

DERECHO PENAL Parte GRAL

UNIDAD I: EL DERECHO PENAL

“El **derecho penal** es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad.”¹

El “**sistema penal**” es una forma de control social punitivo e institucionalizado que en la práctica abarca las actividades de los tres órganos de poder:

- a.– el legislativo: los legisladores conminan con pena conductas que afectan bienes jurídicos tutelados, verbigracia dictan leyes (criminalización primaria);
- b.– el ejecutivo: de quien depende la actividad de la policía y los órganos de ejecución penal, como el servicio penitenciario;
- c.– El judicial: órgano encargado de la investigación, aplicación y ejecución de pena (Jueces de instrucción, de Tribunal de Juicio y de ejecución).

La **criminalización primaria** es la tipificación de una conducta como delito. El poder legislativo selecciona una conducta y, respecto de esta, establece un mandato o prohibición cuyo incumplimiento conmina con pena.

La **criminalización secundaria** es el ejercicio de acción punitiva sobre determinadas personas, es decir, aquellas que son seleccionadas por el sistema penal como autoras de la comisión de un delito. Para ello, la sociedad ofrece ciertos estereotipos de delincuente, lo que hace que ciertos sujetos sean más propensos que otros a ser captadas por las agencias de control, sobre la base de prejuicios racistas, xenófobos, clasistas, etc.

El derecho penal es, en principio, una rama del derecho público que se traduce en normas que tutelan bienes jurídicos, a través de prohibiciones y/o mandatos de acción, cuyo incumplimiento se denomina delito y acarrea la coerción penal (utilización de fuerza pública para imponer una pena).

El **bien jurídico** es un interés social merecedor de protección. Roxin lo define: “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.”²

La dogmática penal tiene una finalidad práctica, pues procura la aplicación objetiva del derecho vigente a los casos que deban ser juzgados.⁵ Sin embargo, es difícil excluir, en la práctica, la visión subjetiva del intérprete.

La función del conocimiento dogmático es:

- a.– determinar cual es el objeto de la dogmática penal (el qué);
- b.– precisar cómo se puede conocer el derecho penal (el cómo);
- c.– establecer cómo se construyen o se sistematizan los conocimientos sobre el objeto penal.

La **pena** es la manifestación de la coerción penal y, como tal, persigue la seguridad jurídica.

En nuestro país tenemos un sistema de doble vía:

a.– **penas:** para las personas que han cometido delito y han sido declaradas punibles (no lo son, por Ejemplo: quienes estén amparados en una excusa absolutoria del art. 185 del Cód. Penal);

Las penas previstas en el código penal son las de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5 del Cód. Penal). Las dos primeras son penas privativas de libertad, la multa es una sanción pecuniaria y la inhabilitación importa la privación de ejercer ciertos derechos.

b.– **medidas de seguridad:** para los inimputables. El art. 34 inc. 1, in fine del Cód.

Penal establece: 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 absolviera a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará su reclusión en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso.

El art. 19 de la C.N. regula el principio de reserva según el cual los actos privados de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden y a la moral pública o perjudiquen a un terceros quedan reservados a Dios y exentos de la autoridad de los magistrados.

La **regla de exclusión** establece que los medios de prueba obtenidos en violación de las garantías amparadas en nuestra constitución y los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por esta, no pueden ser utilizados como prueba de cargo. Ejemplo: secuestro de un objeto realizado en un allanamiento ilegal, no puede hacerse valer en contra del imputado.

Las teorías de las penas

La teoría Absoluta:

Consideran que:

- La función de la pena es la retribución por el delito cometido en forma culpable, y que la sanción se “debe imponer por razones de justicia o de imperio de derecho”. El fin de la pena resulta independiente de su función social;
- El autor del hecho, deberá de padecer la pena para retribuir el acto ilícito y la culpabilidad.
- Su esencia es la reparación, la compensación, el castigo y la expiación del delincuente; de esta forma se logra el re-equilibrio entre pena e ilícito.

Este principio tiene un origen antiguo y común a los distintos ordenamientos primitivos basados en la “la venganza de sangre”, que consistía en un derecho y un deber del ofendido y sus parientes de vengarse solidariamente en contra del ofensor y su parentela por el mal causado. La pena deberá ser justa, adecuada exactamente en

término e intensidad a la culpabilidad del autor y a la gravedad del delito. Detrás de la misma se encuentra el viejo adagio de la ley del Talión: “ojo por ojo, diente por diente.”

La teoría de la retribución entró en crisis durante la Ilustración, pero tuvo, durante mucho tiempo, influencia dominante a través de la filosofía del idealismo alemán, donde la misma había sido transmitida de la tradición hebraica a la cristiana, que considera al orden universal como creación de Dios y concibe a la justicia como un mandamiento de la realización divina.

La teoría Relativa:

El sentido de estas teorías resulta la prevención como forma de evitar la comisión de futuros delitos. Refieren que fue Séneca (65 d.c.) quien a principios de la era cristiana tomó de Protágoras (485–415 a.c) una teoría de la pena moderna: “Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque.” “En la época de la ilustración, la función utilitaria de la pena es la base de todo pensamiento penal reformador, asociándose a la doctrina de la separación entre derecho y moral: así los sufrimientos penales, son precios necesarios para impedir males mayores y no homenajes gratuitos a la ética, la religión o el sentimiento de venganza”. A esta concepción secularizada se le suma el reivindicar a las garantías como principios del derecho natural.

Dentro de las teorías relativas, podemos diferenciar:

a) aquellas que apuntan a influir en la sociedad o comunidad en su conjunto, denominadas

“**prevención general**”; actúa sobre la generalidad social, mediante la conminación o amenaza penal, intentando disuadir o intimidar a los delincuentes (faz negativa) o reestableciendo la validez de las normas, mediante la aplicación de sanción, para conformar, de esta manera, la consciencia jurídica y determinar el comportamiento de los ciudadanos (faz positiva).

Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach sostiene que el sentido de la conminación penal es la intimidación de la población toda, como futuros protagonistas de lesiones a bienes jurídicos cuyo objetivo de aplicar la sanción es dar fundamento a la conminación.

En definitiva, lo que se pretende, a través de la conminación y la aplicación de pena, es demostrar a los habitantes las circunstancias a las cuales deberán atenerse en caso de cometer un delito; función esta que se ejercitaba, en la antigüedad, durante la ejecución de penas aflictivas y de carácter público.

Günther Jakobs se refiere que la pena tiene como función proteger la interacción social, la cual tiene lugar mediante la reafirmación de la confianza en la norma y el ejercicio de fidelidad al derecho.

Así la tarea del derecho penal es “mantenimiento de la norma como modelo de orientación para la relación social.”

b) de las que lo hacen en torno al delincuente en particular, llamadas

“prevención especial”.

Tal como refiriera en el acápite, esta teoría está dirigida directamente al infractor y presenta dos aspectos:

a.– el positivo, que persigue la resocialización del reo;

b.– el negativo, cuyo fin inmediato es impedir que el autor cometa nuevos hechos punibles, a través de la coerción física (internamiento, encierro, etc.).

La pena es concebida como tratamiento para el autor del delito con miras a su reinserción social y también como seguridad para la sociedad de que el mismo no reincidirá en su comportamiento delictivo.

Este pensamiento tuvo sus orígenes en la filosofía griega (Platón, Protágoras, 324 a.c.) y fue retomado por Franz von Liszt para quien, la pena cumplía las siguientes funciones:

a.– Corrección del delincuente con capacidad para corregirse;

b.– Intimidación del mero delincuente ocasional que no requiere corrección;

c.– Inocuidización del delincuente habitual incorregible; y debía ser adaptada en su tipo y extensión a la idea fin que fuera necesaria en cada caso particular.

El autor de delitos tiene ligada a su estructura psíquica y física una tendencia malvada innata que se traduce en su fisonomía personal, lo que él llamaba “delincuente nato”.

El jurista Enrico Ferri (1856–1929) se opuso al pensamiento liberal clásico, negando la posibilidad de libre albedrío. Manifestó que son los factores sociales y el condicionamiento que los mismos provocan en el hombre, junto con los factores antropológicos y físicos, los que dan origen al delito.

Las teorías eclécticas, mixtas, unitarias, de síntesis o de la unión:

Tienen como objeto superar las lagunas y críticas que presentan las teorías absolutas y relativas, combinándolas de tal manera que amerite un equilibrio entre los distintos fines de la pena que cada una de ellas sustentan, ello a través de una teoría unificadora.

Una primera orientación al tema, son las teorías que dieron prioridad a la retribución como ideal de justicia y conceden a los fines preventivos un papel complementario de la misma.

UNIDAD II: EL DELITO. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y OTROS SABERES

El delito, es una conducta antisocial grave, es decir, contraria al ordenamiento jurídico de una sociedad determinada, en un momento dado.

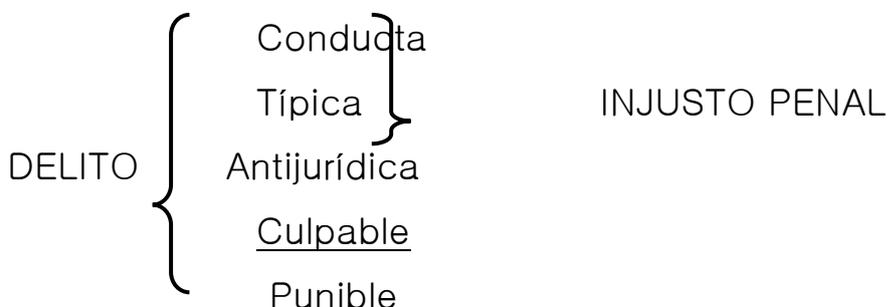
Hay conductas que fueron tipificadas como delito en nuestro país, sin embargo, posteriormente, se derogaron (ejemplo: adulterio, desacato, etc.). Otras son consideradas tal en la Argentina, pero no lo son en otros países (por ejemplo: el aborto).

El delito es una acción, típica, antijurídica y culpable.

La teoría del delito es un instrumento conceptual que permite determinar –al juez y a los ciudadanos– si se dan, en el hecho de estudio, cada uno de los elementos requeridos por la configuración categorías dogmáticas –conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad– y así verificar si la conducta es o no delictiva.

El injusto penal es la conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

En esquema:



Conducta: algunos autores encuadran dentro de esta estructura a las acciones (Acción es un hacer voluntario final) y las omisiones (Omisión es no cumplir con un mandato legal)

Tipicidad: característica de una conducta de adecuarse a un tipo penal.

Antijuricidad: contrariedad de la conducta con todo el ordenamiento jurídico.

Culpabilidad: reprochabilidad por el hecho cometido.

Punibilidad: posibilidad de aplicar pena al delito cometido

Todas las **acciones son públicas**, salvo las **dependientes de instancia privada** y las **acciones privadas**.

La **acción penal pública** deberá ser iniciada de oficio por el Ministerio Público Fiscal.

Su ejercicio estará a cargo del mismo órgano y no podrá suspenderse, interrumpirse o hacerse cesar, excepto en los casos expresamente previstos por ley (art. 5 del C.P.P.N.). Así, toda persona que se considere lesionada por un delito perseguible de oficio o que sin serlo tenga noticias de él, podrá denunciarlo ante el juez, el agente fiscal o la policía (art. 174 del C.P.P.N.).

La acción **penal dependiente de instancia privada** no se podrá ejercer si las personas autorizadas por el Código Penal no formularen la denuncia ante la autoridad competente (art. 6 del C.P.P.N.). En estos casos, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, su tutor, guardador o representante legal. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuera cometido contra un menor que no tenga a estas personas o cuando el delito fuere perpetrado contra el niño por uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

El fiscal, cuando existieren graves intereses contrapuestos entre alguno de los nombrados y el menor, podrá actuar de oficio si así resultare más conveniente para el interés superior del último.

En el caso de una acción dependiente de instancia privada, una vez formulada denuncia por el interesado, continúa su trámite como si fuese pública, es decir el agraviado no puede retirar la acusación.

