

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Universidad Católica de Salta

Subsede Gendarmería Nacional

Buenos Aires

2000

TEORIA DEL DELITO

Sumario: I) Concepto y función. II) Escuelas y Teoría del Delito; 1) Escuela Clásica; 2) Escuela Positiva de Derecho Penal Italiana; 3) Escuelas Eclécticas; 4) Escuela Dogmática o Técnica–Jurídica; análisis de la ley, definición de delito. III) Definición analítica o estratificada. IV) Valor de la definición. V) Adecuación típica.

TEORIA DEL TIPO PENAL O DE LA ADECUACION

Sumario: I) Concepto. II) Adecuación típica y pena. III) Origen del tipo como instituto. IV) Función limitadora del tipo. V) Elementos integrativos del tipo: 1) verbo o frase verbal; 2) elementos objetivos; 3) elementos normativos; 4) elementos subjetivos; 5) sujetos; 6) circunstancias. VI) Tipos simples y calificados.

TEORIA DE LA ACCION

Sumario: I) Concepto de acción. II) Carácter específico. III) Elementos de la acción: 1– Subjetivo: querer interno; 2– faz subjetiva: a) actuación voluntaria –comisión–omisión–comisión por omisión. b) resultado; delitos de resultado; delitos instantáneos, permanentes o continuos, continuados; materiales y formales. IV) Teoría de la causalidad –distinción– teoría de la condición equivalente, delito de la causa adecuada.

ANTI JURIDICIDAD

Sumario: I) Concepto. II) Objetividad de la comparación valorativa: 1) Teoría objetiva de la antijuridicidad; 2) Teoría subjetiva de la antijuridicidad. III) Antijuridicidad sustancial. IV) Rechazo total de la suprallegalidad. V) Forma de encarar la antijuridicidad por la ley.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Sumario: I) Teoría de la justificación: concepto. II) Amplitud operativa de la justificación. III) Libertad y justificación. IV) Cumplimiento de la ley. A) cumplimiento de un deber; B) legítimo ejercicio de un cargo...; C) legítimo ejercicio de autoridad...D) legítimo ejercicio de un derecho. V) Legítima Defensa. A) Legítima defensa en el Código Penal Argentino. Clases legales. B) Legítima defensa simple. C) Agresión ilegítima. D) Peligro. E) Bienes jurídicos defendibles. F) Defensa. G) Lesión a los bienes jurídicos del agresor. H) Falta de provocación de la víctima. I) Legítima defensa privilegiada. J) Defensas mecánicas. K) Legítima defensa putativa. VI) Estado de Necesidad. A) Bienes salvables. B) Características del mal amenazado. C) Comparación estimativa de bienes. D) Bienes de igual rango. VII) Exceso en la justificante. A) Concepto y amplitud. B) Formas de exceso. C) Situación del que incurre en exceso. D) Punibilidad.

IMPUTABILIDAD

Sumario: I) Distinción entre lo objetivo y subjetivo del delito. II) Condición específica del sujeto. III) Imputabilidad. IV) Mínimo de condiciones. V) Forma legal de regular la imputabilidad: 1) fórmulas psiquiátricas; 2) fórmula psicológica; 3) fórmula psiquiátrico-psicológica-jurídica. VI) Letra del Código Penal Argentino. Análisis: 1) insuficiencia o alteración morbosa de las facultades; 2) Inmadurez (menores de edad); 3) Estado de inconsciencia. VII) La ebriedad.

CULPABILIDAD

Sumario. I) Ubicación temática. II) No hay delito sin culpabilidad. III) Elementos: a) momento normativo de la culpabilidad; b) momento psicológico de la culpabilidad. DOLO. IV) Dolo. Valor conceptual. V) Teorías. Secuencias necesarias; 2) dolo indirecto, dolo eventual. VIII) Dolo general. Culpa. IX) formas de culpa. X) Teorías. 1) defecto intelectual; 2) defecto volitivo. XI) Formas de culpa. XII) Análisis del poder de evitación. XIII) La culpa en el Código Penal Argentino.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD – ERROR E IGNORANCIA Y COACCION

Sumario: I) Teoría negativa de la culpabilidad. II) Ignorancia y error. III) Alcance extintivo del error. IV) Error de hecho y de derecho. V) Error de derecho pena y error extrapenal. VI) Solución propuesta. VII) Requisitos del error-ignorancia. VIII) Efectos del error-ignorancia. IX) Error accidental. X) Justificante putativa. XI) Delito putativo. XII) Coacción. Concepto. XIII) Coacción y necesidad.

PUNIBILIDAD AMPLIADA – TENTATIVA

Sumario: I) Punibilidad ampliada. Concepto. II) Camino de delito. III) Elementos de la tentativa. IV) Fórmula legal argentino. V) Causa de la interrupción ejecutiva. VI) Comienzo de ejecución. VII) Tentativa y frustración. VIII) Punibilidad de la tentativa de delito. IX) Desistimiento. X) Delito imposible.

REINCIDENCIA

NE BIS IN IDEM. VIOLACION AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Sumario: I) Introducción. II) Objetivos. III) Ne bis in idem. a) Fuente de la garantía. b) Fórmula aplicable para la reincidencia. IV) Reincidencia: Sus dimensiones a) Reincidencia legal. b) Jurisprudencia. c) Efectos Jurídicos de la declaración de reincidencia. V) Reincidencia: Su ubicación dentro de la dogmática. Derecho Penal de Acto vs Derecho Penal de Autor. VI) Fundamentos de la reincidencia. Propuestas para su legitimación. Duro de aprender. VII) Conclusiones.

TEORIA DEL DELITO

Sumario: I) Concepto y función. II) Escuelas y Teoría del Delito; 1) Escuela Clásica; 2) Escuela Positiva de Derecho Penal Italiana; 3) Escuelas Eclécticas; 4) Escuela Dogmática o Técnica-Jurídica; análisis de la ley, definición de delito. III) Definición analítica o estratificada. IV) Valor de la definición. V) Adecuación típica.

• CONCEPTO Y FUNCIÓN

Siendo que el derecho penal se ocupa del delito y de su legal consecuencia que es la pena, adviene como necesario poseer de él un claro y preciso concepto con indicación de los principios de que parte, análisis de los elementos con que se maneja en su integración y su destino en la ley. Todo ello es lo que comporta la Teoría del Delito.

Se comprende así que no puede existir ninguna escuela de derecho penal que no tenga su propia Teoría del Delito; es decir, qué es lo que para ella es el delito.

En lo que hace a los principios de que se puede partir, se da el caso de que se lo haga elevándose al orden filosófico (derecho natural–ley suprema de orden–libre albedrío, o fatalismo naturalista–determinismo), para deducir de ello su propio concepto integral al que, luego, puede desmembrarlo en partes para su análisis; y con todo ello aspira a iluminar a la ley que le impone el fiel respeto de sus lineamientos para que se pueda admitir la existencia de delito. Todo se hace para llegar a la ley. Por esa razón es que se trata de teorías supralecales.

A ese grupo se enrolaron: la llamada Escuela Clásica, su opositora Escuela Positiva Italiana y sus eclécticas.

En cambio el otro punto de partida puede ser la letra misma de la ley positiva, a la que se la erige en dogma (principio admitido e indiscutido) para desentrañar estrictamente de ella qué es lo que ella acuña como delito. Paso a paso, de cada una de las previsiones positivas (ley vigente) va desentrañando los distintos elementos que, en su sumatoria, proporcionarán el concepto del delito de ese concreto orden jurídico positivo. No da un concepto integral para analizarlo luego, sino al revés: del análisis unitario y estratificado de la ley llega al concepto. Todo se hace partiendo de la ley. Por esa razón es que se trata de una teoría Técnica–Jurídica, exclusivamente legal.

Este es el grupo que se conoce como Escuela Dogmática.

En síntesis: todas y cada una de las escuelas de derecho penal tienen su propia Teoría del Delito; diferentes, por cierto, y por ello es que son diferentes las escuelas.

• ESCUELAS Y TEORIAS DEL DELITO

- **Escuela Clásica.** En su construcción supralegal o metajurídica, filosóficamente, anidando en el derecho natural, afirma la vigencia de un orden universal que el hombre, al que le reconoce su libre determinación actuante en el mundo exterior, lo rompe con su acto contrario a la ley de seguridad impuesta por el Estado. Y es por ello que concibe al delito como una contradicción entre el acto del hombre y la ley; una infracción. Es decir es una existencia que no es un hecho, ni una ley; es sólo un ente jurídico.

Es sobre tales elementos sobre los cuales se desarrolla toda la escuela y postula la pena como el medio de restablecimiento del orden roto por la infracción.

Lo que antecede se concreta en la definición con que el máximo jurista de la Escuela, **Francisco Carrara**, corona su teoría: *Delito es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

- **Escuela Positiva de Derecho Penal Italiana.** Dentro también de la supralegalidad o metajuridicidad, esta escuela, colocada en total antagonismo con la Clásica, niega el libre albedrío del hombre y sustentándose en una suerte de patología biológico–psiquiátrico–psicológica y social a la que puede estar sometido el hombre desde su nacimiento y durante su desarrollo, lo considera como directamente encaminado hacia el delito y, de tal modo, sobre la base de la naturaleza, afirma la vigencia del determinismo humano. Es decir, termina en la implantación de un principio filosófico.

Pero con todo ello no hizo sino definir al delincuente, hombre que comete delito, pero no decía qué es lo que este último era.

En este punto es donde aparece concretada la Teoría del Delito de esta escuela, con uno de sus expositores: Rafael Garófalo. Este consideró que lo que en la historia de la humanidad lo que se ofrecía como constante en los hombres eran sus sentimientos, y de ellos los más jerarquizados eran los de piedad y probidad, por lo que su ataque en la medida en que eran poseídos en cada época, constituía el delito. Esta es la Teoría del Delito en esta Escuela y sobre ella se desarrolló toda su temática.

Como la patología que sostenía que existía en el delincuente era la causa del delito, reniega de la pena como reacción e instituye medidas de seguridad reparatorias y recuperatorias de normalidad, que llamó medidas de seguridad, preferentemente curativas.

Se pone de manifiesto a esta altura cómo y con qué alcance la diferencia de sus respectivas teorías del delito, en la Escuela Clásica y en la Positivista Italiana, tornó no sólo diferentes a ambas, sino también en agresivamente antagónicas.

