmente haya culpabilidad, por que para esta basta la **posibilidad exigible de comprension**

### Dolo de *impetu* y momento del Dolo

Dolo de Impetu: Es el que se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad fisica de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposicion de la resolucion y la accion, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente.

Se quiere dañar el cuerpo, pero sin determinar la medida que se quiere alcanzar.

El **Momento del Dolo** debe coincidir con el de la realizacion de la accion: No hay dolo anterior al comienzo de ejecucion ni dolo posterior a la realizacion del tipo objetivo.

### Erro de tipo y de Prohibicion

La clasificacion de "Erro de Hecho" y "error de Derecho" fue cambiada por:

Error de Tipo: Que recae sobre los elementos del tipo objetivo (El conocimiento de lo que se hace)

Errod de Prohibicion: El conocimiento de la ilicitud de lo que se hace.

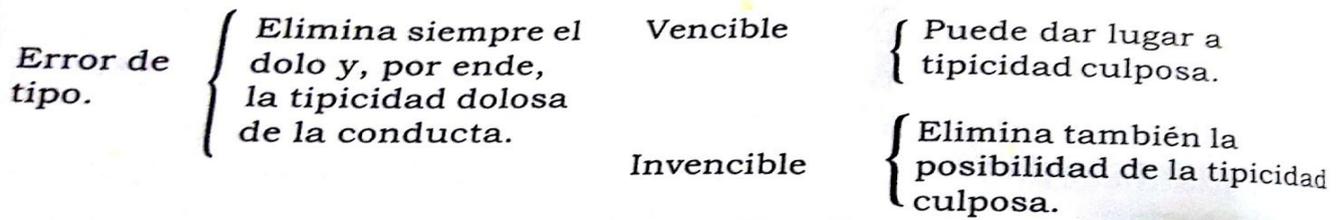
### El Error de Tipo como Cara Negativa del Dolo

- A) Como el **Error de Tipo** Recae sobre elementos del Tipo Objetivo, en todos los casos se elimina el Dolo, restando solo la posibilidad de considerar una eventual tipicidad culposa si se trata de un **error vencible**
- B) El **Error de Prohibicion** recae sobre la naturaleza antinormativa y antijuridica de la accion, por lo que se lo puede subclasificar en error de prohibicion en *sentido Estricto* (de antinormatividad) y error de Permission (Sobre la Justificacion).

El **Error de tipo** no es mas que la falta de representacion requerida por el dolo, que para nada ha de menester del conocimiento de la antinormatividad ni de la antijuridicidad, que solo interesan a los efectos del **error de prohibicion** como exclusion de la culpabilidad.

El error de tipo sera **vencible** cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, pueda salir del error en que se hallaba y, por ende, no realizar el tipo objetivo.

- a) El **error de tipo** excluye siempre la tipicidad dolosa (Vencible o invencible)
- b) Siendo **vencible** puede haber tipicidad **culposa**
- c) Cuando sea **invencible** elimina también toda eventual tipicidad culposa.



### Los Elementos del Tipo Objetivo sobre los que Puede Recaer el Error.

El **error de tipo** puede recaer sobre cualquiera de los elementos del tipo objetivo abarcados por el conocimiento del dolo, por lo cual es menester recordar que el aspecto **cognoscitivo** de este no abarca la totalidad del tipo objetivo, pues excluye de su ámbito los aspectos de la tipicidad conglobante que hacen al establecimiento de la ofensividad.

El conjunto de los elementos del tipo objetivo que deben ser abarcados por el conocimiento del dolo constituyen un tipo de error.

con tipo de error

El error de tipo puede recaer sobre

- Los elementos del tipo objetivo (interpretables, normativos, remisiones valorativas).
- Previsión de la causalidad: la *averratiu ictus*, el error en el objeto y el *dolus generalis*.
- La calidad requerida en el *delicta propria*.
- La calidad requerida en el sujeto pasivo.
- La dominabilidad (el falso conocimiento o la ignorancia sobre la dominabilidad)
- La banalidad del aporte en la participación secundaria (no actúa con dolo de participación el que ignora la no banalidad de su aporte).

Como el Dolo Presupone el conocimiento de la **Dominabilidad**, el falso conocimiento o la ignorancia de la dominabilidad se traduce en **errores de dominabilidad** que eliminan el dolo.

También constituye un **error de tipo** el que tiene lugar sobre la **banalidad del aporte en la participación secundaria**

### El Error Sobre los Elementos Conceptuales Jurídicos del Tipo Objetivo

El concepto de *funcionario publico*, en definitiva, es tan **descriptivo** como el de *elementos destinados a falsificar*, aunque para averiguar el primero debe acudir al Art77 del CP, y el segundo a conocimientos tipográficos.

En ambos casos se exige un **conocimiento efectivo**, solo que basta con el conocimiento jurídico común de las personas, lo que, con variantes menores, se ha dado en denominar **valoración paralela en la esfera del auto, del lego o del profano**.