Son **acciones dependientes de instancia privada**:

- Las previstas por los arts. 119, 120 y 130 del C.P. (abuso sexual simple, gravemente ultrajante y con acceso carnal por cualquier vía; estupro y rapto), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o las lesiones mencionadas en el art. 91 (lesiones gravísimas);
- Lesiones leves dolosas o culposas. No obstante, en los casos que medien razones de seguridad o interés público, se procederá de oficio;
- Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (ley 24.270).

Las **acciones privadas** tramitan por juicio especial de querrela (arts. 415 a 431 del C.P.P.N.). Proceden por denuncia del agraviado, de sus guardadores o representantes legales. La acción de calumnias e injurias sólo puede ser ejercitada por el ofendido y después de su muerte por su cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes.

El ofendido, respecto de los delitos de acción privada, podrá renunciar al ejercicio de la acción, en cuyo caso se extinguirá la acción penal.

Son **acciones privadas**:

- Calumnias e injurias (arts.109 a 117 del C.P.);
- Violación de secretos (salvo los casos de los arts. 154 y 157 del C.P.);
- Concurrencia desleal (art. 159 del C.P.);
- Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando el cónyuge fuera la víctima (ley 13.944).

Relación del Derecho Penal con otros Saberes:

<i>Con el Derecho o Procesal Penal:</i>	El derecho procesal es una rama del derecho público que regula la normal administración de justicia. Es derecho constitucional reglamentado y sirve como medio (código de forma) para la aplicación de los códigos de fondo (código penal). Su regulación se encuentra delegada a las provincias, verbigracia, cada provincia tendrá su propia ley procedimental (art. 121 de la C.N.).
<i>Con la criminología:</i>	Es un saber interdisciplinario (antropología, sociología, fisiología, biología, medicina, derecho, etc.) que estudia el comportamiento y la cuestión criminal.

<i>Con el Derecho de ejecución penal:</i>	Es el saber relativo a las normas que regulan la ejecución de las penas. Las leyes de ejecución se encuentran previstas a nivel nacional (ley 24.660) y provincial y se complementan con otros antecedentes gestados en el ámbito internacional, como ser: las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Kyoto 1970), entre otras.
<i>Con el Derecho Contravencional:</i>	El código contravencional de la ciudad de Buenos Aires (ley 1.472) sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa impliquen daño o peligro cierto para los bienes jurídicos o colectivos protegidos (art. 1). Regulan conflictos eminentemente locales, cualitativa y cuantitativamente de menor entidad que un delito, circunstancia por la cual su regulación fue delegada al ámbito provincial (ejemplo: art. 81 uso indebido del espacio público mediante oferta y demanda de sexo en lugares no autorizados). En el trámite se aplica supletoriamente el Código Penal de la Nación (art. 20 de ley 1.472) y el Código Procesal Penal de la Nación (art. 6 de ley 12) en todo aquello que no se encuentre expresamente normado.
<i>Con el D° Militar:</i>	El código de justicia militar tiene prevista la represión de conductas ilícitas cometidas por militares en el ejercicio de sus funciones. Prevé, a la fecha, la pena de muerte.
<i>Con el Derecho de niños, niña y adolescentes:</i>	Recientemente se ha sancionado la ley 26.061, que deroga la antigua ley de Patronato de Menores (10.903), de 1919. Se establece, a través de ésta, la protección integral de niños, niñas y adolescentes, en contraposición al anterior sistema de situación irregular. Resultan de aplicación al punto: el Régimen Penal de Minoridad previsto por la ley 22.278, la Convención de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas uniformes para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD) y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.
<i>Con el Derecho Internacional Público:</i>	Que rige las relaciones entre Estados. A mediados del siglo pasado, tomaron importancia dos temas: a) la tentativa de establecer un tribunal con jurisdicción internacional; b) los tratados internacionales que imponen la obligación de las partes de sancionar los crímenes de lesa humanidad. En tal sentido, resultan de importancia la Convención sobre el Genocidio de las Naciones Unidas de 1948 y la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad de 1968, ratificada por nuestro país en 1995.
<i>Con el D° Inter. DD.HH</i>	Los tratados y concordatos internacionales tienen jerarquía superior a la leyes y son operativos, sin embargo, no pueden derogar artículo alguno de la primera parte de la constitución nacional y por ende son complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

(arts. 75 inc. 22 en concordancia con lo dispuesto por los arts. 27 y 31 de la C.N.).

UNIDAD III: PRINCIPIOS BÁSICOS CONSTITUCIONALES

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra:

a.– *El principio de legalidad penal*: “nullum crimen, nulla poena sine lege” (no hay crimen, ni pena, sin ley). Ningún habitante de la nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho de proceso. Nadie puede ser condenado por conductas que al momento de su comisión no eran delictivas según el derecho aplicable.

b.– *El debido proceso legal (defensa en juicio)*: La C.S.J.N. refiere que “el art. 18 exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia pronunciada por los jueces naturales…”⁶⁴

Todo imputado tiene derecho a ser defendido por un abogado de la matrícula o, en su defecto, por el defensor oficial que así corresponda.

c.– *Prohibición de retroactividad de las leyes penales*: necesidad de ley anterior al hecho del proceso. Se aplica la norma vigente al momento de la comisión del hecho, salvo que la nueva ley sea más benigna para el reo.

d.– *Prohibición de analogía*: en materia penal no rige la interpretación analógica, salvo que sea en beneficio del imputado. La Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso “Ávila, Blanca Noemí” (voto del Dr. Fégoli) refirió que “la analogía prohibida en el derecho de fondo, es admisible en la ley procesal…”⁶⁵ Sin embargo, esta conclusión no comulga con la mayoría de la doctrina. Se entiende por analogía, la aplicación de la norma a un caso similar al legislado, pero que no está previsto o comprendido en su texto.

e.– *Juez natural*: esta garantía preserva la imparcialidad del juzgador e impide al P.E.N. el establecimiento de tribunales especiales. El órgano judicial deberá tener jurisdicción, competencia y haber sido creado por ley anterior al hecho del proceso.

f.– *Presunción de inocencia*: nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de la cual goza el imputado. Es jurisprudencia pacífica de la Corte que el dictado del auto de prisión preventiva, no vulnera el principio de mención.

g.– *Principio de culpabilidad*: la aplicación de pena importa que el sujeto haya sido declarado culpable en juicio. Es culpable quien pudo comprender el injusto penal y auto determinarse conforme a dicha comprensión.

h.- *Derecho a no declarar contra sí mismo*: El imputado tiene derecho a negarse a declarar y, si optará por hacerlo, su deposición no será juramentada (art. 294 y cc. del C.P.P.N.). Las confesiones obtenidas en violación de garantías constitucionales (Ejemplo: tormentos) son de ningún valor, por aplicación de la regla de exclusión.

i.- *Inviolabilidad de domicilio, papeles privados y correspondencia epistolar*: una ley determinará en qué casos y con qué justificativos se procederá a su allanamiento y ocupación. (Ver arts. 224 y s.s. del C.P.P.N.).

j.- *Abolición de la pena de muerte por causas políticas, tormentos y azotes*: estas son penas que atentan contra la dignidad humana, sin embargo, la primera está prevista en el Código de Justicia Militar. El art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que la pena de muerte, en los países que no la hayan abolido, no puede ser extendida para su aplicación a delitos a los que no se emplee actualmente. Esto se complementa con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

k.- *Prevención especial positiva*: el artículo in fine establece que el fin de la pena es la resocialización del delincuente.

El artículo 19 de la C.N. consagra el *principio de reserva* y reza: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenda al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación, será obligado a hacer lo que comanda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

El principio de la libertad jurídica y la garantía de privacidad, requieren la no intervención de un Estado paternalista en la existencia privada, en la moral o en el modelo de vida de los ciudadanos, mediante la imposición de modelos de conducta a seguir. El Estado sólo podrá intervenir a través de la conminación con pena de conductas que afecten los bienes jurídicos (*principio de lesividad*).

Otros principios de interés:

Doble instancia en el proceso penal: La jurisprudencia sentada por la C.S.J.N. en “Casal”, reiterada posteriormente en “Martínez Areco”, sostuvo que la aplicación efectuada por la Cámara de Casación, que descarta el recurso por entender que los quejosos pretendían revisar la valoración de hecho y prueba efectuada por el tribunal de mérito, es violatoria de los arts. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Afirman que el recurso de casación debe interpretarse en un sentido que habilite la revisión amplia de la sentencia, conforme a las posibilidades de cada caso y sin modificar las cuestiones reservadas a la inmediación de los tribunales de juicio.

Privación de la libertad y derecho a la duración razonable del proceso: El art. 7 apartado 5 del Pacto de San José de Costa Rica reconoce el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. A sus efectos se dictaron las leyes 24.390 y 25.430 como reglamentarias del mismo.

Garantía del doble juzgamiento “non bis in idem”: se impide una doble persecución o eventual condena por un mismo hecho. “Debe mediar identidad de persona perseguida, tratarse del mismo hecho y ser igual la fuente de persecución.”⁶⁷

Interpretación restrictiva: toda disposición que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de derechos reconocidos por el código de forma o establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente (art. 2 del C.P.P.N.).

“In dubio pro reo”: en caso de duda se estará a lo más favorable al reo. Este principio se aplica para la etapa de debate o juicio oral que requiere certeza apodíctica para el dictado de la sentencia, no así para la instrucción o investigación penal preparatoria.

Principio de intrascendencia o de personalidad de la pena: la pena no puede trascender de la persona que es autora o partícipe del delito. Ejemplo: en caso que el condenado a pena de multa fallezca, la misma no será abonada por sus parientes.

Principio de buena fe y pro homine: el primero, exige que los tratados internacionales sean interpretados de buena fe conforme al sentido corriente de los términos de la convención, en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre derechos de los tratados). El principio “pro homine” establece que, ante la duda, deberá estarse siempre ante el sentido que más garantice el derecho que se trate.

UNIDAD IV: CRIMINOLOGÍA

1.- Del positivismo a la criminología crítica

La escuela liberal clásica, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, consideró a los individuos libres en su voluntad y capaces de obedecer a los dictados de la razón.

Formuló los presupuestos de la teoría del delito, de la pena y del proceso, sobre la base del criterio utilitarista de la máxima felicidad para el mayor número, y adoptó las ideas del contrato social y la división de poderes.

El delito fue entendido como un acto de libre albedrío del sujeto.

UNIDAD V: VALIDEZ DE LA LEY PENAL

1. Validez Espacial

Art. 1 del Cód. Penal: “El código se aplicará:

1.- Por los delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción;

2.- Por los delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.”

a. – **Principio territorial:** “La doctrina de la territorialidad absoluta consiste en que cada Estado pueda exigir que en toda la extensión de su territorio no se reconozcan otras leyes, más que las suyas y, correlativamente, que ningún Estado puede extender más allá de sus límites la aplicación de sus propias leyes.”

En el art. 1 del Cód. Penal “Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.”

El art. 3 establece que todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda las 12 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base.

Territorio flotante o principio de bandera: se aplica la ley nacional a los hechos cometidos en buques o aeronaves públicas. En caso de conflicto con el principio territorial, se da primacía al principio de bandera.

Las naves privadas quedan sometidas a la jurisdicción de su bandera en alta mar, y al principio territorial cuando están en aguas jurisdiccionales.

b. – Lugar de Comisión: el problema se presenta con los delitos a distancia, es decir aquellos en que la acción final tiene lugar en una jurisdicción y el resultado en otra. Ejemplo: hay lugares en que la frontera entre dos países está delimitada por una calle. Así, disparo desde Uruguay y mato a la víctima en la Argentina.

b.1. – Teorías de la acción: dice que el lugar de comisión es donde actuó la voluntad del autor.

b.2. – Teoría del resultado: el lugar de comisión es aquel donde se produjo el resultado, es decir donde se lesionó o puso en peligro el bien jurídico tutelado.

b.3. – Teoría de la ubicuidad: el delito debe reputarse cometido tanto en el lugar donde se comete la acción, como allí donde se produjo el resultado. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha decidido por esta tesis.

c. – Principios que justifican la aplicación de nuestra ley penal a hechos cometidos fuera del territorio nacional:

c.1. – Principio real o de defensa: se aplica la ley penal argentina a delitos cometidos fuera del territorio nacional, pero que se dirigen a bienes jurídicos que se encuentran dentro de él (Ejemplo: delitos contra el orden público, falsificación de moneda, etc.). Nuestro país adopta este principio en el art.