- **Escuelas eclécticas.** En el grupo de las escuelas que se enrolan en la supralegalidad o metajuridicidad –como lo eran las hemos citado– se alinearon también otras que, tomando algo de cada una de las que le precedieron –en lo que creyeron más conveniente– elaboraron su propia Teoría del Delito.
- **Escuela dogmática o técnico-jurídica.** Como ya se adelantó, esta escuela, surge en contraposición de las que, como la Clásica y la Positivista (y sus eclécticas), partían de principio filosóficos superiores y, desde una concepción integral de delito, descendían hasta la ley a la que aspiraban a informar de modo tal que si se aceptaba su elaboración tanto en su elaboración como en su interpretación –como concepto permanente de lo ilícito– habría delito y de lo contrario no. En síntesis, se iba del principio hacia la ley. La escuela que comentamos, parte de la ley expresa para elevarse a la definición. Para ella el principio indiscutido (dogma) es la letra estricta, permanente de la misma ley.

De la permanente observancia de la ley va extrayendo los elementos con los que construye la definición de delito.

El punto de partida estuvo en la necesidad de desarrollar la definición meramente formal de delito: delito es lo punible, que no hacía sino encerrarse en un círculo vicioso y repetitivo: delito es lo punible – lo punible es el delito. Pero si consideramos que la punición es la consecuencia del delito: ¿qué es el delito en sí mismo? Lo que torna necesario señalar cada uno de los elementos que lo integran, siempre partiendo de la letra de la ley penal.

- La observación de toda la parte especial del Código Penal, en cada una de las figuras penales que en ella se prevén, como así también en todas las leyes penales especiales, nos pone en evidencia que siempre a la descripción que todas contienen se la hace respecto de una actuación humana; un hombre –sujeto activo– hace o deja de hacer y con ella genera un cambio en el mundo exterior. Se repite: en todas las figuras delictivas siempre se describe acción humana (positiva: acción/comisión; o negativa: omisión).

Recogemos ese dato dogmático. **El delito es acción** y tenemos en esa forma el primer elemento de la definición que buscamos.

- Esa misma observación nos evidencia, luego, que la misma ley penal –Parte General del C. Penal– admite que en ciertas circunstancias que describe expresa y concisamente, se permite la realización de las conductas tipificadas; justificándolas, a través de esas previsiones especiales de la ley penal (cumplimiento de la ley–deber–autoridad o cargo, legítimo ejercicio de un derecho; estado de necesidad; legítima defensa), y conforme con todas las previsiones del orden jurídico en totalidad, en las que hubiere una permisión para actuar en esa forma. Cuando ese permiso no es dado por el orden jurídico, se dice que éste ha sido violado con la conducta materialmente prevista en la ley penal como acción. Esa violación (falta de justificación), de tal modo, resulta **ilícita o antijurídica**.

De tal modo la observación de la ley (en este caso a través de las previsiones del Código Penal todo el orden jurídico), nos evidencia otro de los elementos de la definición de delito: la antijuridicidad. Ella no es sino la relación de choque entre la acción típica y el resto del orden jurídico.

- Pero también esa misma observación de la letra de la ley penal nos pone de manifiesto que en todos los casos la acción que describe, es acción humana; y para que esa intervención humana se produzca (y no

opere el hombre como mera cosa) es necesaria la intervención de su psiquismo; la indispensable comprensión de la criminalidad de su acto y la voluntad de realizarlo. Esa calidad intelectual es la capacidad penal que se requiere en cada caso y es la que recibe la denominación de **imputabilidad**. Está prevista por la ley penal (Art. 34 inc. 1º del C. Penal), de modo que si no se la tiene, la acción antijurídica no es atribuible al sujeto porque en ella no intervino como sujeto inteligente. Actuó sin comprender ni dirigir.

Este elemento que viene a sumarse a los dos anteriores ya señalados, es la **imputabilidad**. Tenemos así un sujeto que sabía lo que hacía y lo quería (comprensión y voluntad sanas y útiles).

- Insistimos una vez más en la observación respetuosa de la ley vigente que es la premisa fundamental: el dogma.

Esa observación nos pone de manifiesto que, admitido que el sujeto es capaz de voluntad comprendida, la ley exige que en cada caso particular esa capacidad psíquica haya existido, se la haya ejercido y se haya actuado conforme a ella; se llegó al acto y su resultado conforme con lo que se previó, se valoró, se quiso, se condujo y se realizó.

Esta intervención psíquica que hace que la obra que ese sujeto, hombre concreto, realiza, sea su obra, es lo que se llama **culpabilidad**.

La ley (en el art. 34, inc. 1º 1ra. Parte –in fine– del C. Penal) quiere que el acto humano en el momento de su realización haya sido comprendido como disvalioso criminal y, no obstante ello, querido y realizado. Habrá variantes entre dolo y culpa, pero lo cierto es que lo que comprende el alma del delito es la **culpabilidad**.

De esa manera, surgido de la ley penal, tenemos el otro elemento de la definición de delito: la culpabilidad.

Fundados en estos elementos se llega a definir al delito como acción antijurídica, culpable y punible. Pero en este primer paso la tautología del predicado punible se conservaba; hasta que se admitió que lo de punible estaba de más, por cuanto era la consecuencia de la reunión de los otros elementos; por lo que delito era **acción antijurídica y culpable**.

En un paso más se la perfeccionó dándole un perfil específico y netamente especializado, válido únicamente para el derecho penal como regulador de conductas humanas muy concretas. Esta concreción se debió al trabajo de Ernest Beling, el que se señaló que no se trata de cualquier acción dañosa, sino sólo la que la ley penal concretamente describe en cada caso; con el daño que ella específicamente delimita; alcanzado y rechazado por todo el orden jurídico como lesivo sólo a través de la misma previsión concreta de la ley penal del caso; todo ello cumplido con comprensión y voluntad por un hombre capaz de conocer y decidir con ajuste a la descripción concreta hecha en la ley. Es decir: delito es sólo el daño que objetiva y subjetivamente describe la ley penal del caso.

Ese ser del delito se radica en lo que se denominó tipo. Este es un modelo descriptivo, un molde de conducta humana, mediante el cual la ley penal recorta con límites precisos y claros de la totalidad de acciones humanas, sólo algunas (por ser muy dañosas: contra la vida, la libertad, la seguridad, etc.) para, cuando se dan todos sus elementos señalados en ese molde, aplicarle como consecuencia, una pena.

Esa determinación descriptiva objetiva y subjetivamente hecha por la ley penal para cada caso es lo que es en concreto **ese delito**.

El tipo legal opera así como un seleccionador de algunas conductas humanas ilícitas, separándolas así de la totalidad del campo de los hechos ilícitos y, por convertidos en ilícitos penales, sancionados con pena, las erige en delitos.

Así en todos y cada uno de los elementos que hemos señalado (acción, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad) deben pasar, en cada caso, a través del **tipo legal**. Lo que no se adecue a él como molde, carece de valor para el derecho penal: es libertad.

Esa característica penal de pasar por el tipo legal es lo que se denomina tipicidad. Esta característica es propia y exclusiva del Derecho Penal.

Al agregarse el tipo como elemento del delito, surge la definición de delito dogmática o técnico-jurídica hoy aceptada: Delito es acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal. Que es lo mismo que decir: **1) Acción típica; 2) Antijurídica típica; 3) Culpable típica.**

• **DEFINICION ANALITICA O ESTRATIFICADA**

Esta definición de delito, lograda en la teoría de la escuela técnica-jurídica o dogmática, ofrece como carácter distintivo la de ser analítica-estratificada, porque, como se ha resaltado en el análisis de elementos efectuado para arribar a ella, se ha ido paso a paso superando cada elemento, como condición del siguiente, hasta arribar al total definitorio.

Es como subir una escalera en la que cada escalón deberá ser superado para acceder al siguiente –cada uno es un estrato de la elevación– hasta llegar a la totalidad.

Pero cada elemento-estrato (acción, antijuridicidad, culpabilidad) se integra a su vez, como teoría de la acción; teoría de la antijuridicidad o justificación; teoría de la imputabilidad; teoría de la culpabilidad.

A su vez, cada uno de esos estratos tiene su faz negativa. En virtud y como consecuencia de causas que se prevén en forma específica, esa etapa o estrato puede desaparecer, con lo que el análisis termina en ese estado y no hay delito. Por ej.: la faz negativa de la acción, se da cuando el sujeto actúa violentado por fuerza física irresistible con la que anula su decisión voluntaria contraria a actuar; no interviene su psiquismo.

El estrato antijuridicidad se elimina con lo que se conoce como causas de justificación (Por ej.: legítima defensa, estado de necesidad, etc.) Si la negación se da, se elimina la etapa y no hay delito.

Pasa lo mismo con la imputabilidad (causa negativa: alteración morbosa de las facultades...) y con la culpabilidad (error, ignorancia, coacción...).

• **VALOR DE LA DEFINICION**

Esta definición lo es respecto del delito en general; presunta en forma abstracta todos los elementos de que él se compone, mostrándolos como necesitados de contenido particularizado, concreto. No es sino un modelo genérico arquetípico. Sobre su base, dándole contenido específico a cada uno de sus elementos sobre la base de lo que en particular, en cada caso, se prevea en la ley para la particular realidad que se presente, surgirá el concreto delito de que se trata.

Pasando cada uno de los elementos a través del tipo (modelo específico individual) que corresponda al hecho concreto de la realidad, tendremos la acción descrita de ese delito (Por. ej.: en el caso de homicidio, la acción del tipo concreto (art. 79 C. Penal) será matar; y si en ese caso concreto no se da ninguna causa que justifique esa acción específica del caso (Por ej. matar en legítima defensa, en estado de necesidad...) ella –la acción específica– será antijurídica (Por ej. en este homicidio que señalamos como ejemplo, la acción de matar será antijurídica); en el caso concreto ofrecido por la realidad, el sujeto activo (Por ej. en el homicidio que ponemos como ej. el hombre que mató a otro injustificadamente) debe pasar también por el tipo a la particularización definitoria que demanda ese delito en concreto, para determinar si tenía capacidad concreta de comprender la criminalidad del acto –de ese acto– y dirigir sus acciones –la de ese delito– y si así fuese, se

tendrá a quien imputar esa muerte como su obra. Más aún, también pasará por el tipo concreto de que se trate el conocimiento concreto de lo disvalioso (criminal) del acto matar y el haberlo querido (voluntad) realizar y realizarlo, por lo que se le va a reprochar ese acto concreto; y esa será la culpabilidad de ese delito.

Queda claro de esta manera que en cada caso concreto que ofrece la realidad actuante de los hombres en lo que se pretenda que es delito, el análisis debe particularizarse a través del tipo penal que se considere aplicable a su caso. La función del juez no es la de aplicar una definición genérica (arquetípica) de delito, sino determinar si en el caso concreto se satisfacen sus elementos específicamente descriptos para ese caso concreto.

• **ADECUACION TIPICA**

De lo expuesto resulta que en materia penal no existen más delitos que los hechos humanos disvaliosos específica y concretamente descriptos por la ley en moldes cerrados por límites que impiden que la previsión como delito pueda extenderse más allá de ellos. Más allá de ellos: no hay delito, sino sólo libertad.