El Error sobre estos elementos conceptuales jurídicos del tipo es un error de tipo, por que excluye el dolo, al igual que el error sobre los elementos llamaedos descriptivos.

### **Problemas de Disparidad entre el Plan y el Resultado**

Hasta que punto puede imputarse subjetivamente una mutacion en el mundo no exactamente coincidente con el plan del autor.

Se puede decir que en estos *supuestos se plantea la cuestion de la escencialidad o inesencialidad de la discordancia entre lo planeado por el agente y lo realmente sucedido en el mundo.*

En la *Tipicidad dolosa objetiva*, la dominabilidad es como un caballo. Cuando se trata de **curso causal** que nadie puede dominar, no hay caballo; Cuando se trata de un curso causal que solo puede dominar alguien con conocimientos especiales, es un caballo bravo que solo un jinete experto puede manejar.

la *tipicidad dolosa subjetiva* se pregunta si se monto o no al caballo (Si el autor domino o no la causalidad), lo que no sucede cuando el caballo se desboco, cuando echo por tierra al jinete o cuando no lo obedecio y se fue.

Desde esta perspectiva la *escencialidad o inesencialidad de la discordia de lo sucedido respecto de lo planeado* siempre debe establecerse conforme al plan concreto del hecho, o sea, segun el grado de concrecion del dolo en plan.

La Mayor discusion se produjo siempre alrededor del llamado **error en el golpe**. (El que dirige el ataque contra un objeto y alcanza a otro equivalente).

Conforme a la tesis de la **concrecion del dolo**, la solucion para la llamada *aberratio ictus* dependera de lo que realmente sucedido sea o no indiferente para el plan concreto.

El **Dolus Generalis** se procura emplear para resolver los supuestos en que el resultado se atrasa o adelanta respecto de lo planeado por el agente, considerando que son todos casos de disparidades inesenciales que no afectan al dolo.

En estos casos deben distinguirse 3 supuestos

- a) En los de adelantamiento (El Rdo se produce antes del comienzo de la ejecucion), donde solo es posible imputar por culpa
- b) En los de atraso en que hay 2 acciones, por que hubieron dos resoluciones diferentes, no puede haber otra solucion que el concurso real
- c) La cuestion de escencialidad o inesencialidad de la disparidad entre lo planeado y lo sucedido, se planteara solo en la ultima categoria, o sea, cuando hay una unica resolucio y la mutacion se produce al menos en la etapa de tentativa

El Llamado **error en la persona o en el objeto de la accion**, da lugar a supuestos de ausencia de tipicidad objetiva o de error de tipo cuando se trate de objetos no equivalentes (El que golpea a un maniqui cretendo que es una persona, el que dispara contra una persona creyendo que es un animal).

## Errores sobre Agravantes y Atenuantes

En razón de contenidos injustos del hecho, mayores o menores, la ley distingue a veces entre tipos:

- a) Básicos,
- b) Calificados o agravados
- c) Privilegiados o Atenuados

En el aspecto subjetivo de los **Tipos calificados o privilegiados**, el error sobre *agravantes o atenuantes* **no elimina la tipicidad**, sino que siempre debe jugar el tipo básico, por ser la definición genérica de la acción, en la cual, formalmente estaría incurso tanto objetiva como subjetivamente.

a) En los supuestos de *Falsa Suposición de Agravantes*: El que cree matar al padre pero mata a una persona que en realidad no era su padre, no comete parricidio

b) En los casos de *Ignorancia de Atenuantes Existentes* en la tipicidad objetiva: Cuando el sujeto cree que falsifica la moneda de curso legal y en realidad solo falsifica moneda extranjera, solo puede ser penado por falsificación de moneda extranjera.

c) En los supuestos de *Ignorancia de las circunstancias calificantes de la tipicidad objetiva*: quien mata a alguien sin saber que es su padre, comete un homicidio simple por que no tiene dolo de parricidio.

## Elementos subjetivos del tipo Distintos del Dolo

Hay tipos penales que tienen una estructura más o menos simétrica, o sea, EN los que basta que la voluntad o el querer (aspecto conativo) del dolo abarque la producción de la mutación del mundo señalada por el tipo objetivo, es decir, que el aspecto conativo del tipo subjetivo coincide con el tipo objetivo. En otros tipos hay una hipertrofia del tipo subjetivo, o sea, que requiere algo más que el querer el resultado típico (art. 80, inc. 7°: homicidio para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito). Como el querer del dolo se agota en este querer (apoderarse de la cosa ajena, enviar una carta injuriosa, confeccionar un documento falso, etc.), todo requerimiento del tipo subjetivo diferente del dolo, en estos tipos asimétricos, es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. En algún momento se han llamado elementos subjetivos del injusto y dieron lugar a largas y complicadas discusiones antes de aceptarse la estructura compleja del tipo.