1 del Cód. Penal, en cuanto hace referencia a los “efectos del delito.”

c.2. – Principio de nacionalidad o de personalidad: se aplica la ley penal argentina a delitos cometidos fuera del territorio del estado en función a la nacionalidad del autor o la víctima. Así, habrá *nacionalidad activa:* cuando el autor del delito fuera nacido en nuestro país; o *nacionalidad pasiva:* cuando la víctima fuera argentina. Este principio tiene, en la actualidad, una vigencia muy reducida.

c.3. – Principio universal o del derecho mundial: fundamenta la aplicación del derecho de cualquier estado, independientemente de donde se haya cometido el delito o cual sea la nacionalidad del autor. Así, los delitos de suma gravedad que interesan a toda la comunidad internacional (Ejemplo: que afectan el Derecho de Gentes: tortura, genocidio, etc.) pueden ser juzgados por cualquier nación.

c.4. – El principio de derecho penal por representación: es un principio subsidiario que se aplica cuando no resulta viable la extradición. En tal caso, el Estado que tiene al autor puede juzgarlo y aplicarle su ley penal.

2. Validez Temporal

El art. 2 del Cód. Penal establece: “si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.

Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esta ley...”

1.– *Principio general:* desde el punto de vista temporal, se aplica al delito la ley vigente al momento de su comisión.

2.– *Principio de la ley penal más benigna:* la excepción al principio general es la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 2 del C.P.).

Lo que no puede hacer el juez es combinar ambas leyes, de manera que beneficie al encausado. Es decir, deberá aplica una u otra ley en su integridad, pues, de lo contrario, se estaría creando una tercera norma inexistente.

A los efectos de considerar la ley más favorable, tendrá que tenerse en cuenta la ley intermedia. Se considera tal, a aquella sancionada luego de la comisión del hecho, pero derogada antes de dictar la sentencia definitiva.

3.– *Excepción a la retroactividad de la ley más favorable:* (ultra actividad de las normas temporales o excepcionales).

Leyes temporales: son aquellas en que la misma norma fija su plazo de vigencia (Ejemplo: desde su publicación hasta el día 31 de diciembre del año en curso).

Leyes excepcionales: son aquellas que son dictadas para regir mientras dure una situación temporal o transitoria anómala (Ejemplo: una guerra, una sequía, etc.).

3. Validez Personal

En el art. 16 de la C.N. la ley penal se aplica a todos por igual. Se consagra en dicha norma la igualdad formal, es decir la igualdad ante idénticas condiciones.

Se prohíben los fueros personales o títulos de nobleza en nuestro país. Así, el fuero militar impone la aplicación del Código de Justicia Militar a los profesionales del rubro.

El art. 68 de la C.N. establece la inmunidad legislativa individual de opinión, según la cual ningún miembro del Congreso puede ser sometido a proceso ni molestado por opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador.

El art. 69 de la C.N. consagra la inmunidad de arresto, según la cual ningún diputado o senador puede ser arrestado mientras dure el ejercicio de sus funciones, salvo ser sorprendido in fraganti delicto.

La inmunidad de arresto alcanza también a la detención por prisión preventiva o la impuesta por condena firme.

El art. 70 de la C.N. establece el procedimiento de desafuero que impone que ambas Cámaras podrán suspender en funciones a un legislador y ponerlo a disposición del juez competente por dos tercios de los votos, cuando se forme querrela por escrito, en su contra, por ante la justicia ordinaria.

Resulta de aplicación al caso, lo dispuesto por la ley de fueros Nro. 25.320 en cuanto reglamentó la norma de marras, donde se faculta someter a un diputado o senador a proceso penal hasta la conclusión del mismo; y se habilita al juez a su llamado a indagatoria, sin que le sea posible restringir su libertad, entre otros puntos.

El art. 110 de la C.N. establece que los jueces de la Corte Suprema y tribunales inferiores conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, lo que garantiza la inmovilidad de sus cargos. No obstante, pueden ser destituidos por juicio político (ver art. 115 de la C.N.). La ley de fueros es aplicable también a ellos.

El art. 117 de la C.N. consagra la competencia originaria de la Corte en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros. Estas personas gozan de inmunidad de jurisdicción en el estado Argentino por representar a países extranjeros, sin embargo pueden aceptar la jurisdicción nacional, en cuyo caso la ejerce exclusiva y originariamente nuestro superior tribunal.

UNIDAD VI: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN PENAL

El control social

Está ligado con el concepto de socialización, pues implica que el hombre aprende y se adapta a principios o valores de conducta socialmente aceptados, regulados y estandarizados; renunciando a criterios egoístas, aún a expensas de sus propias necesidades personales. Asimismo, esta noción está relacionada a la capacidad de la sociedad de auto-regularse conforme a dichos criterios o pautas y de inducir a los individuos a comportarse conforme a las mismas y a los valores y metas colectivas programadas.

Ross distingue que la influencia social a la cual está sujeta el individuo puede darse de dos maneras, a saber: como *influencia no intencional* a partir del trato con sus semejantes; o como *influencia intencional* del grupo sobre los individuos ejercida por órganos formales o informales sostenidos por la sociedad.

Aunque algunos sociólogos asemejan el contenido de control social con el de “conformidad social”, corresponde destacar que ambos conceptos no son equivalentes.

Si bien el concepto de culpabilidad, entendida como libre albedrío, no puede ser demostrado empíricamente, tampoco es posible comprobar, a través de la experiencia, la idea de determinismo. El Estado reclama, para la convivencia pacífica de sus habitantes, que se parta de la base de considerar al individuo como un ser capaz de responsabilidad, pues de lo contrario las relaciones humanas resultarían caóticas.

La sociedad disciplinaria:

La obra de Michel Foucault, “La verdad y las formas jurídicas” reúne una serie de conferencias que el autor pronunció en Río de Janeiro durante el mes de mayo del año 1973. En la cuarta y quinta, el filósofo se refiere a la “*sociedad disciplinaria*”, donde intentó demostrar cuáles son sus prácticas penales, las formas de poder que subyacen a la misma, las formas de saber y los tipos de conocimiento de la sociedad.

La transformación del sistema penal que consistió en que el crimen ya no era vinculado con la falta moral y/o religiosa, sino que estaba relacionado con la ruptura de una ley previa emanada del poder político. Delito es la ruptura del pacto social y el criminal es el “enemigo interno” de la sociedad. La ley buena es la ley útil socialmente, aquella que apunta a reparar la perturbación causada.

Refiere, que los teóricos de la época reflejaban la posibilidad de cuatro tipos de castigos:

- 1.– *La deportación* o el exilio, consistente en la transferencia del reo fuera del espacio social;
- 2.– *La exclusión* o publicación de la falta cometida, para así lograr la condena social, la humillación y la vergüenza;
- 3.– *La reparación* del daño social, a través de la realización de trabajos forzados para el estado;
- 4.– *El talión*, al que define como sufrir un mal semejante al ilícito causado.

UNIDAD VII: EL DELITO

El ilícito

Puede ser abarcado desde dos concepciones:

a. – El concepto causal de ilícito: que considera decisiva a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Esta teoría se agota en la comprobación de un disvalor de resultado. Se excluye la antijuricidad cuando falte este disvalor.

b. – El concepto personal de ilícito: que considera decisiva la voluntad del autor, independientemente de la producción de un resultado. Esta teoría se agota en el disvalor de acción, es decir toma en cuenta lo que el autor quiso hacer. Para excluir la antijuricidad es necesaria la falta de disvalor de acción y de resultado.

- *Teoría causalista*: acción es inervación muscular voluntaria. Simple puesta en marcha de la causalidad voluntaria
- *Teoría finalista*: ejercicio de actividad final. La acción no es causalidad ciega, siempre persigue una determinada finalidad.
- *Teoría social*: son acciones las conductas que trascienden al orden social.
- *Concepto negativo de acción*: al igual que el anterior, se intentó construir un concepto de conducta que abarcara la acción y la omisión, pero, para ello, se tomó al modelo de la última.
- *Teoría funcionalista*: es una tesis, también, fundada en la viabilidad. Conducta es la posibilidad de evitar un resultado diferente, a través de una acción o una omisión.
- *Concepto personal de acción*: acciones y omisiones, dolosas o culposas, son la exteriorización de la personalidad del agente.

2.1.– Acto de voluntad: es el que se dirige al objeto para alterarlo. Ejemplo: escribir una carta.

2.2.– Acto de conocimiento: es el que se dirige al objeto sin alterar su sustancia. Ejemplo: leer un libro.

2.3.– Acto: algunos autores hablan de este concepto como comprensivo de la acción y la omisión. Zaffaroni explica que no hay omisiones pre-típica.

2.4.– Hecho: conducta más el nexo causal con el resultado. El estudio del nexo de causalidad no lo haremos en este estrato, sino en la tipicidad objetiva.

2.5.– Sujetos de conducta: El único sujeto capaz de realizar una acción es el *ser humano*.

2.6 Estructura de una conducta humana voluntaria:

Primera etapa:

- El sujeto se propone un fin;
- selecciona los medios para la consecución del fin;
- prevé las consecuencias concomitantes.

Hasta aquí no hay conducta, pues todo se da en el plano del pensamiento. Nadie puede ser castigado por pensar.

Segunda etapa:

- Puesta en marcha del proceso causal, mediante la exteriorización de la conducta, conforme a los medios analizados, con el objeto de obtener el fin planificado.

2.7.– Elementos que conforman a la conducta:

▲ *a. – Voluntad:* La conducta debe ser voluntaria. Voluntad no es lo mismo que deseo, pues la primera implica un “querer activo”, mientras que el deseo es un sentimiento

pasivo. Ejemplo: deseo que mi tío rico muera para heredarlo, pero no hago nada para la producción de ese resultado muerte.

▲ *b. – Finalidad*: la voluntad implica finalidad, pues en una conducta voluntaria el autor persigue un fin. El agente ordena la causalidad en función a un fin determinado.

3.1. – Fuerza física irresistible: no realiza acción “el que obrare violentado por fuerza física irresistible” (art. 34 inc. 2 del Cód. Penal). Aquí, el hombre interviene como una mera masa mecánica.

Existen dos supuestos de fuerza física irresistible:

a. – de la naturaleza:

* *Interna*: movimiento no controlable por la voluntad, que tiene origen interno, pues se genera dentro del propio cuerpo del individuo. Es decir, la estimulación de los nervios motrices no tiene lugar por influencias físicas. Ejemplo: Actos reflejos, calambres, vómitos.

* *Externa*: movimiento no controlable por la voluntad, que tiene origen natural externo. Ejemplo: un sujeto arrastrado por un huracán cae contra una vidriera rompiéndola.

b. – “Vis absoluta”: movimiento incontrolable por la voluntad, que tiene su origen en una tercera persona que sí realiza conducta. Ejemplo: soy arrojado a una pileta por un amigo y lastimo a otro bañista. Yo no realizo conducta, pero sí el agente que me empujó (autor directo).

Quien se somete a una fuerza irresistible realiza conducta, que es justamente, la de someterse a esa fuerza para lograr su fin.

* *Reacciones semiautomáticas*: comportamientos estudiados o ensayados todavía controlables por la voluntad. Ejemplo: hacer los cambios mientras se maneja.

* *Reacciones impulsivas*: son reacciones en cortocircuito, de pánico o defensa.

Surgen del fondo de la personalidad del individuo frente a un estímulo externo y son tan rápidas e inmediatas, que se tornan difícilmente controlables. Sin embargo, a pesar de la velocidad del proceso, no faltan impulsos voluntarios y, como tal, son consideradas conducta por la doctrina y la jurisprudencia. Ej: mientras manejo, con un movimiento instintivo, aparto una mosca que se metió en mi ojo, lo que provoca que, de manera involuntaria, me cruce de carril y atropelle a otro automovilista (Caso de la mosca).