De ello resulta que en materia penal no hay una ilicitud genérica. Hay una ilicitud especificada para cada caso concretamente previsto. Por ello es que se dice que el delito es una solución discontinua de ilicitudes. Ello se debe al mandato constitucional del art. 19 última parte, en virtud del cual cada hombre es libre de hacer lo que la ley no le prohíba, y libre también de no hacer lo que ella no le mande.

Cada una de esas previsiones típicas que integran la ley penal demanda un contenido de hecho real y concreto para poder funcionar; pero dicho contenido tiene que ser exacto; tiene que insertarse en su molde sin que sobre ni falte nada; esa inserción se denomina adecuación típica.

SISTEMATICA DE TRABAJO DOGMATICO

En función de la definición que del delito proporciona, la Escuela Dogmática se propone trabajar con relación a cada uno de sus elementos, elaborando a su respecto la particular teoría de ellos. De este modo su teoría general del delito, se desmembra en 1) teoría de la acción; 2) teoría de la antijuridicidad o justificación; 3) teoría de la imputabilidad; 4) teoría de la culpabilidad.

Este es el orden que generalmente se sigue.

Pero se plantea un interrogante sobre si, como cuestión previa, no debe desarrollarse la teoría del tipo. A este respecto las opiniones se bifurcan y así:

- Los partidarios de que se la trate de inicio se fundan en el hecho de que si por definición todos los elementos integrantes del delito deben ser típicos, es decir: adecuados a una particular descripción cumplida concretamente en la ley penal aplicable al caso que la específica realidad presente; si esa característica se muestra como distintiva del hecho ilícito erigido en delito por la ley penal; a punto tal que la calidad tipicidad es propia y exclusiva del ordenamiento jurídico positivo penal, no queda ninguna objeción válida para que se la trate como previa al estudio de todos los otros elementos a los cuales el molde descriptivo que él implica les da su particular relevancia.
- En tanto, los seguidores de la postura contraria, sostienen que no existe tal premisa, como base del tratamiento previo, por cuanto ni la acción, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad en sí mismas, como elementos del actuar del hombre capaz, son creadas por el tipo en el campo del derecho penal. Ellos son propios de todos los hechos ilícitos y, por ende, su conceptualización, integración y regulación básica proviene de la teoría general de los hechos ilícitos y es previa a la acción del tipo en la operatoria generadora del delito.

De la totalidad de hechos ilícitos que prevé el ordenamiento jurídico positivo, la ley penal separa sólo algunos

por ser gravemente lesivos de bienes jurídicos altamente jerarquizados en el campo social en ese lugar y en ese momento. Todos ellos ya son, de origen, conducta humana generadora de consecuencias lesivas repudiadas por las normas legales. Siguen siéndolo cuando penetran al área penal por obra de la ley penal. Lo que ocurre es que esta última los limita dentro de fronteras descriptivas rígidas particularizando aspectos objetivos y subjetivos de la teoría general de los hechos ilícitos, configurando hechos ilícitos penales, a los que sanciona con penas, que son sanciones que se suman a las que, por ser ya hechos ilícitos civiles (generales), la ley civil les impone.

En síntesis: el tipo penal, como molde, describe lo que ya es; no lo crea. Puede particularizar, circunscribir, destacar rasgos; en función de garantía de seguridad y respeto recorta sólo lo que prohíbe y lo que manda, lo que impone el orden general.

Por tales razones no correspondería tratar la teoría del tipo de inicio. Pero a los fines, a los efectos, puramente didácticos, en un tratamiento de anoticiamiento para los que llegan por primera vez a esta materia y dado que en la definición de delito de esta Escuela Dogmática, se coloca como pivote central descriptivo al tipo, estimamos conveniente dar de inicio una noticia aunque sea simple de éste, sin perjuicio de que la cierre de todo el tratamiento se le dedique mayor profundidad.

TEORIA DEL TIPO PENAL O DE LA ADECUACION

Sumario: I) Concepto. II) Adecuación típica y pena. III) Origen del tipo como instituto. IV) Función limitadora del tipo. V) Elementos integrativos del tipo: 1) verbo o frase verbal; 2) elementos objetivos; 3) elementos normativos; 4) elementos subjetivos; 5) sujetos; 6) circunstancias. VI) Tipos simples y calificados.

• Concepto

El tipo penal, como instituto jurídico penal, es un modelo, más bien un molde descriptivo de conducta humana disvaliosa por ser lesiva del orden jurídico vigente, comprensivo tanto de su aspecto material u objetivo, como también del intelectual volitivo o subjetivo. Y como tal integra la ley penal seleccionando los recortes a la libertad con lo que ella prohíbe o manda con ajuste total a los principios constitucionales de exterioridad y reserva y el de legalidad (arts. 19 y 18 de la C.N.).

El tipo como molde, es un constituyente que demanda contenido de hecho que se conforme ajustadamente a su exigencia tanto objetiva como subjetiva. La realidad fáctica producida por el hombre, fiel cumplidor de los requisitos de ese modelo, es reclamada (como llamada) a insertarse dentro de sus límites y si tal inserción de aquélla dentro de éste se opera, sin sobrar ni faltar nada, se dice que hay adecuación o subsunción típica. Ese contenido, así, por ser típico es delito. El delito concreto previsto por ese tipo.

• Adecuación típica y pena

La pena no es sino la sanción que la ley penal impone al sujeto que desarrolla la conducta descripta en el tipo penal, como retribución y con una finalidad preventiva general para que, como amenaza, evite la realización, y como prevención para que si se hizo no se lo vuelva a hacer.

Por ello es que hay un sector de la doctrina que considera que la pena no forma parte del tipo penal, sino que es una consecuencia de su cumplimiento. Así delito sería sólo la satisfacción plena del tipo legal.

Otro, por el contrario, no llega a producir tan tajante y definitiva separación, y llega a señalar su consustanciación integrativa del delito en su existencia jurídica.

Respecto de esta posición debe recordarse que lo que se pretende como delito no es sino un hecho ilícito, gobernado por la teoría general de los hechos ilícitos, sacado por la ley penal del campo de éstos,

circunscribiéndolo y delimitándolo, con lo que, siendo ya ilícito general, se convierte, además, en ilícito penal. La diferencia sustancial entre uno y otro están en la sanción que se aplica a cada uno. La del ilícito penal, es la pena. Sin la pena, sólo será una selección pero sin relevancia penal.

• ORIGEN DEL TIPO COMO INSTITUTO

La ley penal alemana de 1871 en su párrafo 59, enfocando el error o ignorancia sobre el Thatbestand del delito regulaba sus consecuencias. Pues bien, el problema surgió con relación al significado del término legal, el que se indicó como thath=hecho y besthere=consistir. El error o ignorancia previsto por tal ley, no era sino referido a aquello en que el hecho o delito consiste.

Y esto último es precisamente lo que surge de la descripción de ese cuño descriptivo que es el tipo. De allí se incorporó a la doctrina.

• FUNCION LIMITADORA DEL TIPO

El tipo, como descripción particularizadora de conducta, recorta el campo total de actuación humana y extrae sólo algunas formas que define. Cada tipo es unidad definitoria. Es independiente de todos los demás. Ellos no se comunican entre sí; ni se integra el uno con el otro.

La plenitud jurídica que caracteriza al orden jurídico civil y que demanda llenar las lagunas que puedan existir recurriendo a la aplicación de situaciones análogas, principios generales del derecho, legislación comparada y principios generales (todo lo cual conforma la analogía), lo cual implica crear la ley aplicable a cada caso, no existe en materia penal. En ésta el número de ilicitudes punibles es cerrado; más allá de cada previsión; lo no previsto es libertad. Los vacíos, las lagunas de la ley no pueden ser llenadas por la analogía, que está prohibida.

Por esa función selectiva que cumple el tipo puede decirse que él tiene una función limitadora.

Esta última surge clara cuando encierra dentro de sus límites descriptivos *sólo una* conducta y ninguna otra, y de tal modo, este aspecto limitador afirma la vigencia del principio *nulla crimen nulla poena sine lege*, que con carácter de garantía de libertad impone el art. 19 de la Constitución Nacional. El tipo tiene una función garantista.

Pero además de ese aspecto, la fuerza limitadora se muestra en la descripción misma que integra la estructura técnico-jurídica.

En efecto, tal que como se lo redacte la descripción que en cada caso se logre, pondrá de manifiesto:

- el momento en que el delito se consume o que sólo quede en grado de tentativa;
- el grado que alcance la relación causal entre la conducta y su consecuencia (efecto); siendo que cada acto tiene infinitas consecuencias, el tipo puede recortar las que estime relevantes y desechar las otras.
- dado que el quehacer humano no es un mero segmento, sino que va precedido, primero, y seguido luego, de otras actuaciones, el tipo puede incorporar a su descripción o desechar a unas y otras.

Así como opera creativamente el tipo puede hacerlo también en cuanto a conductas simples o complejas.

En síntesis, el tipo opera dentro de estrictos límites que no permiten su extensión más allá de ellos; e impone dentro de ellos el único material con que se configura el delito de que se trate y sus distintas formas y circunstancias. Por ello la función del tipo es limitadora. Y por encima de todo: es garantista.

No debe dejarse de lado este aspecto; debe recalárselo por cuanto viene a reforzar la garantía fincada en la

ley específica y previa que prohíba o mande bajo amenaza de pena (arts. 18 y 19 C.N.), en tanto y cuanto al tipo, dentro de la ley penal, concentra toda la operatoria descriptiva e impone los límites de su garantía.

• ELEMENTOS INTEGRATIVOS DEL TIPO

El tipo es descripción de conducta humana disvaliosa.

Tal descripción se hace en la ley, por lo que debe ser escrita.

En ella y para ello se usa el lenguaje, sus palabras en su valor conceptual y su combinación, en la construcción sintáctica.

De tal modo distingúense los siguiente elementos:

- **Verbo o frase verbal.** Desde el momento mismo que lo que se describe en el tipo es actuación humana (acción u omisión), necesariamente debe usarse un verbo o, en situaciones, una frase verbal, que como demostrativo de actuación viene a convertirse en el núcleo de esa descripción (núcleo del tipo). Por ej.: ... el que matare a otro; el que se apoderare de una cosa...; el que privare a otro de la libertad...; el que entrare en casa o morada ajena....

Las distintas modalidades, tiempos e inflexiones de él y como se las una y combine, conferirán a la actuación descrita el sello y alcance que se aspirar conferirle: si la acción (verbo) se agota en un solo acto: mató, será delito instantáneo; si la acción (verbo) significa continuación: priva de libertad, será delito continuo o permanente... etc.