Los elementos subjetivos distintos del dolo son de dos clases:

- a) **Ultrafinalidades**: Tipos en los que se exige que la finalidad tenga una *particular dirección que exceda el tipo objetivo* (Exigen un para, con el fin de con el propósito de)
- b) **Elementos del ánimo**: Actitudes o expectativas del agente que acompañan a su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos.

Los elementos subjetivos que consisten en *Ultrafinalidades* dan lugar a tipos que se han llamado *delitos de intencion*.

Se ha distinguido segun:

- a) El agente tenga la ultrafinalidad que despues de consumado el delito se produzca cierto hecho sin su intervencion
- b) La Ultrafinalidad sea la realizacion de una segunda accion por el propio agente.<sup>7</sup>

Los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo que asumen la forma de **elementos del animo** dan lugar a los llamados **delitos de tendencia**, Caracterizados porque la voluntad de la accion asume una modalidad particular, que no se exterioriza en forma completa

Con la pura exteriorizacion de la voluntad no puede saberse si asume o no esa modalidad, sino que unicamente, en algunos casos, puede descartarse esta.

Los elementos del animo deben ser cuidadosamente analizados para excluir inconstitucionalidades, pues sobre la base de ellos puede caerse una moralizacion de los tipos, como tambien en un derecho penal de autor y aun peor, en derecho penal del enemigo.

## TIPO ACTIVO CULPOSO

En tanto el **tipo doloso** individualiza la acción prohibida por el fin perseguido por ella, el tipo culposo lo hace en razón de que la programación de la causalidad, por violar un deber de cuidado, produce el resultado típico.

La finalidad es indispensable para averiguar cuál era el deber de cuidado que incumbía al agente, por que no hay un cuidado único para todas las acciones.

Esto obedece a que los **tipos culposos** son *tipos abiertos*, es decir, que necesitan una norma de cuidado que los complete o cierre. El tipo culposos impone, por ende, un avance en dos momentos para cerrar el juicio de tipicidad:

\_En el primero se averigua, conforme a la acción realizada, cuál es el deber de cuidado

\_En el segundo se averigua si la acción lo viola.

Se suele clasificar la culpa en

**Culpa Consciente o Con Representación:** El agente se representa la posibilidad de producción del resultado (tiene conciencia de que el resultado típico puede sobrevenir a partir de la creación del peligro por él generada)

**Culpa Inconsciente:** Pese a tener los conocimientos que le permitirían representarse en esa posibilidad de producción del resultado, no los actualiza y, por ende, no se la representa o, lo que es lo mismo, no tiene conciencia de la creación del peligro.

### Tipo Objetivo Sistemático

Lo único que ha planteado debates es la *función del resultado*. Se ha exagerado la importancia del resultado dentro de la tipicidad culposa, al punto que por momentos se olvidó que siempre se trata de la prohibición de una conducta y que el desvalor de esta radica en la violación del deber de cuidado en la programación de la causalidad.

Se olvida con ello que el resultado es decisivo para distinguir un *injusto administrativo* (conducir a contramano) de un delito de lesiones culposas.

En la tipicidad culposa el resultado es un *componente de azar*, pero del que no se puede prescindir.

Prescindir del resultado en el tipo culposo, importa ampliar el ámbito de lo penalmente prohibido hasta límites increíbles, pues abarcaría todas las violaciones reglamentarias que aumentasen el riesgo de cualquier actividad.

## Tipicidad Conglobante: Culpa No Temeraria y Previsibilidad

En la culpa temeraria, el observador percibe la creación de un peligro prohibido en forma tal clara que la exterioridad del comportamiento le muestra un plan dirigido a la producción del resultado, que no debe confirmarse con su existencia objetiva.

Cuando el observador percibe un automóvil a contramano en una autopista, deduce un plan dirigido a suicidarse matando también a otras personas. En el Tipo Objetivo Conglobante hay dominabilidad.

Si se trata de alguien tan necio que confiaba en su extraordinaria capacidad de maniobra para evitar el resultado o, incluso más, si la necedad llegaba al límite de no darse cuenta de que ingresaba en una autopista a contramano, queda excluido el dolo y la conducta será típicamente culposa, pese a la existencia de dominabilidad en el tipo objetivo.

Cuando en el tipo culposo objetivo conglobante no exista dominabilidad, lo único que se descarta es la culpa temeraria, pero subsiste la posibilidad de culpa no temeraria.

El tipo debe determinar que previsibilidad es típicamente relevante, o sea, que debe haber un límite objetivo para ello, que está dado por la **creación de un peligro prohibido por violación de deber de cuidado**.

A veces se reconociera como creación de un peligro suficiente la infracción a normas jurídicas que persiguen la evitación del resultado como realización de ese peligro: Límite de Velocidad.