3.2. – Involuntabilidad: “es la incapacidad psíquica de conducta, es decir el estado en que se encuentra el que no es psíquicamente capaz de voluntad.

3.3. – Involuntabilidad por incapacidad de dirigir los movimientos: el art. 34 inc.1 del Cód. Penal también prevé la situación de quien, en el momento del hecho, no pueda dirigir sus acciones.

En el caso, la persona sabe lo que hace, pero se le es imposible controlar sus actos.

UNIDAD IX: LA TIPICIDAD

- *Tipicidad*: característica de una conducta de adecuarse a un tipo legal.
- *Tipo*: fórmula legal que describe una prohibición o un mandato de acción. Instrumento legal, predominantemente descriptivo, que tiene por objeto individualizar conductas humanas penalmente relevantes. Los tipos penales se encuentran en la parte especial del Cód. Penal (art. 79 en adelante).

Elementos que conforman a los tipos penales:

a. – *Descriptivos*: se captan a través de los sentidos. Aluden a referentes de la realidad, sin necesidad de mayor valoración que la requerida por el lenguaje.

Ejemplo: concepto de cosa en el delito de hurto.

b. – *Normativos*: son aquellos elementos que sólo se pueden captar mediante una valoración jurídica o ético social. Ejemplo: concepto de cheque en el delito de libramiento de cheque sin fondo. El juez deberá apelar a la ley de cheques, Nro. 24.452, para determinar si el documento reúne una serie de características exigidas por la norma. En dicha inteligencia, el cheque de pago diferido carece de tutela penal.

Clasificación de los tipos penales:

- *Tipo activo*: describe una conducta prohibida (art. 79, homicidio).
- *Tipo omisivo*: describe un mandato de acción (art. 108, omisión de auxilio).
- *Tipo cerrado*: está descrito en una fórmula legal cerrada que no se presta a confusión.

La conducta prohibida está suficientemente individualizada (art. 79).

- *Tipo abierto*: exige, en forma ostensible, una valoración por parte del juez, quien debe, en general, apelar a normas reglamentarias para su complementación. Todos los tipos culposos son tipos abiertos (Ejemplo: art. 84, homicidio culposo).
- *Tipos dolosos*: realizados con conocimiento y voluntad.
- *Tipos culposos*: realizados con imprudencia, negligencia, impericia, etc.
- *Tipos legales*: creados, suprimidos o modificados por el legislador (Ejemplo: nuestro país).
- *Tipos judiciales*: creados, suprimidos o modificados por la jurisprudencia (Ejemplo: sistema anglosajón).
- *Tipo de acto*: se prohíbe una conducta del autor.
- *Tipo de autor*: se prohíbe una manera de ser que se quiere reprimir. Son inconstitucionales (Ejemplo: ser alcohólico, drogadicto, pordiosero –antiguos edictos policiales la formulación del derecho penal del enemigo, etc.).

Clasificación de los tipos penales en razón de los bienes jurídicos afectados:

– En cuanto a la intensidad de la afectación al bien jurídico: se dividen en:

a. – *cualificados o calificados*: respecto de un tipo básico o fundamental.

A.1. – básico: (Ejemplo: art. 79, homicidio)

A.2.– agravados (calificados): (Ejemplo: art. 80 inc. 1, parricidio).

A.3.– atenuados (privilegiados): (Ejemplo: art. 169, chantaje, respecto del tipo básico del art. 168, extorsión).

b.– En cuanto a número de bienes jurídicos afectados:

b.1.– *simples*: se afecta un sólo bien jurídico (art. 79, homicidio)

b.2.– *complejos*: se afectan dos o más bienes jurídicos (art. 168, extorsión, que si bien está tipificado como un delito contra la propiedad, afecta también a la libertad).

Clasificación de Delitos:

Según un delito se agote en una mera acción corporal o requiera un resultado de aquella, se clasifican en:

a. – Delitos de pura actividad: basta para su configuración la simple realización de la conducta descrita en el tipo penal. No es necesario una modificación en el mundo real, o sea, la producción de peligro o un resultado material. (Ejemplo: art. 150, violación de domicilio).

b. – Delitos de peligro:

B.1.– *Abstracto*: la ley presupone que la conducta es “per se” peligrosa para el bien jurídico tutelado. No es necesaria una efectiva puesta en peligro

(Ejemplo: art. 189 bis., tenencia de arma de guerra).

B.2.– *Concreto*: en el caso de examen, es forzosa la puesta en peligro efectiva del bien jurídico tutelado (Ejemplo: art. 186 inc. 1, incendio o estrago peligroso).

c. – Delitos de lesión: la acción debe haber causado la lesión o daño del bien jurídico tutelado. Requieren la producción de un resultado típico (Ejemplo: art. 79, homicidio).

Según la calidad del sujeto activo:

a.– *Delitos comunes (delicia comunia)*: pueden ser cometido por cualquier persona que tenga capacidad de acción (Ejemplo: art. 164, robo).

b.– *Delitos especiales (delicia propria)*: no pueden ser cometidos por cualquier persona.

Se dividen en: b. 1) *Especiales propios*: sólo pueden ser realizados por aquellos que tienen la característica requeridas, por el tipo penal, para ser autor (Ejemplo: art. 269, prevaricato. Se requiere ser juez). b.2) *Especiales improprios*: la característica de autor es un fundamento para la aplicación del agravante o atenuante (Ejemplo: art. 80 inc. 1, parricidio. Es necesario ser ascendiente, descendiente, etc. y saber que lo son).

– *Sujeto activo*: quien realiza la conducta por sí o a través de otro (dominio del hecho o de la voluntad).

– *Sujeto pasivo*: titular del bien jurídico protegido (no necesariamente la víctima).

Los tipos penales hacen referencia a otras circunstancias que se enumeran a continuación:

- *El objeto*: la materialidad sobre la cual recae la acción. En algunos delitos puede coincidir con el sujeto pasivo, en otros no (Ejemplo: en el robo, el hecho recae sobre la cosa mueble ajena y sujeto pasivo es el propietario, que puede o no coincidir con la víctima).
- *Referencia a los medios*: los medios utilizados para la comisión del hecho, pueden resultar fundamentales al momento de la adecuación típica de la conducta (Ej: art. 172, estafa requiere para su comisión ardid, engaño, error, disposición patrimonial y perjuicio, concatenados causalmente. La falta de un elemento excluye el tipo penal). En otros casos, el medio puede ser fundamento de un agravante o atenuante.
- *Referencia a las circunstancias de lugar*: el lugar de comisión también puede determinar la aplicación de una figura agravada (Ejemplo: art. 167 inc. 1, robo en despoblado).
- *Referencia a las circunstancias de tiempo*: otras veces, el momento de la realización de la acción puede implicar la imposición del agravante o atenuante (Ejemplo: art. 163 inc. 2, hurto calamitoso).

Tipo sistemático y tipicidad conglobante:

- *Tipo sistemático*: es la formulación legal del tipo, es decir, la norma que aparece en el texto de la ley. “Permite afirmar la existencia del espacio problemático”.¹⁰⁷
- *Tipicidad conglobante*: constatada la tipicidad sistemática, determino si esta constituye un conflicto.

La *conflictividad* depende de dos circunstancias: a) que haya lesividad, o sea, afectación a un bien jurídico ajeno y b) que pueda imputársele al agente como de su autoría.

No hay lesividad en los delitos de bagatela (principio de insignificancia), en los casos que el agente actúe en cumplimiento de un deber o con consentimiento de la víctima y en las acciones fomentadas por el derecho (conductas adecuadas socialmente)

2.1.– Dolo: conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo (saber + querer).

2.2.– Elementos del dolo:

a. – Cognitivo: el conocimiento debe ser actual, efectivo y comprensible en su significación.

– **Efectivo**: el conocimiento debe ser eficaz. La mera posibilidad de conocimiento (potencial) no es suficiente para la configuración del dolo.

– **Actual**: debe darse al momento de la comisión del hecho, ni antes, ni después.

Se descarta el dolo “antecedens” y “subsequens”.

– **Comprensible en su significación**: debe abarcar los elementos descriptivos y los normativos, las atenuantes y agravantes. Respecto de los elementos normativos, en los cuales se requiere un especial juicio de valoración, basta con que el mismo sea

comprendido en una valoración “paralela en la esfera del lego” (conocimiento del hombre común).

b. – Volitivo: que consiste en la decisión de realizar la conducta descrita en el tipo. El agente quiere la producción del resultado.

c. – El dolo no requiere para su configuración el conocimiento de la antijuricidad del acto (dolo avalorado). Esto se desprende de su ubicación sistemática en el tipo subjetivo. En cambio, otras doctrinas, como por Ejemplo: los causalista, requieren un dolo desvalorado (dolo + conocimiento de la antijuricidad), lo que se desprende de la ubicación de dicho elemento en la culpabilidad.

Clases de dolo:

– *Dolo directo:* el autor quiso directamente la realización del tipo, pues esta era su meta. Ejemplo: el agente quiso matar a un tercero y dirigió su conducta para la consecución del fin.

– *Dolo indirecto, de segundo grado o de consecuencias necesarias:* el autor se propone un fin y sabe que para la consecución del mismo, se van a producir “*necesariamente*” ciertas consecuencias concomitantes (tipificadas legalmente), que acepta, como medio, para lograr su meta. Ejemplo: El agente quiere matar al presidente, poniéndole una bomba en su automóvil. Sabe que para conseguir su meta, necesariamente tiene que morir el chofer y lo acepta. Entonces, hay dolo directo respecto del presidente, pero dolo indirecto respecto del conductor del rodado.

– *Dolo eventual:* el autor se propone un fin y sabe que para la consecución del mismo, se pueden producir “*eventual u ocasionalmente*” ciertas consecuencias concomitantes (tipificadas legalmente), que acepta, como medio, para lograr su meta. Ejemplo: Una madre quiere que su hijo pida limosna. Para ello, y a fin de que la gente sienta piedad por el pequeño, le corta una mano. La mujer sabe que el niño, eventualmente, puede morir engangrenado, pero no le importa y lo acepta como medio para lograr el fin propuesto.

2.3.– Especiales elementos subjetivos del injusto, distintos del dolo:

A estos se los denomina también especiales elementos subjetivos del tipo o de la autoría.

Existen ciertos delitos que para su configuración, además del dolo, requieren una especial tendencia subjetiva por parte del autor. Luego, es necesario que haya perseguido una finalidad extra o ulterior.

Pueden ser de dos clases:

a. – Ultrafinalidades: donde el autor, al cometer el delito, tiene otra finalidad o intención particular que excede el dolo (segunda acción). Por tanto, la conducta se dirige a la obtención de un objetivo que se encuentra más allá del resultado concreto o la producción típica.

b.- *Elementos del ánimo*: es una tendencia, disposición interna o “animus” especial del agente que acompaña su acción, generalmente no exteriorizados en forma completa.

Tipos de tendencia interna trascendente (*ultrafinalidades o delitos de intención*).

- *delitos incompletos de dos actos*: el sujeto activo realiza la conducta como paso previo a otra. La segunda acción está a su cargo. (Ejemplo: (homicidio criminis causae, art. 80 inc. 7 del C.P., o sea, homicidio para preparar, facilitar o consumir otro delito que realiza el mismo autor).

- *delitos cortados de resultado*: para que se produzca un segundo hecho sin su intervención. (Ejemplo: cohecho activo, art. 258 del C.P.)

2.4.- Error de tipo: es un error que recae sobre los elementos del tipo objetivo.

El error de tipo está previsto en el art. 34 inc.1 del Cód. Penal en cuanto establece:

“El que no haya podido en el momento del hecho (...) por error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto (...).”

Sin embargo, el error de tipo puede ser un error de hecho o de derecho, pues, si bien históricamente, el error sobre los elementos normativos del tipo fue considerado “error iuris”, en la actualidad debemos incluirlo en la categoría de estudio.

- *Error*: es el falso conocimiento acerca de algo.

- *Ignorancia*: es la falta de conocimiento.