- **Elementos objetivos.** A los efectos de la descripción gramatical de conducta humana que el tipo implica, tras el empleo del verbo, en torno del cual se nuclea dicha descripción, se usan otras palabras denotativas de cosas, lugares, circunstancias, que denotando dónde, cómo, sobre qué, qué consecuencia, etc. opera el verbo núcleo. Palabras del lenguaje común cuyo valor conceptual es proporcionado por el diccionario del idioma. Estas palabras descriptivas materiales, con esta fuente, son las que se llaman elementos objetivos del tipo.
- **Elementos normativos.** Cuando en la descripción típica las palabras que se usan tienen una fuente conceptual especializada que las aparte del diccionario y las radica en: la ley, por ej. la palabra *cosa* no responde al idioma común, sino que legalmente suma a su materialidad un valor económico; la palabra cheque es una orden de pago, pero con los requisitos que la ley le impone. La fuente de valor puede ser también, la costumbre social, por ej. el valor de la palabra honestidad sexual; obsceno, pornográfico, todo lo cual va cambiando en las distintas culturas y en la evolución de las mismas. Ellas son las que se denominan elementos normativos del tipo.
- **Elementos subjetivos.** Así como en esa descripción se usan expresiones significativas de materialidades-objetividades, también para completar la descripción típica de la actividad, se usan expresiones de validez psíquica que como delimitadoras de la actividad contribuyen a describirla en su materialidad. Por ej. ... con ánimo de lucro; para satisfacer deseos propios o ajenos...; estado de conmoción violenta...; etc. Estos elementos se denominan elementos subjetivos del tipo.

No debe confundírseles con la culpabilidad. Ellos son descripción de actividad, y psíquicamente no valen más que lo que su letra vale: deseos, pasiones, ánimos, etc. En tanto que la culpabilidad es la intervención inteligente, valorativa y voluntaria que el sujeto activo de la conducta debe tener en cada caso que el hecho por él causado le sea atribuido como su obra.

- **Sujetos.** Por cierto que esa actividad descripta en cada tipo tiene un sujeto que, por el que la desarrolla y que en la frase típica es el que ejecuta el verbo, recibe el nombre de sujeto activo.

El tipo puede tomar al hombre en general, cualquiera, sin distinción, en cuyo caso la redacción será: El que...

hiciera...; dando origen a lo que se llama tipo simple, que son la mayoría.}

En otros casos, los menos, de esa generalidad selecciona a los que reúnen determinada característica que los distingue de los demás y particulariza su acción, como es el caso de: El funcionario público... que hiciera; El juez que dictare...; El testigo, perito o intérprete..., y de esta manera surgen los tipos especiales.

Si bien en todos los casos el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido: el dueño de la cosa en el hurto; el hombre matado en el homicidio, etc., y no es necesario que se lo cite en el tipo, hay casos en que por la naturaleza típica de la conducta, la descripción debe incluir la referencia del sujeto sobre quien recae la conducta, como es el caso del estupro (art. 120), que dice: ... cuando la víctima fuere mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince..., etc. y así el sujeto pasivo integra la descripción.

- **Circunstancias.** Casi siempre en la descripción típica se hace referencia en forma directa y con unidad operativa: el que matare...; el que sustrajere...; el que privare..., dando origen a lo que se llama tipos de formulación libre. En cambio hay casos en los que la formulación se hace circunstanciando operatorias posibles con unidad de fin, como: el que... con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida... o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño... defraudare a otro (Art. 172), en esos casos los tipos se rotulan como de formulación casuística.
- **TIPOS SIMPLES Y CALIFICADOS**

Todos los tipos penales encierran una descripción de conducta humana que tradicionalmente se las ha llamado figuras penales. Ellas se dividen en dos grupos:

- **figura simple o base:** que importa sólo la descripción sin aditamentos circunstanciales que puedan aumentarle o disminuirle gravedad. Esa descripción simple es el delito en sí y sin ella el delito no existe: el que matare a otro (Art. 79);
- **figuras calificadas:** pero a ese básico –que es el delito– se le agrega un complemento que lo califica: a) en mayor gravedad, como:el que matare (figura básica o simple) al ascendiente o descendiente..., con alevosía por precio... (figura calificada); b) en benignidad, como el caso del que matare (básico) en estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable (figura calificada). En éste último caso la gravedad es mucho menor y se traduce en un menor monto de pena, por lo que se llaman figuras privilegiadas.

A través del tipo van a pasar todos y cada uno de los elementos que integran el concepto genérico del delito y que específicamente en cada caso particular de que se trate, deberán pasar por el tipo concreto aplicable a ese caso.

TEORIA DE LA ACCION

Sumario: I) Concepto de acción. II) Carácter específico. III) Elementos de la acción: 1– Subjetivo: querer interno; 2– faz subjetiva: a) actuación voluntaria –comisión–omisión–comisión por omisión. b) resultado; delitos de resultado; delitos instantáneos, permanentes o continuos, continuados; materiales y formales. IV) Teoría de la causalidad –distinción– teoría de la condición equivalente, delito de la causa adecuada.

Esta teoría desarrolla todo lo que en orden a concepto, integración, estructura y efectos hace a la acción como elemento del delito según la definición técnico-jurídica que propone la Escuela Dogmática de derecho penal.

- **Concepto de acción**

Todos los idiomas son mezquinos en cuanto a proporcionar un vocablo que sea totalmente expresivo de lo que sea totalmente expresivo de lo que en esta teoría se quiere manifestar como constitutivo de la acción integrativa del delito.

Ello es así cuanto no se trata sólo del hacer por parte de un hombre, sino también del no hacer; no sólo cometer, sino también omitir, todo lo cual se resuelve en una actitud positiva o negativa del hombre que, tanto en uno como en otro caso, se estima y califica de actuación en el campo exterior y real que rodea al hombre, generando una modificación en él que reconoce como su resultado.

El cuadro que precede nos resalta que la palabra acción que usa esta teoría penal no es la común, sino una creación técnico-jurídica de validez conceptual penal en torno a la cual y por el contenido que le asigna gira todo su estudio analítico.

Más aún, la acción común significa operatividad causal que genera consecuencia, y de tal modo la hay tanto en la naturaleza por sus agentes fenoménicos (acción de las aguas, del viento, volcánica), que por cierto son excluidas del campo penal, como también en el campo humano, por lo que debe recortarse sólo ésta es la acción del hombre como ser dotado de voluntad dirigida a su actuación, lo que la jerarquiza como conducta y delimita el campo causal que interesa al derecho penal. Sólo la acción voluntaria.

A todo ello viene a sumarse el uso indiscriminado por la ley de vocablos como sinónimos, todos los cuales sufren de la misma insuficiencia señalada. Ellos son: hecho, acto, delito.

En síntesis: el término acción en la Teoría del Delito es de carácter técnico-jurídico y tiene el valor conceptual que especialmente la ley penal le asigna.

Por todo ello es que la acción es el hecho humano voluntario.

• **Carácter específico**

Es el elemento primario, básico esencial del delito; es el punto de partida inevitable de la definición analítica. Es de carácter material, existente en el campo de la realidad. Los demás elementos (antijuridicidad y culpabilidad) no son sino calidades que la adjetivizan y objetiva y subjetivamente.

Como actuación voluntaria, no puede ser confundida con la calidad personal de un sujeto, con lo que él es (peligrosidad), no con lo que él hace. Tampoco admite confusión con el mero desplazamiento del cuerpo humano por efecto de un movimiento reflejo, o mecánico del organismo, por cuanto en éstos no interviene la corteza cerebral y por ende no hay comprensión ni voluntad y ese movimiento no es conducta humana; es sólo una cosa.

• **Elementos de la acción**

La acción, en su validez técnico-jurídica que le hemos señalado, ofrece al análisis una estructura que se desenvuelve a través de tres pasos sucesivos: 1) subjetivo: querer interno; 2) objetivos: a) actuación voluntaria, b) resultado.

En realidad esa composición es la misma para toda actuación humana voluntaria, sea ella lícita o ilícita y, dentro de ésta: civil o penal. Lo que ocurre es que en esta última, a diferencia de las otras, es típica.

• SUBJETIVO: querer interno.

En el interior de la mente del hombre –en lo privado, íntimo e inabordable para los demás– nace una idea de una materialidad que se desea lograr. Esa idea da origen a la imagen de lo que se propone y frente a ella el sujeto la valora, analiza los medios de realizarla y le acopla su voluntad para ello. Todo esto se encuentra latiendo dentro de los estrechos límites internos; no hay atisbo de trascendencia exterior. Por ello se ha rotulado a esta etapa: querer interno.

Esta etapa es ineludible para poder admitir la existencia de la acción constitutiva del elemento que estudiamos. Es ese querer interno el que transforma la simple actuación, como mero desplazamiento o quietud corpórea, en acción-conducta, toda vez que como proyecto operativo se lanza a su realización impulsado por la voluntad.

Si bien, por su esencia, a la voluntad hay que reconocerle una finalidad que la conduce y nos impone contarla como voluntad final, desde el punto de vista analítico y en esta etapa inicial, en este primer paso en el camino del delito, la dividimos por considerar primero una voluntad de actuación (de movimiento o de quietud) de modo que ella misma sea voluntaria; después se considerará –admitido que el movimiento es voluntario– qué es lo que se pretende alcanzar con todo ello, es la voluntad final.

No olvidemos que la acción en la Teoría del Delito técnico-jurídica, no es la conceptualmente común, sino una creación jurídica que le otorga valor conceptual específico que ya hemos estudiado. Es por ello que este seccionamiento de la voluntad en las dos etapas analíticas indicadas es admisible.

Respecto de la estructura del querer interno, la introducción en él de elementos que lo coarten en su actuación libre lo llevan a su anulación, con lo que desaparece la participación subjetiva del sujeto en sus actitudes o movimientos. Ello ocurre con lo que neurológicamente se conoce como acto reflejo en el que la reacción motora del cuerpo se debe a un estímulo externo que cierra su ciclo causal en la médula espinal y no en la corteza cerebral, lo que le priva a la reacción de toda participación subjetiva; es meramente motora. Es lo mismo que pasa con los movimientos fisiológicos, como es el ritmo respiratorio, que en su automatismo escapan a la conducción voluntaria del sujeto.

Tampoco hay participación del querer interno del sujeto, sino que, por el contrario se lo excluye, en el caso de lo que se llama violencia absoluta (vis absoluta), resultante de una fuerza física irresistible aplicada por otro sobre un sujeto al que vence su querer interno que se resiste a efectuar la actuación que le impone materialmente; se anula su esfera intelectual, por lo que actúa como persona; sólo se lo desplaza como si fuera una cosa. Es como atar un sujeto, privarlo de todo y lanzarlo contra algo, con cuyo cuerpo se lo rompe; es lo mismo que haberle arrojado una piedra. Este caso está previsto en el art. 34 inc. 2º 1ra. Parte del C.P.