### ¿La Violación del deber de cuidado se determina conforme a la capacidad estándar o a la individual?

El único dato de la realidad verificable es la existencia de un *standard mínimo de previsibilidad*, compartido por casi todos los integrantes de una cultura: En tanto que el Standard medio es imaginario, el mínimo es **real y verificable**

Este **Standard mínimo** verificable cumple una importante función procesal.

Es preferible optar decididamente por la capacidad individual de previsión como indicador de la medida de la tipicidad. Este Criterio Individual podría ser objetado sobre la base:

a) Del Principio de Igualdad

b) De la regla de que *el derecho penal debe cumplir la función reductora del ejercicio del P.P*

A). En cuanto al **Principio de Igualdad**, la objeción podría fundarse en que quien tiene conocimientos o entrenamientos especiales estaría sometido a mayor prohibición que quien no los tiene: El médico especializado frente al no especializado, el conductor profesional frente al no profesional.

B). Por lo que hace a la **función reductora del D.penal**, no es posible afirmar que de la capacidad individual de previsión resulte un ámbito de prohibición mayor que el indicado por el inexistente *buen padre de familia*, pues como este carece de base empírica, no es posible saber que ámbito de prohibición surge de su aplicación.

La Capacidad individual de previsibilidad no puede confundirse con otras hipótesis en las que media *imputación culposa*:

a). Incurrir en *imprudencia por emprendimiento* el que comienza el desarrollo de una actividad sabiendo que tiene sus facultades disminuidas, porque en ese caso tiene capacidad de previsión y puede calcular que introduce un peligro.

b). Incurrir en *imprudencia* el que *actúa sin informarse debidamente*: El médico que interviene sin los análisis previos.

### **Tipicidad Conglobante: Principio de Confianza y Nexos de Determinación.**

Toda vez que se trata de actividades en las que rige una **división del trabajo**, el criterio que se aplica para determinar la medida de la creación de un peligro prohibido es:

**El Principio de confianza**: No viola deber de cuidado la acción del que confía en que el otro se comportará correctamente, mientras no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario.

El límite del Principio de Confianza se halla, en primer lugar, en el propio deber de observación: Es violatorio del deber de cuidado mantener la confianza cuando, en el propio ámbito de observación, han encontrado indicios de que el otro no se comportaba conforme a lo esperado.

Se **Excluye** la confianza cuando el agente obtiene los indicios fuera de su propia incumbencia de observación, sea por accidente, características obsesivas de su comportamiento o por conocimientos o entrenamientos especiales.

Con la afirmación de la causalidad y de la violación del deber de cuidado, no se está aún en condiciones de afirmar la tipicidad culposa, por que resta averiguar si el resultado está determinado por la violación normativa, o sea, si media una conexión o nexos de determinación entre la antinormatividad y el resultado.

Se imagina la conducta del autor dentro del marco normativo, es decir, sin violar el deber de cuidado. No habrá **determinación** cuando la acción así imaginada hubiese producido igualmente el resultado. Se ha denominado a esta hipótesis como *exclusión de la imputación por falta de la realización del riesgo no permitido*.

### **Tipicidad Conglobante: Insignificancia, fomento, cumplimiento de un deber jurídico, consentimiento**

En la tipicidad culposa, la cuestión de la insignificancia respecto del resultado no altera lo dicho respecto del tipo doloso.

La insignificancia en cuanto a la violación del deber de cuidado **excluye la tipicidad**, pero no en función del principio de insignificancia, sino porque en general excluye el nexos de determinación.

Existen acciones que son impuestas por el orden jurídico y que generan peligros susceptibles de concretarse en resultados lesivos.

Las acciones correspondientes a actividades como la de bomberos, policías, conductores de ambulancias, etc; se consideran como productoras de **peligros no prohibidos**, siempre que:

a). Se atengan a los límites Reglamentarios

b). Observen las reglas del arte, oficio o función

c). Fundamentalmente, como esos deberes se imponen en atención a la necesidad, se encuentren dentro de los límites de las causas de justificación para terceros en analogas circunstancias.

No es admisible que se considere que existe un deber jurídico de actuar con culpa temeraria respecto de terceros no sometidos a peligro o que no tienen el deber de soportarlo o ni lo hayan siquiera asumido.

Se ha visto que la aquiescencia en el tipo doloso puede asumir la forma de acuerdo o consentimiento, eliminando el primero la tipicidad sistemática y el segundo la conglobante.

El consentimiento en la tipicidad culposa plantea distintas hipótesis, que veremos a continuación.