Error puede clasificarse como:

a.- *salvable, vencible o evitable*: cuando el agente, aplicando la debida diligencia para el caso, pudo haber salido de su error;

b.- *insalvable, invencible o inevitable*: cuando, a pesar de los recaudos adoptados por el autor, no pudo evitar la producción del yerro en la situación en concreto.

Consecuencias jurídicas:

a.- El error de tipo SIEMPRE EXCLUYE AL DOLO.

a.- *de ser salvable*: deja subsistente un remanente culposo de estar previsto el tipo negligente para el delito en cuestión (téngase en cuenta que los delitos culposos son *numerus clausus*, es decir sólo algunos están tipificados). De no estar contemplado legalmente, la conducta será atípica.

b.- *de ser insalvable*: la conducta deviene atípica (elimina la tipicidad dolosa y la culposa).

Ejemplo: Un hombre concurre a una cacería con su hijo, en una noche oscura.

Luego, pierde de vista al joven y observa, adelante suyo, a unas plantas que se mueven. En la creencia que se trataba de una presa, dispara, con tan mala suerte, que mata a su hijo. Entonces, el error de tipo excluirá al dolo. Si el juez considera al

error salvable, podrá imputarle al autor homicidio culposo; caso contrario, y de entender el error invencible, la conducta devendrá atípica.

2.5.– Otros supuestos de error en la tipicidad subjetiva: (*en los que no se aplican las reglas antedichas*).

2.5.1. – Error en el objeto (o en la persona): el mismo se da cuando el agente yerra sobre el objeto o persona sobre la cual recae su acción. Es un error en la motivación o representación psicológica que el autor realiza de la persona o de la cosa

Corresponde diferenciar algunos casos:

a. – Si las personas u objetos son iguales: el error carece de relevancia jurídica.

Ejemplo: quiero matar a Pedro y, por error, mato a Juan, al que confundí con el primero. Luego, seré condenado por homicidio simple.

b. – Si respecto de una de las personas recae una agravante: sólo podrá ser aplicada si el autor conoce la misma, de lo contrario se mantiene el tipo básico.

Ejemplo: quiero matar a Pedro y, por error, mato a mi padre, al que confundí con el primero. Luego, no seré condenado por homicidio calificado, sino simple.

c. – Si los objetos no son equivalentes: se resuelve según las reglas del error de tipo común. Ejemplo: el supuesto del cazador, explicado anteriormente.

2.5.2. – “Aberratio ictus”: Esta palabra proviene del latín y significa error en el golpe o desviación de la trayectoria. En este caso, la conducta se dirige a un objeto, pero a raíz del vicio señalado, afecta a otro sobre el cual se produce el resultado.

Ejemplo: Juan apunta con dolo homicida a Pedro, pero, como tiene mala puntería, mata a Luis, que se encontraba a su lado.

En cuanto a la solución del caso, existen dos posiciones:

a. – Teoría de la concreción: considera que el supuesto deberá resolverse conforme a las reglas del concurso de delitos. Así, habrá una tentativa de homicidio en concurso ideal con homicidio culposo. Tesis mayoritaria Alemana.

b. – Teoría de la consumación: considera que el caso deberá reputarse como un homicidio doloso consumado, ya que no existe razón para darle tratamiento diferenciado al error en el objeto. Tesis mayoritaria Española.

Zaffaroni se inclina por la primera de las teorías, por cuanto explica que hay supuestos que no pueden resolverse sobre la base de la última de las tesis apuntadas.

Así, el caso que la bala de Juan atravesase a Pedro hiriéndolo, para luego matar a Luis. No se puede concluir que las lesiones de Pedro queden subsumidas en el homicidio del último.

2.5.3. – Dolus Generalis: Al igual que el anterior, el dolo general constituye una situación especial de desviación del curso causal.

ANTI JURICIDAD: Es la característica de la conducta de ser contraria a todo el ordenamiento jurídico.

Se comprueba de manera negativa, es decir verificando la no existencia de una causal de justificación.

1.2. Antijuricidad formal y Antijuricidad material: A principios del siglo pasado, el Positivismo Sociológico sostuvo la antijuricidad material, entendida como dañosidad social de la conducta (asocial).

En cambio, el Positivismo jurídico apelaba a la antijuricidad formal, que era la contrariedad de la acción con las normas creadas por legislador.

El concepto de antijuricidad material fue necesario en la doctrina alemana para la creación de causas de justificación “supralegales”, que no estaban previstas en su código, como ser el estado de necesidad justificante

1.3. – Caracteres generales de las causas de justificación:

a. – Aspecto objetivo:

- Proviene de todo el ordenamiento jurídico.
- Contienen un permiso o autorización para realizar la acción típica, bajo determinados presupuestos objetivos.
- Sus efectos alcanzan al autor y demás partícipes del delito.
- Excluyen cualquier tipo de responsabilidad. Así, la penal, la civil, la administrativa, etc.
- Es imposible hacer valer una justificante respecto de quien actúa justificadamente (Ejemplo: legítima defensa de legítima defensa).

b. – Aspecto subjetivo:

- La creación intencional, por parte del autor, de una situación de justificación impide la aplicación de la justificante.
- La justificación se limita a la acción “necesaria” para salvar al bien jurídico protegido. Es decir, la acción del agredido debe ser la menos dañosa de las que estaban a su disposición para la tutela del bien amenazado.
- “Sólo obra justificadamente el que tiene conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación –elemento subjetivo de la justificación–.

Zaffaroni en su reciente obra con Alagia y Slokar, ha variado su criterio y expresa “no existe razón para sostener que el concepto complejo de injusto obliga a admitir los elementos subjetivos de la justificación (...) la exigencia de

Cualquier elemento subjetivo en la justificación aparece como totalmente innecesaria y aberrante en un estado de derecho

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

2.1.– La legítima defensa necesaria (art.34 inc. 6 del C.P.).

2.1.1.– Presupuestos objetivos:

a. – Agresión ilegítima: la agresión debe provenir de un ser humano. Si es de un animal, habrá estado de necesidad. Cualquier bien puede ser objeto de agresión, no se limita solamente a la vida o integridad personal.

La agresión debe ser “actual”, es decir habrá posibilidad de defensa mientras se esté desarrollando. También puede ser “inminente”, lo que implica que todavía no se inició, pero la voluntad del contrincante al respecto es patente.

La agresión debe ser “ilegítima”, verbigracia antijurídica, lo que excluye la posibilidad de legítima defensa de legítima defensa. La defensa debe ser “necesaria”, o sea la acción del agredido debe ser la menos dañosa a su alcance para repeler el ataque.

b. – Falta de provocación suficiente por parte de quien se defiende: “la provocación es la conducta anterior, que da motivo a la agresión, y que se desvalora como suficiente cuando hace previsible la agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales antisociales del agresor.” 140

c. – Necesidad racional del medio utilizado para compelerla: No es necesario que haya proporcionalidad entre el daño eventualmente causado por la agresión, y la lesión inferida al atacante. (Ejemplo: una mujer puede matar al agresor que quiso violarla), sin embargo se requiere la racionalidad del medio utilizado para compelerla. Aquí, apelamos nuevamente al criterio de necesidad anteriormente explicado.

2.1.2.– *Legítima defensa de un tercero* (art. 34 inc. 7 del C.P.): El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior (agresión ilegítima y necesidad racional del medio) y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

2.1.3.– *Legítima defensa presunta o privilegiada:* se entenderá que concurre legítima defensa 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 sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

2.2.– El estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 del C.P.)

“El que causare un mal para evitar un mal mayor inminente a que ha sido extraño.”

Según Bacigalupo, el estado de necesidad se plantea de dos formas:

a. – por colisión de bienes o intereses: se requiere un peligro inminente, es decir seguro o muy probable de la afectación al bien jurídico que se quiere salvar. El bien salvado debe ser de mayor importancia o jerarquía que el sacrificado. “La comparación de bienes no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales

b. – por colisión de deberes: En este rubro ingresa la justificante prevista por nuestro ordenamiento en el art. 34 inc. 4 del C.P. en cuanto establece “*el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho o cargo.*” Este supuesto se rige por las mismas pautas que el anterior, sin embargo, la diferencia está dada que, ante la colisión de deberes de igual jerarquía. El ejercicio de un derecho importa la realización de un acto que no está prohibido, situación por la cual la conducta sería atípica.

2.3.– El consentimiento del ofendido:

Así, cuando el consentimiento está previsto como un elemento del tipo, por ejemplo en el delito de violación de domicilio (art. 150 del C.P.), la voluntad expresa o presunta en favor de la práctica de la diligencia por parte del morador, excluirá a la tipicidad.

Cuando la conducta del agente importe la lesión de bienes jurídicos ajenos, el consentimiento del interesado excluirá la antijuricidad.

Los requisitos de un consentimiento eficaz, son los que se enumeran a continuación:

- a.– Debe recaer sobre bienes disponibles. No son tales la integridad personal o la vida. Ejemplo: no puedo consentir que otro me mate.
- b.– Debe ser anterior al hecho, pues si es posterior se transforma en perdón.
- c.– Es retractable por el interesado, en cualquier momento, antes de la comisión de la conducta consentida.
- d.– Debe haber sido otorgado por un sujeto con capacidad de decisión.
- e.– No puede haber sido obtenido mediante engaño o amenaza.
- f.– No puede provenir de un error de la víctima.

g.- El consentimiento presunto o tácito, es decir cuando no es expreso, se rige por los mismos parámetros que el anterior; y es válido sólo en la medida en que se mejore el bien jurídico tutelado.

2.5.- El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación:

El conflicto que se plantea sobre el punto es determinar si la existencia de eximentes putativas constituye un error de tipo, uno de prohibición o una tercera categoría llamada error sobre la justificación.

Se trata de los casos en que el autor cree actuar amparado en una causa de justificación, no obstante falta alguno de los presupuestos objetivos para configurar esta.

Ejemplo: En una noche oscura, observo que un sujeto cruza la calle y se dirige hacia mí. En el entendimiento que voy a ser atacada y creyéndome amparada en legítima defensa, golpeo al individuo causándole lesiones. Sin embargo, el hombre cruzó para pedirme un cigarrillo. Así, faltará, en el supuesto, la agresión ilegítima.

El art. 35 del Cód. Penal: antijuricidad disminuida.

En el caso se prevé el exceso en las justificantes. La norma establece que “el que se hubiera excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito de culpa o negligencia.”

UNIDAD XI: LA CULPABILIDAD

1.4.- Concepto y elementos que conforman la culpabilidad:

Culpabilidad es reprochabilidad por el hecho cometido. Es la capacidad del autor de conocer y comprender el injusto penal (acción, típica y antijurídica) y de auto determinarse (motivarse) conforme a dicha comprensión.

En consecuencia, se observan dos momentos: uno cognitivo (intelectual) y otro volitivo (voluntad).

Elementos:

a. - *Capacidad de motivación en sentido estricto (imputabilidad):* “es la capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber.” **148** Requiere capacidad de comprender la criminalidad del acto y capacidad de dirigir el mismo conforme a dicha comprensión.

Son inimputables:

a. 1. - Los menores:

La ley 22.278 establece el régimen de minoridad penal y su trámite (de lectura obligatoria).

Así, los menores de 16 años serán inimputables.

De 16 a 18 años, tendrán una capacidad disminuida. No serán imputables respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, con multa o inhabilitación. Es punible el menor de 16 a 18 años que incurriera en un delito que no fuera los enunciados.

A partir de los 18 años de edad el menor es plenamente imputable y juzgado como mayor.

Al punto se agrega la reciente ley Nro. 26.061 que establece un sistema de protección integral de niños, niñas y adolescentes en consonancia con la Convención Internacional de los Derechos del Niño; y reemplaza la antigua ley 10.093 sobre patronato de menores

a.2. – Alteraciones morbosas o insuficiencia de las facultades: (art. 34 inc. 1 del C.P.).

No es punible, el autor que en el momento del hecho, por alteraciones morbosas o insuficiencia de sus facultades no haya podido comprender la criminalidad del acto. En cuanto al concepto de enfermedad mental (alteración morbosa) se presentan las llamadas psicosis endógenas o exógenas.