Distinto es el caso de la violencia moral resultante de una amenaza de sufrir un mal grave e inminente, efectuada por otro sobre un sujeto para obligarlo a hacer lo que el no quiere. Su querer interno se resiste, pero ante el grave mal del que va a ser víctima si no cede actuando, se determina a hacer lo que se le impone. Es incuestionable que aunque queriéndolo de inicio, amenazado terminó queriéndolo y actuó. Es el caso del que es amenazado de matarle un hijo, si él, no mata a otro sujeto; se opone, pero ante la amenaza, cede y mata al otro. Este es el caso previsto por el art. 34 inc. 2º 2da. Parte del C.P. Pero en este caso sí hay acción por cuando coaccionado quiso, hubo voluntad. Acción hay, pero se traslada la autoría del hecho realizado bajo violencia moral al que produjo esta última.

Al caso de la violencia absoluta, la ley, por vía de interpretación auténtica, art. 78 C.P., asimila el uso de hipnóticos o narcóticos.

También se enrola en este rubro de ausencia de querer interno, y por consecuencia de la acción-conducta, el caso de inconsciencia absoluta, total, como desaparición íntegra de la conducción intelectual.

Estas causales señaladas precedentemente son las que se rotulan como extintivas o faz negativa de la acción. En el estudio analítico de la definición de delito, el primer elemento de éste que es la acción desaparece cuando una de ellas se presenta. No hay acción. Y en su consecuencia el análisis termina porque no hay delito.

Cuando esta faz negativa no se presenta, en el caso existe querer interno y su destino es:

2) FAZ OBJETIVA:

La existencia ideal de lo propuesto, impulsada por la voluntad, sale del ámbito privado, íntimo, de la mente y se lanza hacia su conversión en realidad en el campo externo al hombre, se avanza hacia la existencia real.

- **Actuación voluntaria.** Esa salida no es una simple manifestación verbal, sino específica y concretamente de actuación en el campo de la realidad, en el que el plan interno del hecho propuesto se proyecta hacia el futuro para su concreción material. Pero esa salida del ámbito interno –íntimo y secreto– no se produce con una entrada en el campo externo pleno de luz y apreciable en su destino por terceros, por cuanto hay un tramo actuante que todavía es confuso o ignorado por ellos, que son los movimientos equívocos por cuanto pueden ser tanto lícitos como ilícitos (no para el sujeto activo que es el único que los conoce en su verdadero propósito).

Esa actuación material en el campo de la realidad, conducida por la voluntad del sujeto, se va concretando progresivamente en un punto de convergencia nucleado por el verbo típico de la figura penal de que se trate. En ese tránsito va perdiendo equivocidad; ello se debe a que se entra en el canal activo del verbo y ya hay sólo univocidad, lo que se hace para todos es apreciable, se está ejecutando.

Esa ejecución, por la forma de la acción, admite legalmente dos formas 1) comisión; 2) omisión.

- Comisión: casi todos los delitos son de comisión por cuanto su estructura típica se nuclea en torno a un verbo que describe actividad positiva –un hacer– a cumplirse en el campo de la realidad, de modo tal que ella, fiel y exactamente llevada a cabo por el sujeto activo, viola la norma que prohíbe su realización y ofende el bien que se aspira a proteger legalmente.

Así, sea ley penal se estructura del siguiente modo: 1) un bien jurídico protegido (por ej. vida); 2) una norma protegiéndolo, prohíbe ofenderlo (no matar) es decir es negativa; 3) un precepto típico que describe la actividad positiva: matar, con que se viola la norma y destruye el bien jurídico (Art. 79 C.P.).

- Omisión: algunos delitos son de omisión toda vez que su estructura típica se nuclea en torno a un verbo que, frente a una situación que el mismo tipo describe, implica negar el cumplimiento de lo que, en protección del bien jurídico que protege, la norma le manda hacer.

Así, en este caso el contenido sistemático de la ley penal es al revés de la comisión: 1) un bien jurídico protegido (la persona humana); 2) una norma protegiéndolo: manda hacer algo en su ayuda; un precepto típico que describe la negación (no prestar ayuda). (Art. 108 C.P.).

- Comisión por omisión: es ésta una creación doctrinaria, fundada en el ordenamiento jurídico positivo que, en síntesis, consiste en prever la realización de un delito comisivo (por ej. matar) usando como medio una omisión de algo que la ley impone realizar, cumplir. El ordenamiento jurídico positivo, en algunas de sus previsiones impone a determinados sujetos la obligación de hacer, como es el caso de la obligación que impone el Código Civil, en el régimen de patria potestad, de alimentar al hijo recién nacido. Esta obligación coloca al obligado (por ej. la madre) en posición de garante de la vida del nato. Si para matarlo, la madre no da de comer a su niño, violando su garantía, usa la omisión como medio positivo para matar.

Esa posición de garante que se impone a un sujeto para custodiar un bien jurídico de otro sujeto, puede surgir además de la ley, como lo hemos señalado, de un contrato. Por éste se asume el deber de cuidado y luego se usa como medio el no cuidado, para cometer el delito. Por ej. un guía montañista contrata con un turista guiarle en el ascenso de la montaña; luego para matarlo usa como medio la omisión de la custodia a que tenía obligación. Por el medio omisión, cometió. Con la negación, lo positivo.

A estas fuentes (ley–contrato) se suma la asunción de hecho de la garantía–custodia, por lo que se ha llamado situación preexistente. Se da el caso que sin ley, ni contrato, ante una emergencia (lesión grave en un accidente) alguien (médico) asuma la intervención; en ese mismo momento adopta la garantía de su paciente.

Luego al verlo se da cuenta que es un acérrimo enemigo, ante lo cual abandona su intervención a las resultas de lo cual el herido muere. Se presenta la misma relación de medio a fin que se citó anteriormente para los otros casos.

- **Resultado:** toda la etapa anterior se agota cuando la actuación voluntaria impacta en la realidad convirtiendo el proyecto ideal de lo que se quería alcanzar en realidad concreta de incidencia material o jurídica; se opera una suerte de autonomización del efecto logrado que supera, de tal manera, la actuación del sujeto. Ese efecto modifica el estado anterior de cosas en el mundo exterior; lo que era ya no es y aparece un nuevo estado, una nueva realidad (la vida ha sido sustituida por la muerte). Aparece así, el hecho. Esa consecuencia es la que se ha denominado resultado.

Es, por cierto, una consecuencia de la actuación, pero es de señalar que desde el punto de vista físico–natural las consecuencias de esa actuación pueden ser incontables, porque no se trata únicamente del núcleo perseguido, sino que incluye también modificaciones de toda índole que la acompañan e incluso estaban fuera de toda previsión. Esa extensión no es la querida por la ley, sino que ella en orden al delito, recorta por el tipo legal sólo el efecto que le interesa a los fines punitivos y es el que prevé por la letra típica, en función de la norma protectora que pone en acción en torno al bien jurídico que amuralla. Ese cercenamiento se aparta de la realidad física–natural y convierte al resultado, como parte de la acción penal, en un concepto técnico jurídico. Ello está dentro de lo que ya hemos señalado como función limitadora del tipo.

En función del resultado, como elemento de la acción, los delitos se clasifican en:

- **Delitos de resultado:** En ellos las consecuencias de la actuación voluntaria se concreta, por su incidencia en el campo de la realidad, sobre lo que se llama objeto material del delito (el cuerpo humano en el homicidio; la cosa en el hurto, etc.), modificando su integridad, lo que nos presenta un daño o lesión. Estos son los delitos de daño o lesión.

En otros casos la referida incidencia, como efecto de la actuación, no se produce sobre el objeto material dañándolo, sino que opera sobre el bien jurídico protegido –objeto jurídico del delito– amenazando su existencia, es decir: lo pone en peligro. Si este implica, por el valor del tipo, una particularización efectiva (caso del fuego con relación a una cosa concreta es incendio) da origen a los delitos de peligro concreto. En tanto, si la amenaza existe como mera posibilidad general (caso de la tenencia de armas) se da origen a los delitos de peligro abstracto.

- **Delitos instantáneos:** Son aquellos en los que la actuación externa puesta de manifiesto por el verbo típico se agota en un solo momento que es el de advenimiento del efecto típico –su resultado–. Claro resulta ello en el homicidio: la acción matar se agota en el momento mismo en que acaece la muerte, aún en el caso en que entre la lesión y aquélla pase un tiempo; no se trata de lesiones y muerte sino sólo ésta última. Lo mismo pasa con el hurto y casi todos los demás, porque su verbo típico se agota con el efecto.

Hay casos como ocurre con la usurpación (Art. 181, inc. 1º) en los que si bien es instantáneo porque su verbo típico: despojare a otro, se agota con el resultado privación, hay un efecto natural que es el de estar despojado que continúa en el tiempo como efecto natural no típico. Estos son los delitos instantáneos de efectos permanentes.

- **Delitos permanentes o continuos:** Son aquellos cuyo verbo típico nuclea una actuación voluntaria que se extiende en el tiempo –como tiempo de ejecución– hasta que ella cesa como tal actividad u omisión. Por ese valor típico del verbo se sigue cumpliendo a través del tiempo y cesa cuando deja de realizarse. Es el caso de la privación de la libertad, ocultar a una persona, sustraerse a prestar alimentos, todas las cuales muestran una duración a través del tiempo, hasta que se pone en libertad, hasta que se muestra, hasta que se dan alimentos. En esos momentos de cese se consuma el delito. Por ello estos delitos se llaman permanentes o continuos.

Es importante su distinción porque el tiempo de prescripción de la acción penal (la procesal para pedir en juicio la condena) comienza a correr en los instantáneos desde la media noche del día en que se consumó; en cambio en los permanentes o continuos, desde la media noche del día en que cesaron de cometerse (Art. 63 C.P.).

- **Delitos continuados:** Son aquellos que implican una sucesión de actos delictivos de la misma naturaleza materialmente separados en el tiempo, pero unidos todos por una unidad de propósito (subjétivamente); cada acto es un parcial del todo propuesto. Estos son los delitos continuados, por ej. el hurto de un collar de perlas, en el que se sustrae perla por perla, hasta llevarse todo, que es lo propuesto. Es una creación interpretativa pero no concreta de la ley, ante la necesidad de regular la prescripción de la acción penal procesal. Ella corre desde el día del último acto.
- **Delitos materiales y formales:** se relacionan en este aspecto nuevamente la actuación y el resultado, en cuanto en los materiales la primera incide real y objetivamente sobre el segundo, dejando en éste una modificación permanente que se autonomiza respecto de la actuación después de su agotamiento. Es el caso del homicidio en que cesada la acción de matar, su resultado muerte se perpetúa materialmente.

En cambio, en lo que hace a los formales, la actuación se agota en sí misma sin que sea necesario que se materialice ni autonomice; termina con la actuación, porque así lo impone el tipo. Es el caso de las calumnias (Art. 109 C.P.) en el que se trata de que se formule contra otro una imputación falsa de un delito, para que con la imputación misma, independiente de que alguien la haya creído, se perfecciona el delito. Formalmente también existe, pero no como materialidad sino sólo como lesión al bien jurídico protegido; es un resultado jurídico.