- a). En cuanto a la **contribución a acciones peligrosas de otro**, no hay razones válidas para rechazar la eficacia del consentimiento: el que entrega heroína a otro incurre en suministro de tóxico prohibido, pero no responde por la culpa por la muerte del tenedor.
- b). Las acciones salvadoras no institucionales, en que la víctima se coloca voluntariamente en peligro, deben resolverse con análogo criterio.
- c). En cuanto a las **lesiones que derivan de acciones determinadas por la propia víctima**, no puede imputarse culpa al barquero por la muerte de quien lo instiga con dinero a que cruce en medio de una tempestad.
- d). Cuando otro asume **voluntariamente o institucionalmente el control de la situación de riesgo**

### Tipo Subjetivo en la Culpa Consciente y Temeraria

Es muy discutida la existencia de un tipo culposo subjetivo. En la culpa inconsciente es imposible concebirlo, por que no hay representación del riesgo sino solo un deber de representarse. Se podría hablar de un tipo subjetivo culposo solo en la culpa consciente y temeraria, por que es necesario para posibilitar su distinción respecto del dolo eventual.

Cuando la culpa es **Temeraria** (Objetivamente hay dominabilidad), aceptar la existencia de un tipo culposo subjetivo es una cuestión terminológica, pero no significa confundir la representación del peligro con la estructura del tipo **subjetivo doloso**

### Figuras Complejas y Exclusión de la Responsabilidad Objetiva

El **Principio de Culpabilidad** en el plano de la tipicidad significa que no hay conducta típica que no sea *dolosa*. Este Principio lo viola el llamado *Versari in re illicita* ( Quien quiso la causa, quiso el resultado).

La dogmática contemporánea trata de excluirlo, no solo mediante la tipicidad subjetiva, sino por la propia tipicidad objetiva: Todos los esfuerzos de desarrollo de la tipicidad conglobante se enmarcan en esta empresa. El estado de Policía intenta filtrar el *versari* a través de dos brechas: Los llamados **delitos calificados por el resultado** y los **estados de inculpabilidad provocados por el propio agente**.

Algunas disposiciones legales abarcan una solución particular para casos que, de no existir previsión expresa, serían resueltos por las reglas del concurso ideal, como son las llamadas figuras *preterintencionales*.

Existen **figuras complejas** entre las cuales:

- a). Algunas combinan tipicidades dolosas y culposas
- b). Otras califican tipos dolosos en razón de resultados dolosos más graves
- c). Otras se califican tipos culposos por resultados culposos más graves

Es regla básica que en ninguna hipótesis puede admitirse una pena *más grave en razón de un resultado que no haya sido causado por dolo o culpa*, por que violaría el Principio de Culpabilidad.

## TIPOS OMISIVOS

### La Omision Tipica

En el Tipo Omisivo surge la diferencia entre la **conducta realizada** y la **Descripta**

En tanto que la norma que se deduce de un **Tipo Activo** es prohibitiva, la deducida del un **Tipo Omisivo** asume un enunciado imperativo.

### Inexistencia de la Omision Pretipica

En el plano pretipico no existen omisiones, sino solo acciones, que debido a que la omision no es el puro y simple no hacer (Omision no es ausencia de Accion, sino un "No Hacer Algo").

a). En el plano **pretipico** solo existen acciones o conductas

b). En el Plano **tipico** pueden existir dos estructuras

1) Una que prohíbe la conducta que describe (**Activa**)

2) Una que prohíbe las conductas **distintas de las que describe** (**Omisiva**)

### El Tipo Objetivo Sistemático

El Tipo **Omisivo Objetivo Sistemático**, por su naturaleza, debe captar, ante todo, una situación objetiva que se da en llamar **situación típica**.

El Nucleo del Tipo Objetivo es la exteriorización de una conducta distinta de la ordenada. Se demanda la existencia de una conducta que no se dirija al fin ordenado.

El Sujeto activo debe tener la **efectiva posibilidad de realizar la conducta ordenada**, pues de lo contrario, su conducta distinta de la ordenada será atípica.

Los casos de **Atipicidad por imposibilidad de realizar la acción ordenada** y los de **ausencia de conducta** se distinguen porque en los últimos no solo no existe la **imposibilidad** de realizar la acción ordenada sino de **realizar cualquier acción**.

Cuando el sujeto no pudo realizar la acción ordenada por falta de capacidad, como cuando alguien no salva al que se ahoga por que no sabe nadar, la conducta, diferente de la ordenada es atípica.

En la **tipicidad omisiva** no existe un nexo de causación, justamente por que debe existir un nexo de evitación.

En el **tipo objetivo sistemático OMISIVO** falta el **nexo de casuación**, precisamente por que es reemplazado por el **nexo de evitación**, pero ambos se basan en la causalidad.

El **Nexo de Evitación** se comprueba que con la hipotética **interposición de la conducta debida**, desaparece el resultado.

## Clasificación de los Tipo Omisivos.

La Doctrina denomina:

**Impropios Deltios de Omision:** Son los que tienen una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí **equiparada** a una estructura activa, requiere que el bien jurídico se afecte de la misma forma que en el caso de la estructura activa.

### La Posición de Garante

Suele reconocerse como fuente de la obligación de actuar la **posición de garante**, emergente de la ley, del contrato y de la conducta anterior o precedente del sujeto. Se trata de una posición especial de garantía, pues si bien todo garante tiene el deber de actuar, no todo el que tiene el deber de actuar es garante.