Las primeras tienen origen interno. Encontramos entre ellas a la esquizofrenia y la locura maníaco depresivo.

Las endógenas tienen origen externo, como ser la ebriedad, la drogodependencia.

Zaffaroni crítica esta teoría, pues dice presenta un problema insuperable, a saber: al momento de la comisión del hecho el sujeto es inimputable, mientras que al procurarse la inimputabilidad no hay tipicidad. “No se puede con dos conductas diferentes armar un delito, tomando la pretendida culpabilidad de una acción atípica (beber) y completándola con la tipicidad de un injusto inculpable (lesionar).” 149

b. – Posibilidad de conocer el injusto o desaprobación jurídico-penal: desaparece la culpabilidad cuando el autor actuó en error sobre la antijuricidad. A diferencia de lo que ocurre con el dolo –que requiere conocimiento efectivo–, la antijuricidad se conforma con el conocimiento potencial, es decir la posibilidad de conocimiento.

Entonces, se podrá reprochar la conducta al autor si no estuvo consciente de la antijuricidad de su actuar, pero debió haberlo sabido.

b.1. – Teorías:

– *Teorías del dolo:* estas doctrinas tienen en común considerar al dolo como elemento esencial de la culpabilidad y a la consciencia de antijuricidad como parte integrante del mismo.

– *Teoría estricta del dolo:* sostiene que para el dolo es esencial la consciencia actual de antijuricidad (dolo + consciencia de antijuricidad = dolo malo o desvalorado). No habrá tal, cuando el agente presupone: a) la existencia de una causal de justificación, b) la existencia de una causal que excluya la responsabilidad por el hecho, c) cuando hubiese ignorado la norma prohibitiva. Si el error era inevitable, se excluye el dolo y la culpabilidad; caso contrario, de resultar salvable, deja subsistente un remanente culposo.

– *Teoría restringida del dolo*: se conforma, en ciertos casos, con la conciencia potencial del ilícito, como componente del dolo. En tal sentido, sólo una falta importante de dicha conciencia será asimilable al dolo. Se entiende que actúa con negligencia grave aquel que demuestra desprecio o indiferencia frente a los valores vigentes de la sociedad.

– *Teorías de la culpabilidad*

– *Teoría estricta de la culpabilidad*: (tesis sustentada por los finalistas Argentinos, en su mayoría) Según esta concepción, la conciencia de antijuricidad no pertenece al dolo y es examinada como componente individual dentro del estrato de la culpabilidad. Se entiende a esta, como un juicio de valor según el cual se le puede reprochar al agente su conducta por no haberse motivado conforme a la norma, cuando pudo haberlo hecho.

– *Teoría limitada de la culpabilidad*: considera que un error sobre los presupuestos de una causa de justificación es un error de tipo, no de prohibición. La sistemática utilizada por los partidarios de esta tesis es similar a la de los “elementos negativos del tipo”.

b.2. – Error de prohibición: La categoría de marras, consiste en un error sobre la antijuricidad de acto con pleno dolo de tipo. El error de prohibición habrá de clasificarse como “*directo*” cuando recaiga –valga la redundancia– directamente sobre la norma prohibitiva, e “*indirecto*” cuando lo haga sobre una justificante.

UNIDAD XII: LA PUNIBILIDAD

a.– *Excusas absolutorias*: “son aquellas circunstancias que excluyen la punibilidad, sin afectar el ilícito o la culpabilidad.” Responden a múltiples factores de naturaleza extra penal, entre los que se puede señalar, en algunos casos, por Ejemplo: art. 185, la necesidad de preservar el núcleo familiar frente al avance indiscriminado del derecho penal. “Las excepciones personales especiales tienen más bien la consecuencia de que el merecimiento de pena del hecho queda excluido de antemano o anulado después.”

Jescheck distingue dos clases de excepciones personales a la punibilidad:

a.– *Causas personales de exclusión de la pena*, que son circunstancias que, para anular la punición, deben concurrir al momento de la comisión del hecho. Ejemplo: privilegios de parentesco (art. 185 del C.P.).

b.– *Causas personales de anulación de la pena*, que se producen después de la comisión del delito y anulan la punibilidad con carácter retroactivo. Así, el indulto, la amnistía, la prescripción son ubicados en este rubro.

b.– *Condiciones objetivas de punibilidad*: “Las condiciones objetivas de punibilidad son circunstancias que se encuentran en relación directa con el hecho, pero que no pertenecen ni al tipo de injusto ni al de la culpabilidad.”¹⁵⁴ Si bien se aproximan al dolo de tipo, en lo que atañe a la culpabilidad, sólo interesa su concurrencia o no, de tal manera que al autor se lo castigará por realizar su conducta dolosa o culposa, siempre y cuando concorra la condición objetiva al momento del hecho o con posterioridad al mismo. La presencia de una condición objetiva de punibilidad, impide la aplicación de las reglas de las tentativas para el delito en cuestión.

Ejemplo: El artículo 83 del C.P. tipifica la instigación o ayuda al suicidio, que establece una condición objetiva de punibilidad. Así, sólo se penan dichas conductas en la medida que “el suicidio se hubiese tentado o consumado.”

De igual manera, el art. 1 de la Ley Penal Tributaria (Nro. 24.769), que tipifica la evasión simple, y establece como condición “que el monto evadido excediese la suma de cien mil pesos por cada tributo y por cada ejercicio anual.”

c.– *El error sobre la punibilidad*: En general, la doctrina no admite el error sobre la punibilidad, sin embargo, la tendencia actual es considerarlo relevante.

Así, *Zaffaroni, Alagia y Slokar* reconocen a una categoría de errores exculpantes especiales, a saber:

a.– la falsa suposición de una situación objetiva de necesidad exculpante, o de los presupuestos objetivos para configurar la misma;

b.– la falsa suposición de causas de exclusión de la punibilidad (error sobre la punibilidad).

UNIDAD XIII: LA TENTATIVA

Las etapas de realización del hecho punible doloso, también llamadas “*iter criminis*”, son las que se enumeran a continuación:

a.– *Ideación*: el autor proyecta el fin propuesto, el plan y los medios para concretar el mismo (proceso interno).

b.– *Preparación*: el agente dispone los medios con mira a crear las condiciones necesarias para alcanzar su meta (proceso interno).

c.– *Ejecución*: existe tal, cuando el sujeto comienza la utilización de los medios seleccionados para urdir su plan y alcanzar su objetivo, en el mundo exterior.

d.– *Consumación*: cuando logra el fin o resultado propuesto.

FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

2.1.– Teoría objetiva: la tentativa es punible porque implica un peligro para el bien jurídico protegido.

2.2.– Teoría subjetiva: la tentativa es punible por el disvalor de acción del autor, por su voluntad hostil a la norma.

Se ha sostenido que no es suficiente para la tentativa, el dolo eventual. Sin embargo, esto no es cierto, por cuando si el mismo satisface la consumación, lo mismo acontece con la tentativa. No hay tentativa de delito culposo.

PRINCIPIO DE EJECUCIÓN

- a.– *Teorías negativas*: que sostienen es imposible la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos, por lo que habría que penar, también, a los primeros.
- b.– *Teoría formal objetiva*: habrá principio de ejecución cuando el agente comience a realizar una parte de la acción típica (núcleo del tipo).
- c.– *Teoría material objetiva*: incluye en la tentativa las acciones que por su conexión causal con el contexto de la acción típica, aparezcan como parte integrante de aquella.
- d.– *Teoría individual objetiva*: determinan el comienzo de ejecución apelando al plan del autor y la cercanía de la conducta realizada con el interés social tutelado.

4.– LA TENTATIVA INIDÓNEA

El art. 44, último párrafo, del Cód. Penal establece: “Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.”

4.1.– Inidoneidad del sujeto activo (autor): es el caso del agente, que sin tener los requisitos requeridos por el tipo legal para ser autor (delitos especiales propios), comienza la ejecución de la acción típica. Ejemplo: quien, en la creencia de ser funcionario público, acepta una dádiva para hacer o no hacer algo relativo a sus funciones, cuando en realidad no es tal (delito de cohecho).

4.2.– Inidoneidad en el objeto: son los casos en que la característica del objeto sobre el cual recae la acción, impiden la consumación del resultado típico. Por Ejemplo: Intentar matar a una persona muerta.

4.3.– Inidoneidad en el medio: son los casos en que los medios utilizados para alcanzar la meta propuesta por el autor, no resultan aptos a tal fin. Ejemplo: Querer matar a alguien mediante una poción mágica.

En el delito imaginario o putativo, el agente cree hacer algo prohibido por ley, entonces habrá un error de prohibición al revés. En cambio, en la tentativa aparente, hay un error de tipo al revés. Ejemplo: Quien se quiere apoderar de algo, en la creencia que es ajeno, cuando en realidad es suyo.

5.– TENTATIVA ACABADA E INACABADA

5.1.– Tentativa acabada o delito frustrado: se da cuando el autor realizó todos los actos necesarios para concretar su plan, no obstante, por circunstancias ajenas a su

voluntad, el resultado no se produjo. Ejemplo: Puso una bomba para volar un shopping, pero la misma no se activó conforme a lo planeado.

5.2.– Tentativa inacabada: se da cuando el agente interrumpe la ejecución, previo realizar todos los actos necesarios, según su plan, para alcanzar la meta propuesta.

6.– EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

El art. 43 del Cód. Penal establece que el autor no estará sujeto a pena cuando desistiese voluntariamente del delito. Esto no favorece a los partícipes del hecho.

Los requisitos son los que se enumeran a continuación:

6.1.– Tentativa inacabada: que el agente omita realizar las acciones tendientes a lograr la consumación del delito, es decir que interrumpa su plan.

6.2.– Tentativa acabada: el autor debe impedir la producción del resultado típico, mediante un hacer activo.

El desistimiento es voluntario cuando:

6.3.– Es anterior al descubrimiento del hecho.

6.4.– No responda a la imposibilidad momentánea, basada en una acción del sistema penal, que impida la práctica el plan al agente. (Ejemplo: Sonó una sirena, viene la policía, etc.).

6.5.– No responda al convencimiento de la imposibilidad de ejecutarlo por causas ajenas a su voluntad.

6.6.– Es definitivo.

UNIDAD XIV: LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Posiciones que niegan la diferencia entre autor y partícipe:

– *Concepto unitario de autor:* todos los que contribuyan, causalmente, a la comisión del delito, independientemente de la relevancia de su aporte, van a ser considerados autores.

– *Concepto extensivo de autor:* los partícipes e instigadores son también autores, descriptos en otros preceptos jurídicos de la parte general, que convierten a su ilícito en específico. De tal manera, se establecen restricciones a su punibilidad.

Posiciones que distinguen entre autor y partícipe:

– *Teoría subjetiva:* se base en la actitud subjetiva de los partícipes frente al hecho.

Autor es aquel que quiere al hecho como propio. Partícipe es el que colabora en un hecho ajeno. El primero, tendrá “animus auctoris”, el segundo, “animus socii.”

- *Teoría formal objetiva*: Autor es quien realiza personalmente el hecho, es decir de propia mano. Esta teoría falla en la autoría mediata.
- *Teoría final objetiva*: es la seguida por la doctrina mayoritaria. Autor será la persona que tenga “dominio del hecho”. Se considerará tal, a quien tiene la potestad del curso causal de la ejecución, al que decide sobre el sí, el cómo y el cuándo.

2.1.– Autor directo: es quien realiza personalmente la conducta, es el que tiene en sus manos el devenir causal del suceso. Quien, para la comisión de un hecho, se vale de una persona que no realiza acción, es autor directo.

2.2.– Autor mediato o indirecto: es aquel que no realiza personalmente la conducta, sino que utiliza a un tercero como instrumento, persona esta que no comete injusto o delito (según la tesis que se siga).

LA COAUTORÍA

“Habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse.”