• TEORIA DE LA CAUSALIDAD

Se refiere nuevamente a la relación de la actuación voluntaria con el resultado, con el objeto de determinar en cada caso si el hecho sobrevenido en el campo de la realidad, es atribuible o no a la actuación de un sujeto como su resultado. Si el lazo o nexo entre ambos se acredita surge el autor físico-material-objetivo y el análisis continúa, así, a su respecto para los otros elementos del delito. En caso negativo, dicho análisis se corta a su respecto.

Físicamente los hechos advenidos en el campo natural son consecuencia de la concurrencia de infinidad de factores que obran en conjunto, directa o indirectamente. Por ello es que en lo que a nuestra materia se refiere es necesario determinar, concretamente, cuáles son esos factores. Ese es precisamente el objetivo que persigue la Teoría de la Causalidad.

Se han propuesto varias teorías al respecto. Pero de entrada debemos señalar que se las distingue en teorías de las condiciones y teorías de la causa.

En las primeras se toman todas las circunstancias que concurren al hecho, como sus condiciones sin distinción. En las segundas, sólo una o algunas, no ya como condiciones, sino como causa o causas dejando de lado las demás.

- Teoría de la condición equivalente:

Llamada también de equivalencia de las condiciones o de la *condictio sine qua non*, parte de la base de la concurrencia de todas las condiciones en un pie de igual en la generación del hecho. Pero todas son iguales, se integran entre sí. Basta con poner una en el juego de todas. Todas son equivalentes. Todas son causa.

Se pone como ejemplo doctrinario de la aplicación de ella, el hecho de que en la montaña, en un desfiladero una gran piedra obstruía el paso, por lo que un conjunto de hombres muy fuertes la empujaban infructuosamente para arrojarla al precipicio. Un niño se acercó e imitándolos empujó también y la piedra se

desplazó. La fuerza aportada por el niño, en la sumatoria de las de los hombres, fue una condición equivalente a todas las otras.

Es claro que la simple aplicación de esta teoría llevaría sin límites alguno a las más remotas atribuciones, como sería llegar a Adán y Eva por haber condicionado originariamente al sujeto que intervino. Por ello es que se propuso limitarla en su continuidad con la previsibilidad del resultado.

- Teorías de la causa.

De todo el conjunto de las condiciones que físicamente concurren a generar el hecho, se separa una que se considera causa. Sólo una entre todas. Ello sobre la base de que es la más cercana: teoría de la causa próxima; o que es más efectiva: teoría de la causa eficiente.

Dentro de ese grupo se perfila como más aceptada la de la causa adecuada que se basa en la regularidad estadística para mostrar que siempre que esa causa se presenta, la consecuencia se genera, sobre esa base la selecciona sobre las demás.

Para determinar en todos los casos el acierto de la selección, ya sea como causa entre todas las demás, como la admisión de la equivalencia de condiciones, se ha recurrido a un procedimiento consistente en suprimir mentalmente esa circunstancia y ver si con ello desaparece o no el resultado. Si es positivo es causa, caso contrario, no.

- **ACLARACION FINAL**

Esta concepción de la acción, como elemento del delito, es –ella– modificada en su estructura típica por la orientación finalista, dentro de la Escuela Dogmática. Ello por cuanto considera que la subjetividad de la acción es total y plena desde el inicio mismo de la idea como meta a alcanzar guiando a la voluntad como meta final. De esa manera estructura una descripción (tipo) material de la acción que llama tipo objetivo y conforme su idea del contenido subjetivo pleno, le achaca un tipo subjetivo, sacando del último elemento del delito: culpabilidad, toda la subjetividad y convirtiéndolo en un juicio de reproche formulado en contra del autor.

Nosotros hemos seguido la teoría tradicional, como la hemos explicado, agregándole las condiciones admitidas para precisar su alcance, tomando lo útil –integración– de la otra.

ANTI JURIDICIDAD

Sumario: I) Concepto. II) Objetividad de la comparación valorativa: 1) Teoría objetiva de la antijuridicidad; 2) Teoría subjetiva de la antijuridicidad. III) Antijuridicidad sustancial. IV) Rechazo total de la suprallegalidad. V) Forma de encarar la antijuridicidad por la ley.

- **CONCEPTO**

La antijuridicidad, como elemento de la definición del delito, consiste en la contradicción, en la relación de choque, del hecho típico con el orden jurídico total vigente. El valor aceptado por éste como deber ser, es comprometido, enfrentado por el disvalor del hecho.

Para poder arribar a esa comparación es indispensable que el hecho acaecido tenga la particularidad de adecuarse, encuadrarse, en la descripción que de él haya hecho la ley penal en su cuño típico; es decir, que se trate de un hecho típico. La determinación de ello no implica valoración alguna, sino sólo comparación del hecho con el tipo; allí no hay valor.

Luego de cumplido este primer paso, se enfrenta ese hecho de esa calidad con la totalidad de valor que implica el orden jurídico y se comprueba si se contradice o no. En el primer supuesto el hecho típico es antijurídico (ilícito). Así se habrá obtenido el segundo elemento de la definición de delito.

Estos dos pasos se sintetizan en la frase disonancia armónica de Carrara. Disonancia: con el orden jurídico; armónica: del hecho con el tipo.

• OBJETIVIDAD DE LA COMPARACION VALORATIVA

Discute la doctrina sobre la profundidad abarcativa que debe alcanzar la comparación; si ella debe ser sólo de hecho a ordenamiento (objetiva) o si debe ahondarse aún más y cubrir también la representación y voluntad del agente (subjettiva).

- Teoría objetiva de la antijuridicidad: es la que desglosa de la comparación de valor toda consideración sobre la subjetividad del agente. No se analiza al sujeto. No se tiene en cuenta si es capaz o no, ni si es culpable. Unicamente se reduce a determinar si el hecho mismo, como materialidad que irrumpe en el campo de la realidad, como nueva realidad, tiene la calidad de ser contradictor de los valores aceptados por el orden jurídico vigente.

Tal actitud no implica que se desconozca la causación humana del evento y que el hombre que lo cometió intervino en él subjetivamente, con conciencia y voluntad, como lo hace en todos los actos de su vida. No, no es así. Lo que ocurre es que en el análisis del delito, paso a paso se va avanzando respecto de cada elemento que da por cumplido, como presupuesto del siguiente. Sobre la base de un hecho típico, que resulta ser antijurídico, atribuido físicamente a un hombre, analizará en su momento si es culpable. No descarta este último elemento, sino que llega a su momento y ordenadamente al mismo, evitando que el desorden precipite adelantos sin presupuestos.

- Teoría subjetiva de la antijuridicidad: es la que impone la consideración de la subjetividad del agente desde el inicio mismo del análisis de ilicitud del hecho. Parte de la base de que no hay ningún hecho humano sin intervención subjetiva y que por consiguiente de inicio el agente conoce la ilicitud de su hecho, por lo que no hay antijuridicidad inculpable.

Se nota así que de inicio aparece la culpabilidad mezclada con otros elementos. A este respecto nos remitimos al análisis precedente afirmando el orden analítico y su razón.

• Antijuridicidad sustancial

El tratamiento de este punto, que es el núcleo del tema que tratamos, impone la previa aclaración distintiva respecto de rotulaciones que son ajenas a ese tema.

Se habla de antijuridicidad formal, la que en realidad no es tal, sino que se refiere a la adecuación típica de la acción; al simple hecho típico que se erige como término de la valoración cuando se lo enfrenta con los valores del orden jurídico, para concluir de ello si hay antijuridicidad. La simple adecuación del hecho al tipo no es antijuridicidad, es sólo un elemento de su determinación.

Por otra parte la llamada antijuridicidad material tiene un significado ajeno a la definición del delito en sí. Es la motivación social que el legislador tiene para insertar en la ley penal una conducta contraria a la aceptación social. Como causa legislativa será origen, pero no se incorpora como elemento de la descripción típica en la ley penal, ni como característica de la misma. Separamos así el campo social como generador, del jurídico regulador.

Nos queda libre de interferencias así, el campo de la antijuridicidad sustancial, la única relevante en este punto

de estudio de la teoría del delito. La que se refiere a la totalidad del orden jurídico vigente, como extremo de comparación valorativa en relación al hecho típico que se le enfrenta.

Esa totalidad jurídica está integrada por las normas legales vigentes pertenecientes a todas las ramas del derecho desde la Constitución Nacional para abajo, el que se encuentra informado por los principios de ella.

En ese orden jurídico se encuentran una serie de normas que excepcionalmente permiten cumplir conductas que en lo general son ilícitas; esas permisiones que justifican el quehacer, hacen que ésta sea lícito y desde el campo del derecho penal se llega a ellas a través de previsiones específicas de la ley penal que se conocen como causas de justificación.

Estas previsiones legales permisivas –justificantes– abren el campo penal a todo el derecho vigente, como son: el cumplimiento de un deber legal, el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, en las que hay por cierto una remisión a la previsión de que se trate en el caso particular. Por ej. El agente de policía que produce una detención, cumple la figura típica de privación de libertad; pero la ley que regula su función le impone hacerlo, se lo manda, respecto del delincuente. Así la privación es lícita. También es lícita la actitud del padre que castiga al hijo menor de edad, con finalidad educativa y moderadamente, porque tal actitud es permitida por la ley civil en las atribuciones de la patria potestad.

Pero también hay otras permisiones de específica actuación en el campo penal, como son el estado de necesidad (Art. 34 inc. 3º C.P.) y la legítima defensa (Art. 34 inc. 6º y 7º C.P.); disposiciones legales en que encuentran su regulación concreta y por cuyas mallas deberán pasar los hechos típicos en cada caso particular en que sea posible la justificación. Si se adecuan a las previsiones, el hecho típico no será antijurídico.

La conducta típica justificada lo es desde el momento inicial mismo; siempre fue justificada y por consiguiente nunca fue ilícita o antijurídica. Es decir: la justificante no opera retroactivamente, limpiando lo originariamente manchado; no es que se la descubra y de allí en más opere. Esto tiene suma importancia porque al no haber existido ilicitud nunca, nunca se generó responsabilidad ni penal, ni civil.

• RECHAZO TOTAL DE LA SUPRALEGALIDAD

Dijimos que el techo insuperable del orden jurídico positivo

al que éste debe conformarse y adecuarse en todos sus términos, es la Constitución Nacional. Por encima de ella no hay punto de referencia alguno, ni principios, ni esencias de cualquier índole.

El orden jurídico sustancial al que nos hemos referido en el punto anterior, proporcional seguridad jurídica; es la legalidad. Lo que se encuentra más allá de la Constitución es supralegalidad; es la inseguridad que flota en una entelequia que se convierte en base de arbitrariedades.