Se sostiene que el **deber de actuar derivado de la ley misma rige en deber de garantía:**

- a). Cuando imponga el cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda.
- b). El deber legal suele sostenerse que se erige también en el deber de garante cuando *el sujeto es legalmente responsable* de un determinado ámbito o sector de la realidad
- c). Un tercer grupo de deberes legales de garante se presentaría cuando **el sujeto activo tuviese un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros.**
- d). El deber legal que **emerge de la relación del sujeto con una fuente de peligro**, como puede ser el que tiene un automóvil en cuanto a la seguridad de tránsito.

### El Tipo Objetivo Conglobante

En general todo lo dicho para los tipos activos en cuanto a la tipicidad conglobante, **es válido** para los tipos omisivos.

Además de la posibilidad física de realización, requiere que **con la conducta ordenada se haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad**, evitando el resultado. Esta posibilidad debe constituir una **probabilidad en límite con la seguridad**. Esta es la característica particular que presenta la **dominabilidad** en la estructura típica omisiva. Se trata de la posibilidad objetiva de dominio del curso causal por parte del agente dentro de esta estructura.

En los tipos omisivos también **cuando un curso causal no puede ser dominado en el actual estado de la ciencia y de la técnica**, se excluye de la tipicidad conglobante, aunque pueda ser explicado, pese a que exista el nexo de evitación verificado.

## El Tipo Subjetivo

Se Sostiene que el **Dolo en la Omision** es diferente al de los tipos activos, que se trataria de un **cuasidolo**.

De admitirse esto, el dolo en la omision careceria de aspecto conativo. En cuanto al Aspecto Cognositivo, las diferencias han sido consideradas siempre menores.

En el **Aspecto Cognositivo** del dolo tipico de **omision**, siempre es indispensable que el autor **conozca la situacion tipica**. Todos los tipos objetivos omisivos son circunstanciados y, por ende, el agente debe estar en conocimiento de esas circunstancias para que cobre vigencia el mandato de actuar, con todos los componentes descriptivos y normativos requeridos en cada caso.

Debe serle posible al sujeto **representarse la realizacion de la conducta debida**, y cuando hay resultado tipico relevante, la via por la cual pueda evitarlo.

En los tipos **impropios delitos de omision**, el circulo de autores es limitado, tratandose de **delicta propria**, definiendose por la **posicion de garante**, que surge solo en la situacion tipica.

Es discutida la posicion que debe ocupar el **conocimiento de la posicion de garante**. Parece razonable distinguir entre

a). El **error** que recae sobre el **deber mismo de actuar que emerge de la posicion de garante** y que seria un error de prohibicion, usualmente llamado **error de mandato**. (El error del padre respecto de sus deberes de actuar

b). El que recae sobre la **situacion o estado** que funda la posicion de garante (El que ignora su condicion de padre) y que **no puede menos que pertencer al tipo objetivo**. Conforme a ello, las caracteristicas que hacen a la posicion de garante en particular (Saber que es el padre) pertenecen al tipo objetivo, pero no asi el **deber de evitar el resultado de ella emergente** (El conocimiento de los deberes que surgen de la condicion de padre), que como tal pertenece a la **antijuridicidad**

La dificultad derivada del **querer de la omision** ha creado serias dudas.. el que frente a un accidente no se representa la posibilidad de actuar ayudando, no puede decirse que quiere omitir.

Unas de las soluciones a esto es decir que: Hay **omision dolosa** solo cuando media una decision de permanecer inactivo.

Es necesario comenzar recordando que la escena pretipica de la omision es la conducta efectivamente realizada: Esta es precisamente la accion final que el sujeto realiza y, en la situacion tipica, esa misma finalidad esta prohibida, por no ser finalidad Debida.

Esta finalidad tambien existe en la omision culposa, de modo que se impone distinguir entre ambas y para ello, si bien es necesario el conocimiento efectivo de la situacion tipica y de una posibilidad de representacion de la **via de la realizacion de la accion ordenada**, no es suficiente, por que en la tipicidad omisiva dolosa, el agente realiza la accion diferente a la ordenada, precisamente por que se representa la causalidad que provocara el resultado y, por ende, sabe que debe dejarla andar para que este advenga y que debe realizar la accion diferente para ni interferir el curso causal y, de este modo, dirigir esa causalidad hacia el resultado.

Por eso el dolo, tanto en el tipo activo como en el omisivo, se monta sobre una futura causalidad imaginada, solo que para obtener el resultado en el tipo omisivo sabe que no debe interferirla y, para eso, debe realizar una conducta diferente de la debida.