La coautoría requiere los siguientes presupuestos:

- Que todos los intervinientes tengan co-dominio funcional del hecho.
- Que exista un plan común para la realización del hecho (decisión común al hecho).
- Que cada uno realice un aporte objetivo a la producción del suceso durante la etapa de ejecución, ello mediante división de tareas.

3.1.– Momento del aporte: La diferencia de la coautoría con la participación necesaria está dada por el momento en que los agentes realizan su aporte:

Así, las personas que realizan una contribución, sin la cual el hecho no hubiera podido cometerse, durante:

- *la ejecución*: serán co-autores.
- *los actos preparatorios*: serán partícipes primarios o necesarios.

3.2.– Autoría convergente: Se da en los casos en que la pluralidad de actores acuerdan realizar individualmente un hecho, cada uno suficiente, por sí mismo, para la afectación del bien jurídico.

3.3.– Autoría colateral (paralela, concomitante o accesoria): existirá tal cuando una pluralidad de autores, en el mismo momento y en el mismo lugar, realicen individualmente el hecho en su totalidad, sin acuerdo previo. Cada autor tuvo, en

forma individual, dominio del hecho y es responsable solamente por lo que ha querido, es decir por su dolo.

4.- LA PARTICIPACIÓN

4.1.- Definición: La participación puede ser definida como un aporte doloso a un injusto doloso de otro, a título de instigación o complicidad.

Así, la participación es un hecho accesorio, pues presupone intervenir en un hecho ajeno. Siempre es dolosa, no hay participación culposa; ni participación dolosa en el hecho culposo de un tercero.

4.2.- Accesoriedad de la participación: Dijimos recién, que la complicidad es accesoria al hecho principal del autor. En consecuencia, a los efectos de poder aplicar pena al partícipe, son necesarios una serie de requisitos que se enunciarán a continuación.

4.3.- Instigación: Instigador es el que determina o induce en forma dolosa y directa a otro, para la comisión de un injusto doloso. Es el que le crea, directamente, el dolo al autor. Si el agente ya estaba decidido a cometer el hecho de antemano, no habrá instigación.

4.3.1.- El agente provocador: es el que instiga a otro a la tentativa o comisión de un delito determinado, a los efectos de colaborar con una investigación policial.

Se dice que esta conducta practicada por los agentes del orden estaría inmersa en el estado de necesidad, sino hay otra forma de descubrir el delito, o también, en el cumplimiento de un deber o consentimiento de la víctima.

4.4.- Complicidad primaria y secundaria

Cómplice es quien ayuda o coopera en forma dolosa en el injusto doloso de un tercero.

Cómplice primario es quien presta una ayuda sin la cual el delito no podría haberse ejecutado. La ayuda tuvo que haber sido dada en la etapa preparatoria, pues, de haber sido perpetuada durante la ejecución, habría co-dominio funcional del hecho y por lo tanto co-autoría.

Cómplice secundario es el que presta cualquier clase de colaboración que no es indispensable para la comisión del hecho, durante cualquier etapa, desde la preparación hasta el agotamiento.

4.5.– Comunicabilidad de las circunstancias: son las consecuencias de la culpabilidad personal y la accesoriedad de la participación prevista por el art. 48 del C.P. Así, se establece que las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quien correspondan. Tampoco, tendrán influencia aquellas cuyo efecto es agravar la penalidad, salvo el caso en que fueran conocidas por el partícipe.

UNIDAD XV: LOS DELITOS CULPOSOS

Se define como culposos a aquellos ilícitos cometidos por un agente con negligencia, imprudencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes a su cargo (Ejemplo: Arts. 84, 94, 189, etc.).

2.1.– Culpa consciente o con representación: en el caso, el autor se representa la posibilidad de la producción de un resultado típico, sin embargo, confía en su destreza, o en su buena suerte para evitar el mismo.

2.2.– Culpa inconsciente o sin representación: se dará cuando el agente, a pesar de encontrarse en condiciones de ello, no se represente, como posible, la producción de un resultado típico. En consecuencia, no tuvo conocimiento porque no lo actualizó, o porque ni siquiera pensó en ello. Así, a diferencia del dolo, en la culpa, el conocimiento será potencial; es decir el autor no se representó, pero tuvo que haberse representado la lesión al bien jurídico.

3.1.– Negligencia: la misma está relacionada con la culpa inconsciente, con el olvido, la omisión, el descuido o la inacción. Esta forma de culpa se caracteriza cuando el autor, por la violación a un deber de cuidado, no ha previsto, cuando tuvo que hacerlo, la posibilidad de un resultado contrario a derecho.

3.2.– Imprudencia: es la falta de prudencia, templanza, moderación o buen juicio. Imprudente es el que actúa con culpa consciente. El imprudente actúa en forma atrevida, se excede en su acción, realizando algo que debió evitar.

3.3.– Impericia: carece de pericia, aquel falto de experiencia y/o habilidad en una ciencia o arte; el ausente de conocimientos o preparación para desempeñar su profesión o actividad.

3.4.– Inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes a su cargo: en este caso, se verifica la existencia de normativa preexistente al hecho, cuyo incumplimiento presupone “*per se*” la causación de daños a la integridad física o bienes de terceros.

5.1.– Cuando el agente actúa dentro del riesgo permitido. Luego, la autorización legal para ejecutar comportamientos riesgosos excluye la imputación. Ejemplo: Lesiones producidas en el tráfico automotor, sin violar la reglamentación vigente.

5.2.– Cuando rige el principio de confianza. No infringe el debido cuidado la conducta de quien confía en que el otro se comportará de manera correcta, mientras no existan razones para dudar u opinar lo contrario.

UNIDAD XVI: EL DELITO DE OMISIÓN

Este último es un concepto normativo, pues no consiste en un simple no hacer, sino en no cumplir con una obligación legal de actuar en cierta forma, cuando se tiene capacidad para ello.

2.1.– Omisiones Propias: contienen un mandato legal de acción que debe ser cumplido. Así, resulta indiferente si se evitó o no la lesión del bien jurídico.

Caracteres:

2.1.a. – Se encuentran tipificadas en el Código Penal.

2.1.b. – Por lo general, pueden ser cometidas por cualquier persona (Ejemplo: art.108 del C.P.), salvo que se trate de un delito especial propio (Ejemplo: art.249 del C.P.).

2.1.c. – No tienen un tipo activo equivalente.

2.1.d. – Basta con la mera omisión, verbigracia, no requieren la producción de un resultado típico.

2.2.– Omisiones impropias: contienen un mandato de evitar la producción de un resultado, que pertenece a un delito de comisión. “Este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido no están expresos en la ley.

2.2.2.– La posición de garante: se da en los delitos de omisión impropia. Surge de la estrecha relación o vínculo del autor con el bien jurídico amenazado que lo obliga a resguardar su integridad.

Las fuentes clásicas de posición de garante son tres:

a.– *La ley:* dicha característica está reconocida en la norma que establece una obligación de asistencia y protección entre parientes cercanos. Por Ejemplo: el matrimonio, la patria potestad, la familia, etc.

b.– *El contrato:* la posición puede asumirse contractualmente. Basta la asunción fáctica, aunque el documento sea nulo. Por Ejemplo: médicos, enfermeros, guardavida, nodriza, etc.

c.– *La injerencia*: la garantía surge también de un actuar precedente peligroso. Por Ejemplo: aquel que atropella en la calle a otro, aunque sea sin culpa, tiene la obligación de impedir un resultado más gravoso.

Otros autores, como Welzel, incluyen una cuarta categoría, a saber:

d.– *La especial relación de lealtad*: creado para suplir lagunas del derecho, que, a su vez, se divide en dos sub-clases:

d.1.– *La comunidad de vida*: posición de dos personas que conviven en un mismo hogar. Por Ejemplo: concubinos, amigos, etc.

d.2.– *La comunidad de peligro*: protección asumida de manera recíproca frente a situaciones comunes de peligro. Ejemplo: el ascenso común a una montaña de un grupo de exploradores.

LA TIPICIDAD SUBJETIVA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

Se puede hablar de un “cuasi dolo” donde falta o, por lo menos, difiere el aspecto es necesario que el autor:

a.– sepa la existencia de una situación generadora del deber de actuar;

b.– tenga conocimiento de que puede cumplir el mandato o evitar la producción del resultado.

c.– Tenga conocimiento de la posición de garante (en los impropios). De lo contrario, hay un error de prohibición.

5.– LA OMISIÓN CULPOSA

Zaffaroni señala que la culpa puede surgir de la falta de deber de cuidado al apreciar:

a) la situación típica, b) al ejecutar el mandato, c) la posibilidad fáctica de ejecución, d) la posición de garante.

6.– LA PARTICIPACIÓN

Se discute si es posible la participación omisiva en el delito comisivo de otro. Ejemplo: el caso del esposo que no evita la muerte de su mujer en manos de su amante.

Parte de la doctrina, entiende que sólo es viable cuando el que omite tiene posición de garante (como en este supuesto).

LA TENTATIVA DE OMISIÓN

Dice Welzel que “se trata de la omisión de la tentativa de impedir el resultado. Si la persona que se estaba ahogando se salva por un acontecimiento imprevisto, la persona que no ha actuado no ha ‘hecho la tentativa de omitir la salvación’, sino que ha omitido hace la tentativa de salvarla”

1.- UNIDAD DE ACCIÓN

Para determinar si nos encontramos frente a una o varias acciones, se deberá de tener en cuenta el:

a.- el factor final: es el fin que se propone el agente, en consecuencia, habrá que apelar al plan del autor y determinar si hubo un dolo unitario. Una acción siempre está constituida por una pluralidad de actos físicos aislados, aunados por una voluntad final. Ejemplo: si un sujeto coloca una bomba y mata a diez personas, no hay diez actos, sino uno con pluralidad de víctimas.

b.- el factor normativo: es el enjuiciamiento jurídico-social de la conducta, a través de los tipos penales. Ejemplo: si una persona sustrae un arma de fuego para cometer un robo, estaremos en presencia de dos ilícitos: un hurto y robo a mano armada, pues el primer hecho ya fue desvalorado por el legislador y tipificado como delito, de manera independiente al último.

2.- DELITO CONTINUADO

El delito continuado, como unidad de acción, responde a la realización sucesiva de un dolo general. Aquí, se dan varias acciones típicas, antijurídicas y culpables individuales, que responden a un plan unitario de autor. Luego, en algunos casos, la repetición de conductas no implicará la existencia de un concurso real, sino un mayor contenido de injusto que será evaluado como un solo hecho.

3.- EL DELITO PERMANENTE

El autor crea un estado antijurídico que perdura en el tiempo. Así, de manera continua realiza el tipo penal. Sin embargo, es considerado como unidad de acción.

Ejemplo: la usurpación, el secuestro extorsivo, la privación ilegítima de la libertad.

4.- EL CONCURSO DE DELITOS

4.1.- Concurso ideal o formal: (art. 54 del Cód. Penal)

Se da cuando existe una única conducta que se adecua a varios tipos penales que no se excluyen entre sí. Hay unidad de hecho con pluralidad típica. Si la conducta viola varias veces la misma norma, el concurso será homogéneo.

Ejemplo: una persona tira una bomba y mata a tres personas. Se le imputarán tres homicidios en concurso ideal.

4.2.- Concurso real o material: (arts. 55 y 56 del Cód. Penal)

El autor comete una pluralidad de hechos independientes entre sí que se subsumen en varios tipos penales. Ejemplo: se le imputa un robo y una estafa, acontecidos en diferentes circunstancias de tiempo, modo y lugar.

4.3 Unificación de penas y condenas (art. 58):

4.3.1. – hipótesis de unificación de condenas: Esta situación se da cuando una persona condenada, debe ser juzgada nuevamente por otro hecho distinto cometido con anterioridad a esa condena.

4.3.2. – Unificación de penas: esta hipótesis se verifica cuando un penado debe ser juzgado nuevamente por un hecho nuevo cometido después de esa condena, más precisamente mientras se encuentra cumpliendo la pena.