La presencia de supralegalidad permite que el análisis de antijuridicidad tienda su línea de comparación valorativa más allá del límite del ordenamiento positivo y entre a buscar permisiones o prohibiciones en una nebulosa interpretativa de carácter filosófico, social, religioso, cultural, etc. Que da oportunidad para extender o restringir los márgenes de permisión o aumentar la punibilidad, según el criterio del intérprete.

Ejemplo de esa supralegalidad es el de muchas teorías respecto, entre las que figura la de las normas de cultura, que parte de un concepto genérico de cultura construido sobre la base de que socialmente existen una serie de necesidades de todo orden, a las que habitualmente se las satisface de determinada manera generalmente uniforme y aceptada por todos. Esa corriente de solución aceptada conforma la cultura en un lugar y momento dados y se muestra en las artes, ciencias, modalidades sociales, políticas, económicas, etc.

Esas normas y principios culturales en esta teoría de supralegalidad, pueden llegar a ser referencia del juicio

de valor, que saltando por sobre el límite de la Constitución, sale del campo jurídico y penetra en el de los principios. La vigencia de ellos en el caso concreto debe ser aceptada siempre y cuando la ley positiva admita la referencia. Es decir los principios bajan al orden positivo por una previsión de éste.

El régimen nazi en Alemania del Tercer Reich levantó como principio superior de la Nación Alemana el de la superioridad de su raza y sustentado sobre él elaboró el del sano sentir del pueblo alemán. Sobre esa base construyó la estructura de su Estado. Y modificó el Código Penal de 1871, en su art. 2º en el que señalaba como fuente del derecho penal a la ley y le agregó, además, el sano sentir del pueblo alemán, con el que instaló la vigencia del principio de supralegalidad. Conocida es la historia de los atropellos humanos que se cumplió en función de la superioridad de la raza y su pureza y los alcances difusos e ilimitados del sano sentir del pueblo.

Nuestro régimen institucional, bajo la plena y absoluta vigencia de la Constitución Nacional, repudia la supralegalidad.

• FORMA DE ENCARAR LA ANTIJURIDICIDAD POR LA LEY

Ni nuestra ley penal ni ninguna otra de otra parte, ha encarado la sistemática enumeración positiva de las distintas formas de ilicitud porque con ello tendría que recorrer minuciosa y detalladamente cada uno de los rincones del ordenamiento jurídico vigente y sus interpretaciones, tarea auténticamente imposible y peligrosa por los olvidos o descuidos en que pueda incurrirse. Por esa razón y en función de sintética expresión, se impuso el sistema de señalar en la ley penal y a través de ella los casos excepcionales en los que no existe antijuridicidad (o ilicitud). Es el derecho positivo el que dispone las justificantes, es decir las causas en virtud de las que no existe ilicitud. Es decir, por vía de negación se aclara el campo pleno de la antijuridicidad; cuando no hay causa excusante, se da la antijuridicidad.

De tal modo es como el Código Penal Argentino en su art. 34 enumera: 1) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño (inc. 3º); 2) el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo (inc. 4º); 3) el que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias... (inc. 6º, a, b, c; inc. 7º. Y como consecuencia de la existencia de alguna de esas previsiones en el caso concreto, declara que el hecho no es punible, lo que ya hemos explicado es la forma legal de declarar la ausencia de delito, en este caso por ausencia de uno de sus elementos: la antijuridicidad.

Esas causales son las causas de justificación y ellas, que integran la teoría de la justificación, son el reverso o cara negativa de la ilicitud antijuridicidad.

Respecto de la amplitud de causas previstas es necesario decir que ellas son un número cerrado; son ellas y nada más, no existen otras, ni se admite que fuera de ellas y dispersas en el resto del ordenamiento penal y extrapenal pueda haber alguna otra, a la cual se le critica que es una posición mezquina y estrecha. Ello no es así porque: 1) el caso de la legítima defensa, como un verdadero cuño típico, tiene un alcance genérico respecto de todos los hechos que como contenido satisfagan ese continente; 2) el caso del estado de necesidad en las mismas condiciones típicas que el anterior opera con el mismo alcance; 3) en cambio, en el cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, hay una apertura muy amplia a todo el ordenamiento general en tanto se satisfagan los extremos y condiciones que él imponga. El límite está impuesto por las leyes, y si no hay previsión al respecto el hecho será ilícito. No se puede hablar, entonces, de mezquindad.

Ejemplo de lo que antecede sería, en el caso del estado de necesidad, el que representa el aborto terapéutico (art. 86 inc. 1º C.P.), que no es un caso autónomo de estado de necesidad, sino una previsión típica que viene a dar contenido a la fórmula justificante del art. 34 inc. 3º C.P., que absorbe hacia ella sus extremos típicos como contenido. Lo mismo ocurre con la fórmula de la legítima defensa, en cualquiera de sus formas (art. 34

inc. 6º y 7º C.P.) y respecto de los hechos típicos que satisfagan sus extremos; también opera por absorción. En cambio, en los casos de cumplimiento de la ley o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad o cargo, se produce una remisión que, con todas sus exigencias de la ley de que se trate, esa norma extrapenal establezca. Ejemplo: el policía que priva de libertad al delincuente in fraganti, cumple con el deber legal y sus exigencias de procedencia impuestas por la ley procesal penal y ley orgánica de la policía, a las cuales hay que remitirse y ellas darán contenido a la justificante que tratamos. Lo mismo ocurre con el legítimo ejercicio de un derecho; autoridad o cargo, en la ley que lo establezca.

No hay mezquindad alguna; está funcionando todo el orden jurídico en plenitud. Pero lo hace a través de los canales admitidos por la ley penal en las justificantes que hemos mencionado.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Sumario: I) Teoría de la justificación: concepto. II) Amplitud operativa de la justificación. III) Libertad y justificación. IV) Cumplimiento de la ley. A) cumplimiento de un deber; B) legítimo ejercicio de un cargo...; C) legítimo ejercicio de autoridad...D) legítimo ejercicio de un derecho. V) Legítima Defensa. A) Legítima defensa en el Código Penal Argentino. Clases legales. B) Legítima defensa simple. C) Agresión ilegítima. D) Peligro. E) Bienes jurídicos defendibles. F) Defensa. G) Lesión a los bienes jurídicos del agresor. H) Falta de provocación de la víctima. I) Legítima defensa privilegiada. J) Defensas mecánicas. K) Legítima defensa putativa. VI) Estado de Necesidad. A) Bienes salvables. B) Características del mal amenazado. C) Comparación estimativa de bienes. D) Bienes de igual rango. VII) Exceso en la justificante. A) Concepto y amplitud. B) Formas de exceso. C) Situación del que incurre en exceso. D) Punibilidad.

• TEORIA DE LA JUSTIFICACION: CONCEPTO

Ella integra la faz negativa de la antijuridicidad o ilicitud; las causas que en ella se prevén permiten, en casos muy estrictos, la actuación típica, justificándola de tal modo que ella es lícita o jurídica.

Ese efecto se debe a que, como ya lo dijimos, el extremo de que se haya producido una acción típica, es decir una actuación humana que se adecua a una descripción de la ley penal, no basta para considerar por eso sólo que hay un hecho ilícito; sino que para arribar a tal calificación es necesario comparar el hecho típico con todo el orden jurídico para comprobar si ese hecho respeta el deber ser que él impone o lo contradice.

No habrá contradicción cuando en ese orden jurídico, ya fundado en la ley o ya en la necesidad, hay un permiso para actuar típicamente. Esos permisos son las causas de justificación y toda la elaboración de sus principios y detalles que en su torno se realiza constituye en su totalidad la llamada Teoría de la Justificación.

• AMPLITUD OPERATIVA DE LA JUSTIFICACION

Es tal la amplitud operativa que tiene la justificación que su campo de comparación es el de todo el orden jurídico positivo, al que trasciende la ley penal a través de los canales que ella misma se impone y que en su texto se prevén expresamente en el art. 34 incs. 3, 4 y 6, 7 C.P.

La justificante que se busca puede fundarse:

- en la ley, en cuanto ella ordena directamente o manda que otro ordene por ella en las oportunidades que ella regula; situaciones que se sintetizan en: cumplimiento de un deber, o legítimo ejercicio de autoridad o cargo (art. 34 inc. 4º C.P.), pero que implican pasar con el hecho típico en consideración, por el canal de esta norma y entrar en el campo del ordenamiento jurídico en comprobación de la existencia de esa ley que ordene o mande.
- en la necesidad: en la consulta estricta de la actitud natural que en todos los casos es dable esperar del hombre enfrentado al peligro de sufrir la pérdida o disminución de un bien jurídico, generado por causas

naturales o la actividad de otro hombre, a todo lo cual el que enfrenta la situación ha sido extraño, se admite la acción típica que haya sido indispensable para defender el bien amenazado.

De esta manera y para cada supuesto causal, la ley penal acuña verdaderos tipos de justificantes, que son: 1) legítima defensa (art. 34 inc. 6, 7, C.P.), que básicamente dice: No será punible: El que obrare en defensa propia o de sus derechos.....o en la defensa de la persona o derechos de otro.... 2) Estado de necesidad (art. 34, inc. 3º C.P.), que dice: No es punible: El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

• Libertad y justificación

Expresamente hemos separado de las justificantes señaladas precedentemente la que se refiere al que obrare ... en el legítimo ejercicio de un derecho...(art. 34 inc. 4º C.P.), y lo hemos hecho por cuanto ella si bien se refiere a la ley, lo que destaca el ejercicio de un derecho, lo que lleva consigo la libertad de practicarlo o no, según la voluntad de su titular, a quien, a diferencia de los casos analizados en el punto anterior, no se le impone orden ni mandato alguno por esa ley. Su goce y ejercicio del derecho que se le reconoce está garantizado por el art. 19 última parte de la Constitución Nacional y si libremente lo usa, la conducta típica que desarrolle no será ilícita.

• CUMPLIMIENTO DE LA LEY

- La ley puede ordenar determinados actos a sujetos concretos que se encuentran obligados a cumplirlos. De tal modo estos sujetos se convierten en instrumentos de ejecución de actos que nacen de la ley, por lo que en verdad la que está operando es la ley. En estas condiciones si el sujeto–instrumento produce un acto típico éste no será antijurídico. Sería un absurdo que la propia ley ordenara hacer algo y que luego el destinatario de la orden que la cumplió fuere responsable de ilicitud.

Reiteramos: la orden viene al sujeto–instrumento en forma directa y sin interpósita persona, desde la ley.

Por ejemplo la ley orgánica de policía y el código procesal penal ordenan que el agente de policía que sorprende a un sujeto in fraganti delito debe detenerlo y llevarlo preso ante el Juez. Esa detención que le impone la ley efectuar, implica privar de libertad a una persona lo cual es una acción típica. Pero ella no es ilícita porque es la propia ley la que –por su instrumento: el agente de policía– está operando.