## ANTI JURIDICIDAD

Las leyes no solo contienen normas prohibitivas, por que a veces se hace necesario reconocer que la realizacion de la accion antinormativa es, precisamente, un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto o, al menos, la pretension de **injerencia punitiva**

De alli que de la legislacion no solo se deduzcan normas prohibitivas, sino tambien preceptos **permisivos**.

Estos preceptos permisivos se llaman **Causas de justificacion o de licitud**, y la tension entre tipicidad y causas de justificacion es un nuevo capitulo dialectico dentro de la teoria del injusto, impuesto por la inevitable necesidad legislativa de circunstanciar lo antinormativo para evitar que se convierta en prohibicion afectandose la libertad de modo irracional.

La mayor particularizacion de las causas de justificacion obedece a que estas trabajan en los limites **del ambito de restriccion de la libertad social**, donde pese a la existencia de una conflictividad lesiva, esta no resulta contraria al derecho, osea que, en definitiva, la causa de justificacion expresa una **antinormatividad circunstanciada que el legislador político reconoce como ejercicio de un derecho**

Se denomina **Injusto Penal** a la accion tipica que es antijuridica. En tanto que la **antijuridicidad** es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, injusto es la misma conducta humana desvalorada.

Los Derechos cuyo ejercicio se reconoce mediante los preceptos permisivos son los mismos que garantiza el principio de reserva. Esta misma garantia de reserva exige que se analicen en dos momentos diferentes, porque la inevitable abstraccion del tipo el hace pasar por alto circunstancias que determinan que en algunos casos la accion tipica sea precisamente un ejercicio de esos derechos.

La **antijuridicidad de la accion tipica** es una sintesis de la presencia de la norma con la ausencia de precepto permisivo, en tanto que la justificacion de la accion tipica es la sintesis de la norma con la presencia de dicho precepto.

La **antinormatividad** (Tipicidad) no pasa de ser un indicio de antijuridicidad, puesto que solo con el juicio de **antijuridicidad** se verifica definitivamente la limitacion al espacio social de libertad. Toda vez que los preceptos permisivos capaces de neutralizar el indicio de antijuridicidad que proporciona la antinormatividad no proceden solo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento juridico, la **antijuridicidad** esta dada por el choque de la conducta con la totalidad del orden juridico.

### Antijuridicidad y Unidad del Orden Juridico.

Adoptar el criterio de la **antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibicion de una conducta**, presupone considerar al orden juridico como un todo unitario.

Nada impide que una accion considerada ilicita por una rama del derecho, no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: Toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escandalo juridico no se produce y la unidad o no contradiccion del orden juridico se mantiene.

Un entendimiento errado de la unidad de la antijuridicidad lleva a negar la posibilidad de cualquier consecuencia sancionatoria o responsable para toda conducta tipica y justificada

## Antijuridicidad Material y Formal

Von Litszt afirmaba que una acción es:

**Formalmente antijurídica** como una contravención a una norma estatal,

**Materialemente Antijurídica:** la acción como conducta socialmente dañosa (Antisocial o también asocial).

Las consecuencias de esta separación son:

a). Si una conducta es formalmente antijurídica, pero no lo es materialmente, se apela a una llamada **causa supralegal de justificación**

b). Cuando una conducta no es formalmente antijurídica, pero lo es materialmente, se contruye un **injusto supralegal**.

Si dentro de este contexto se prefiere hacer una referencia a la **materialidad**, se debe aclarar que esta siempre es material en el sentido que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta.

Pero la Antijuridicidad también siempre es **Formal**, por que su fundamento no puede partir más que del texto legal.

## Antijuridicidad Objetiva e Injusto Penal

Hace varias décadas se desarrollaba el debate conocido como *Causalismo/Finalismo*, discutiendo la ubicación del dolo (Para unos en la culpabilidad, para otros en el tipo) y, por ende, la naturaleza objetiva o subjetiva del **injusto**, lo que llevó a que algunas veces se creyese discutir si la antijuridicidad era objetiva o subjetiva.

Esto produjo gran confusión, Primero se confundía **injusto** o **ilícito** con antijuridicidad y; Segundo, por que no se sabía que se quería decir con el carácter objetivo de la antijuridicidad.

La **antijuridicidad** es la característica del **injusto penal** y no del injusto en sí. El Injusto es el objeto desvalorado, la antijuridicidad es la característica que presenta ese objeto como resultado de la desvaloración.

La **Antijuridicidad** es objetiva en dos sentidos

a). La antijuridicidad de una conducta concreta se determina conforme a un juicio predominantemente fáctico y no valorativo: El juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley.

b): Es objetiva por que no toma en cuenta la posibilidad exigible al sujeto de realizar otra conducta motivándose en la norma.

## La Justificación No Exige Elementos Subjetivos

Se sostiene que es necesario que el agente que opera justificadamente tenga conocimiento de las circunstancias objetivas en que actúa: Sepa que está siendo agredido, que le amenaza un mal mayor, etc. Estos conocimientos constituyen los pretendidos **elementos subjetivos de la justificación**. Quienes los requieren sostienen que no es necesario que abarquen la comprensión de la juridicidad de la acción.