4.4.– Concurso aparente de leyes:

Dar los siguientes casos:

a.– *de especialidad:* la ley especial excluye a la general

b.– *de subsidiariedad:* ciertos delitos se aplican siempre que el hecho no constituya otro más severamente penado

c.– *de consunción:* un tipo descarta a los otros porque consume o encierra materialmente su contenido:

c.1.– cuando un delito es la forma normal de comisión del otro (Ejemplo: art.

c.2.– la situación del hecho posterior impune, que queda consumido por el delito previo. Así, el aprovechamiento del botín. Ejemplo: el agente que luego de perpetrado el robo, destruye la cosa ajena. Cuando se lesione un nuevo bien jurídico, el hecho posterior es punible. Por Ejemplo:, vender la cosa robada a un comprador de buena fe.

UNIDAD XVIII: LAS PENAS

1.– LAS PENAS

Principales en nuestro Código Penal son la de reclusión, prisión, multa e inhabilitación (art. 5).

La conminación se puede realizar de la siguiente forma:

a.– *separada:* se aplica una sola sanción (art. 83 del C.P.).

b.– *alternativa:* el juez elige entre una u otra (art. 79 del C.P., reclusión o prisión)

c.– *conjunta:* se aplican dos penas unidas (art. 84 del C.P., prisión e inhabilitación).

Son *accesorias* aquellas penas que derivan de la aplicación de una pena principal.

Ejemplo: inhabilitación absoluta (art. 12), decomiso (art. 23), reclusión accesoria por tiempo indeterminado (art. 52).

Las penas en nuestro sistema son *relativamente indeterminadas*. Debe establecerlas el magistrado sobre la base de un espacio de juego delimitado por los máximos y mínimos, fijados en la parte especial, para cada uno de los delitos, a tenor de las reglas previstas por los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

RECLUSIÓN Y PRISIÓN

Ambas son penas privativas de la libertad. La primera, tiene un modo de ejecución más riguroso que la última (arts. 6, 7 y 8 del C.P.), con posibilidad de realizar trabajos públicos.

Diferencias:

a.– no se puede aplicar detención domiciliaria para las penas de reclusión, sí para las de prisión que no excedan los 6 meses de tratarse el imputado de una persona mayor de 60 años, mujer honesta o valetudinaria (art. 10 del C.P. y 33 de la ley 24.660);

b.– es diferente el cómputo de la libertad condicional (art. 13 del C.P.);

c.– difiere el cómputo de la prisión preventiva (art. 24 del C.P.);

d.– no se puede imponer condena condicional de reclusión (art. 26 del C.P.);

e.– las escalas de reducción de pena en la tentativa o participación no coinciden (arts. 44 y 46 del C.P.);

f.– tienen diferentes mínimos (prisión, 15 días –art. 243– y reclusión, seis meses –art. 93 del C.P.–);

g.– la reclusión es más grave que la prisión (art. 57 en función del art. 5 del C.P.).

LA MULTA

Es una pena pecuniaria consistente en el pago de una suma de dinero fijada en la sentencia (art. 21 del C.P.). Algunos autores dicen que tiene naturaleza retributiva (Núñez, Creus), otros (Zaffaroni), reparador o resocializador.

Dogmáticamente cumple varias finalidades:

a.– represión de delitos leves, dolosos o culposos (arts. 99, 103 del C.P.);

b.– sanción única de delitos graves (arts.270);

c.– como agravante (art. 260, segundo párrafo);

d.– como complementaria (art. 22 bis).

El juez debe establecer el monto tomando en cuenta los máximos y mínimos legales previstos en la parte especial, los principios generales del art. 41 y la situación económica del penado.

4.- LA INHABILITACIÓN

Consiste en la privación o suspensión de uno o más derechos. Tiene reminiscencias de lo que en la antigüedad implicaba una “capitis diminutio” tan grave, que el reo se convertía en un muerto civil.

4.1.- la inhabilitación absoluta: “se aplica porque la naturaleza de la conducta hace incompatible con ella el ejercicio de los derechos que se priva.

4.2.- La inhabilitación especial: Es una pena privativa de derechos tendiente a limitar las actividades del sujeto en ciertos ámbitos en cuyo ejercicio cometió el hecho punible (Ejemplo: médico, conductor de vehículos automotores que causan lesiones o muerte). Tiene un sentido asegurativo, a los efectos de prevenir la reiteración de ese mismo tipo conductas por parte del imputado.

4.3.- Rehabilitación: (art. 20 ter. del C.P.)

Se prevé la rehabilitación de la inhabilitación absoluta, como pena principal, si la persona se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquella –de ser temporal– o durante diez años –cuando fuera perpetua– y, a su vez, –en ambos casos– ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Si la pena fuera de inhabilitación especial, será rehabilitado transcurrida la mitad de ésta–de ser temporal– o el plazo de cinco años – de resultar perpetua– y –en ambos casos– si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

5- OTRAS PENAS ACCESORIAS

a.- *Decomiso*: importa la pérdida de los instrumentos utilizados para cometer el delito y de las ganancias o cosas provenientes de este, a menos que pertenezcan a terceras personas ajenas al hecho. Dichos efectos serán aprovechados por los estados nacionales, provinciales o locales; serán enajenados o, eventualmente, destruidos (ver art. 23 del C.P.).

b.- *Inhabilitación absoluta accesorio* (art. 12 del C.P.) de carácter obligatorio, para todas las penas que superen los tres años de prisión o reclusión, por el tiempo de condena, lo que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo a la gravedad del delito.

c.- *Incapacidad civil*: accesorio a la condena mayor a tres años de prisión o reclusión (art. 12), por el tiempo que dure la pena. El fundamento es la imposibilidad fáctica de

ejercer ciertos derechos, a saber: ejercicio de patria potestad, administración de bienes y disposición de estos por actos entre vivos. El reo queda sujeto a curatela.

d.- *Reclusión por tiempo indeterminado como accesoria a la última condena*: cuando la reincidencia fuera múltiple, siempre que se den las condiciones del art. 52 del Cód. Penal.

6- MEDIDAS DE SEGURIDAD

La distinción entre las penas y las medidas de seguridad responde a la calidad de imputable o inimputable del autor de un delito.

Las primeras, sientan su base en el principio de culpabilidad, las segundas, en la peligrosidad del agente. Así, la persona que presente alteraciones morbosas o insuficiencias de sus facultades que le hubiesen impedido, al momento del hecho, comprender la criminalidad del acto, deberá ser absuelta.

A diferencia de las penas, las medidas de seguridad no tiene duración fija, por cuanto el justiciable permanecerá recluido en el nosocomio destinado al efecto, hasta tanto cesen las condiciones que lo hagan peligroso.

UNIDAD XIX: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

“Es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente.” Comprende varios aspectos, tales como: la fijación de pena, su suspensión condicional, las tareas, las reglas de conducta, la extinción, la exención, etc.

DETERMINACIÓN. *Soler* distingue dos maneras de efectuar la operación:

a.- *Sistema de circunstancia agravantes y atenuantes genéricas*: algunos códigos establecen en su parte general, una serie de enunciados y precisiones de la forma en que el juez deberá estimar un hecho como más o menos grave. Por

Ejemplo: El Cód. Penal de 1887 determinaba que el magistrado partía del término medio de la escala que correspondía al delito y de allí subía o bajaba según la existencia de agravantes o atenuantes.

En otros sistemas hasta se establece un quantum, de manera que el funcionario deba realizar operaciones aritméticas para fijar el castigo para el caso en concreto.

b.- *Sistema de libre arbitrio judicial*: la ley deja al arbitrio del juez la facultad de determinar la pena, como acontece en nuestro país. Sin embargo, no es un sistema subjetivista, pues debe adaptarse a las previsiones de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal.

2.- PRESUPUESTOS

a.- *Temporal*: el penado a reclusión o prisión perpetua debe haber cumplido treinta y cinco (35) años de condena (artículo según ley 25.892). Antes eran veinte (20) años.

El condenado a pena privativa de la libertad temporal superior a los tres (3) años, dos tercios (2/3) de la condena.

El sentenciado a prisión por tres (3) o menos años, ocho (8) meses de prisión.

El condenado a reclusión por tres (3) años o menos, (1) un año de reclusión.

b.- *observancia con regularidad de los reglamentos carcelarios*: conforme a la ley

24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, que establece un régimen de progresividad. El juez deberá requerir informes al establecimiento carcelario, quienes ilustrarán sobre la disciplina del reo en el penal. La evaluación es materia jurisdiccional.

c.- *Informes de peritos*: dictámenes médicos o psicológicos que pronostique, en forma individual y favorable, la reinserción social del encausado.

4.- CONSIDERACIONES

– La libertad condicional no se concede a los *reincidentes*. Tampoco para los delitos previstos en los arts. 80 inc. 7, 124, 142 bis, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo, del Código Penal (art. 14 del C.P.). Los reincidentes, sin la accesoria del art. 52, podrán obtener la libertad asistida que implica el egreso anticipado y su reintegro al medio libre, seis (6) meses antes del agotamiento de la pena temporal (art. 54 de la ley 24.660).

– La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiera un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos, no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad –a diferencia de lo que ocurre con los incumplimientos de las demás reglas de conducta– (art. 15 del C.P.). Para supuesto de la violación de residencia, la ley 24.660 prevé la posibilidad de prisión discontinua o semidetención (art. 35 inc. e).

– La pena se extingue transcurrido el término de la condena o el plazo de cinco (5) años señalado por el art. 13, sin que la libertad condicional haya sido revocada (art. 16) Este artículo presenta un error, por cuanto se refiere al plazo de (5) cinco años que fijaba el texto originario de la norma citada, que ahora fue modificado a diez (10). Así, la ley 25.892 alteró el art. 13, pero se olvidó del 16, en este punto.

– Ningún penado a quien se le haya revocado la libertad condicional puede volverla a obtener nuevamente. Zaffaroni y Núñez refieren que esto sólo es en relación a ese

mismo delito, pero no respecto de un nuevo hecho cometido a futuro. Esto es lógico si se toma en cuenta lo previsto por el art. 53, que faculta a los reclusos por tiempo indeterminado a solicitarla otra vez.

- El art. 53 del C.P. hace referencia a la concesión de la libertad condicional para los multirreincidentes, transcurridos cinco años de la reclusión por tiempo indeterminado.
- Los arts. 505 al 510 del Código Procesal Penal regulan el trámite procesal

UNIDAD XXI: LA CONDENACIÓN CONDICIONAL

1.– NATURALEZA

Zaffaroni la define como “una condena sometida a condición resolutoria” que suspende su ejecución durante un período de prueba. Es decir, dados los presupuestos legales, el juez se encuentra facultado para dejar en suspenso el cumplimiento de la pena.

2.– REQUISITOS PARA SU CONCESIÓN

a.– *Temporal*: primera condena a prisión que no exceda de tres (3) años –aún para supuestos de concursos de delitos– (art. 26 del C.P.). El alcance de primera condena deberá interpretarse de manera sistemática con el art. 27, segundo

Párrafo, que faculta su obtención por segunda vez. La comisión de un delito anterior no obsta la concesión si dio lugar a una pena de multa o inhabilitación.

b.– *Condiciones materiales del pronunciamiento*: el juez deberá evaluar la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar un castigo de efectivo cumplimiento. La decisión judicial en tal sentido deberá ser fundada, bajo pena de nulidad.

ART. 27 DEL C.P.

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

UNIDAD XXII: LA REINCIDENCIA

El art. 50 del C.P. establece que “habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de la libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena...”

Zaffaroni y Sal Llargues¹⁸¹ la definen como “una consecuencia agravatoria de la situación de una persona sometida a un juicio penal actual, derivada de la circunstancia de que esta persona ya ha sido condenada con anterioridad por otro delito.”

DISTINTOS SISTEMAS

a.– reincidencia real o verdadera: es el que exige para su declaración que el sujeto haya cumplido en forma total o parcial la pena de prisión o reclusión impuesta – sistema Argentino–. En consecuencia, no podría declarárselo reincidente en una segunda condena, cuando la primera fue de ejecución en suspenso.

b.– reincidencia ficta: este sistema no requiere el cumplimiento efectivo de pena, basta con la existencia de una condena privativa de la libertad anterior.