Aunque se ha señalado que estos elementos no pueden ser requeridos por los partidarios del viejo injusto objetivo y que son ineludibles para los que sustentan la tesis del injusto personal o complejo, ello no es cierto.

Historicamente hubo autores objetivistas que los han requerido, lo que demuestra que se trata de una tendencia que tiende a complementar la justificación con requerimientos éticos extraños al derecho y cuyo origen es anterior e independiente de la concepción compleja del injusto.

No existe razón para sostener que el concepto complejo del injusto obliga a admitir los elementos subjetivos de la justificación.

Cuando se contruye el concepto de antijuridicidad como juicio que verifica que un precepto permisivo **confirma la vigencia de un ámbito de licitud o libertad**, la exigencia de cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece totalmente innecesaria e incluso aberrante en un estado de Derecho.

Los elementos subjetivos de la justificación son un intento de hacer recaer el desvalor de la antijuridicidad sobre el **animus** desobediente a la **voluntad del estado**.

### **Tipos permisivos:**

Legítima defensa: se haya en la parte general del C.P. Art. 34 inc.6,7.

Estado de necesidad: se haya en la parte general del C.P. Art. 34 inc.3.

Justificaciones específicas: en la parte especial del C.P.

Ejercicio legítimo de un derecho: se encuentran en cualquier parte del origen jurídico

### **Legítima defensa:**

Naturaleza y fundamento.

En la actualidad se reconoce únicamente la naturaleza de justificación de la legítima defensa, a partir de Hegel, quien la explica igual que la pena (la negación del delito, que es la negación del derecho, luego la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa es la afirmación del derecho). El problema no es la naturaleza, sino su fundamento. Se lo define por la necesidad de conservar el orden jurídico y de garantizar el ejercicio de los derechos.

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

### **Necesidad y defensa.**

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

### **Estado de Necesidad:**

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

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

### **Legítima defensa**

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

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

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

Caracteres de la defensa propia.

La defensa puede ser:

PROPIA (Art. 34 inc. 6)

DE TERCEROS (Art. 34 inc. 7)

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

#### **Definición Antijuridicidad Disminuida.**

Es la intensificación de una conducta en principio justificada.

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

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

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

1- **Agresión legítima:** es el ataque hacia un bien jurídico tutelado por un hombre. La agresión debe ser una conducta típica y antijurídica, o sea, un injusto, para que de pie a quien lo padece para defenderse. Debe ser cualquier bien jurídico.

2- **Proporcionalidad en la defensa:** frente al ataque el sujeto el sujeto que lo padece está en condiciones de ejercerla pero debe hacerla en forma proporcional al ataque. La defensa no puede afectar con mayor intensidad de la que recibe. El medio no es detonante en la proporción pero hay que utilizar el menor agresivo. La proporcionalidad está dada por el acto de defensa y el

medio menor agresivo que se tenga a mano. La reacción de la defensa debe ser antes o concomitante con la agresión, nunca después; porque parecería una venganza y cesa el Estado de necesidad.

**3- Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende:** este debe ser ajeno a la agresión, no provocarla porque si la provoca no puede ejercer la legítima defensa. La provocación debe ser suficiente y esto está dado por las características de los sujetos y la intensidad de la misma; no hay un parámetro, se lo analiza en cada caso en particular.

#### **Legítima defensa de terceros.**

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

Art. 34 inc.7: El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inc. anterior y caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor. Se observa que la única diferencia entre defensa propia y la de terceros es respecto de la provocación: puede hacerlo un tercero a condición de que no haya participado en la provocación.

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

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

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

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

#### **Estado de necesidad justificante.**

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

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

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

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

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

Requisitos:

1) Elemento subjetivo: el tipo permisivo de estado de necesidad justificante requiere del conocimiento de la situación de necesidad y la finalidad de evitar el mal mayor.

2) Mal: por “mal” debe entenderse la afectación de un bien jurídico, que puede ser del que realiza la conducta típica como de un tercero o incluso del mismo que sufre un mal menor. El mal puede provenir de cualquier fuente, humana o natural, entre las que cuentan las necesidades fisiológicas. Ejemplo: el hambre da lugar al hurto famélico.

3) El mal debe ser inminente: es el mal que puede producirse en cualquier momento.

4) El mal amenazado debe ser inevitable: de otro modo menos lesivo, de ser evitable el mal causado no sería necesario.

5) El mal causado debe ser menor del que se quiere evitar: el mal menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos.

6) La ajenidad del autor a la amenaza del mal mayor: implica que el mismo no se haya introducido por una conducta del autor en forma que, al menos se hiciera previsible la producción del peligro.

7) El agente no debe estar obligado a soportar el riesgo: quien se halla obligado a sufrir un daño no es un extraño al mal amenazado.