Repetimos: la relación orden legal e instrumento(agente) debe ser directa. Si la pertinencia de la detención surgida de la ley, fuera transmitida por una persona al agente ejecutor, la orden sería del superior al inferior jerárquico y no se trataría de la justificante que tratamos. Podría generarse lo que se instituye como obediencia debida que es diferente y tiene sus exigencias propias y distinto destino y efecto.

Por todo ello es que la fórmula legal dice: No es punible: El que obrare en cumplimiento de un deber...(Art. 34, inc. 4º C.P.).

- También es la ley la que se cumple cuando manda que una vez satisfechos determinados requisitos que ella regula, se cumpla por el órgano público instituido para ello, una determinada actuación que resulta ser típica. Esa acción típica no es ilícita; es el cumplimiento de la ley bajo la forma de "legítimo ejercicio de un cargo... (Art. 34, inc. 4º C.P.).

Por ejemplo es el caso del Juez que en el momento en que ha reunido los elementos de juicio que la ley procesal le impone, procede a efectivizar el mandato de ésta, decretando la privación de la libertad del imputado en calidad de detención. Esa privación de libertad es una acción típica, pero no es ilícita. Está justificada.

La diferencia entre este punto (B) y el anterior (A) está en que en el cargo la ley acuerda facultad de decisión

legítima y determina el momento en que puede decidir el titular de ese cargo. No hay una orden y una ejecución inmediata.

- También se incluye en el cumplimiento de la ley el otorgamiento por parte de ésta de una facultad a un sujeto que no detenta un cargo, como órgano público, sino que ejerce una autoridad; autoridad que comprende, en el desarrollo de su función, determinadas acciones que pueden llegar a ser típicas. La oportunidad del ejercicio de esa facultad adviene dentro del cumplimiento de esa autoridad cuando se encuentran reunidos a su respecto los extremos que la propia ley determina.

Por ejemplo es el caso de la autoridad paterna con relación a sus hijos menores de edad y que se encuentran bajo su patria potestad; dentro de la regulación legal del poder paterno cumplida por el Código Civil (arts. 264, 310 C.C.) se encuentra el poder de educar a sus hijos y dentro de éste está la facultad disciplinaria que se centra en la facultad de castigarlos moderadamente (art. 278 C.C.). Si dados los requisitos disciplinarios se prohibieren las salidas de paseo moderadamente, el hecho típico de privación de libertad no sería ilícito.

Respecto de las permisiones B y C, consideradas precedentemente, es condición de su procedencia en el caso de que se trate, la de que se las haya ejercitado legítimamente. Legítimamente: implica que, con ajuste estricto a las características del caso específico, se hayan dado las condiciones a las que la ley supedita la viabilidad del permiso que ella concede. En caso de que tales condiciones legales no se satisficieren, la justificante no funciona y la acción típica llevada a cabo (castigo en nuestro ej. o detención en el anterior) es ilícita.

- También bajo el cumplimiento de la ley cabe concluir lo que comporta el legítimo ejercicio de un derecho a que se refiere el art. 34, inc. 4º, C.P., cuyo carácter, amplitud y trascendencia ya hemos destacado en el apartado III de este capítulo.

Por ej. el art. 2470 del C.Civil en la parte que se refiere al hecho de la posesión de las cosas, a la que considera existente cuando alguna persona, por sí o por otra, a la que considera existente cuando alguna persona, por sí o por otra, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad (art. 2351, C.C.), reconoce un derecho al titular de la posesión que la está gozando, en cuanto dice: el hecho de la posesión da el derecho a protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuere desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa. En el caso de que el titular de la posesión que no viera atacado por ella o privado de ella y, en vez de recurrir a la justicia para su protección, la defendiera directamente él, la acción que desarrollare y pudiere ser típica, no será ilícita si se dan en el caso todas las exigencias de lugar, tiempo, modo y resultado que la propia ley civil impone, que son los que hacen que se dé el legítimo ejercicio del derecho.

Otro ejemplo sería el caso del derecho que se le acuerda al hotelero al que se le reconoce poder retener el equipaje del pasajero que tuviere un depósito, cuando éste no le pague el hospedaje (art. 3886 C.C.), por cuanto el no restituir a su debido tiempo, es una acción típica (art. 173, inc. 2º C.P.), la que no sería ilícita si lo es en ejercicio del derecho que comentamos, con la concurrencia de todas sus condiciones de legitimidad: ejercicio legítimo del derecho.

• LEGITIMA DEFENSA

Si bien durante mucho tiempo se discutió su naturaleza jurídica y negado su carácter justificante, tras su tránsito por doctrinas filosóficas o supralegales con aspiración informativa respecto de las leyes, hoy ya no se discute su calidad de causa de justificación. Esa aceptación total parte del principio de que siendo ella la asunción directa por el sujeto privado, de la defensa de sus derechos en estado de necesidad y emergencia ante el ataque de otro que los pone en peligro de extinción, hay una coincidencia total de fines con el objetivo del derecho en general cuya aspiración es la protección de todos los derechos. Ello es así a punto tal que podría decirse que el particular que se defiende actúa los

finés del derecho. Es el ejercicio de la ley. De tal modo, si el actuar del que se defiende constituye una acción típica, ésta es lícita; está justificada y, en consecuencia, no es antijurídica.

• LEGITIMA DEFENSA EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO. CLASES LEGALES.

Junto con las otras causas de justificación que nuestro código penal admite, en el art. 34, inc. 6-7 se encuentra prevista la legítima defensa en los siguientes términos: No es punible.... el que obrar en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente de parte del que se defiende....

Esta es la legítima defensa simple referida a la defensa del propio atacado en su persona o derechos. A ella la ley agrega la defensa simple, también, que ejerce un particular a favor de otro que es agredido tanto en su persona como en sus derechos. Es lo que se llama legítima defensa de un tercero. La Ley penal la prevé en el inc. 7-º del citado art., 34 C. Penal, en los siguientes términos: No es punible: ... El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurren las circunstancias a) y b) del inciso anterior (remite al art. 34 inc. 6º a) b) C.P.) y en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, la de que no haya participado en ella el tercero defensor.

Pero además de ellas nuestra ley penal prevé lo que se denomina legítima defensa privilegiada, en el 2do. Apartado del inc. 6º del art. 34 C.P., en los siguientes términos: No es punible se entenderá que concurren estas circunstancias (las de las letras a, b, y c del inc. 6º del art. 34 C.P.) respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

De las tres clases de legítima defensa que dejamos señaladas, la que opera como base tanto de la de terceros como de la privilegiada, es la simple. En efecto esta última es la que impone las condiciones que la ley exige para su admisibilidad y, por cierto, que son supuestas en las otras formas: 1) en la de terceros, descarta la falta de provocación por parte del que se defiende, siempre que el defensor no haya tomado parte de en la provocación del defendido; 2) en la privilegiada por nocturnidad, escalamiento, fractura, da por cumplidas esas condiciones y extiende la gravedad del daño causado por el defensor, 3) en la del sorprendido en el interior del domicilio, las supone también, pero siempre que el supuesto intruso se resista.

• LEGITIMA DEFENSA SIMPLE

es la reacción defensiva que la ley permite asumir a la persona atacada ilegítimamente por otra que pone en peligro la integridad de su persona o de sus derechos, generando la necesidad de impedirla o repelerla proporcionadamente, infligiendo al atacante un daño en su persona o en sus derechos.

El concepto que antecede se esquematiza en el siguiente gráfico, resaltando cada uno de sus pasos, los que son remitidos por las referencias numéricas de cada uno a su correspondiente análisis cumplido en el texto siguiente.

• AGRESION ILEGITIMA (Referencia 1 del gráfico)

Agresión es el ataque o acometimiento llevado a cabo por un hombre contra otro. La causa de tal ataque debe ser humana, con lo que queda totalmente descartado el de un animal, salvo el caso de que éste fuere empleado como medio agresivo por un hombre, en cuyo caso el que ataca es el hombre. Tratándose de un animal, como una cosa, no cabe la aplicación de la figura de la legítima defensa, sino

la del estado de necesidad.

Tal agresión debe ser ilegítima. Ello no quiere decir que deba ser una acción típica, esto es: acuñada como materialidad de un delito. Téngase en cuenta que la acción-ataque si bien va dirigida a lesionar bienes jurídicos, TODAVIA NO LLEGÓ a tocarlos. Sólo se acercó y los puso en peligro. Entonces ilegítima sólo quiere decir: sin derecho. Es la acción de un hombre llevada a cabo contra otro sin ningún apoyo jurídico.

Esa agresión ilegítima debe, en el tiempo, ser actual, no algo futuro que puede llegar a concretarse; sino en pleno desarrollo, vigente. Y no sólo ello: en grados muy cercanos, e incluso, inminente. Este extremo que es exigido por la doctrina en general, surge impuesto por la letra de nuestra ley penal en su art. 34, inc. 6 letra b) C.P., en cuanto habla, respecto de la agresión, de impedirla o repelerla, lo cual supone dos grados de defensa inmediata.

Ello en cuanto el ataque va llegando; todavía no impactó en los bienes protegidos.

El problema se presenta cuando el momento álgido de la agresión ya pasó, pero queda vigente el estado de peligro que éste generó y el agredido, en esas circunstancias, reacciona para disipar ese peligro. Para dar solución a este supuesto hay que tener en cuenta que, si bien agresión y peligro se presentan juntos, el motivo de la defensa es el peligro como estado que genera la necesidad de extirpar su causa. Siendo, entonces, actual el peligro, la reacción defensiva es lícita.

- PELIGRO (Referencia 2 del gráfico)

Peligro es el riesgo inminente de que se concrete un daño o lesión a una persona o sus derechos, como consecuencia de la agresión ilegítima llevada a cabo en su contra por otro hombre.

Ese estado es el que genera el estado de necesidad defensiva, lo cual no significa sino causar un mal en la persona o bienes del agresor para evitar que éste lo cause en la persona o bienes del agredido.

Es importante tener en cuenta ese estado de necesidad de causación humana, por cuanto sobre él es que se construyen todas las exigencias de proporcionalidad entre la gravedad del ataque y la magnitud de la defensa, teniendo en cuenta la jerarquía de los derechos enfrentados.

- BIENES JURIDICOS DEFENDIBLES (Referencia 3 del gráfico)

Ellos son para nuestra ley penal todos los derechos –tanto la persona como sus derechos– así los propios como también los de un tercero (Art. 34, inc. 6 y 7 C.P.).

La persona y todos los derechos, se insiste, son legítimamente defendibles según nuestro derecho y no debe interpretarse como su negación la letra de la legítima defensa privilegiada que, según algunos, sería sólo la defensa de la propiedad. Aclaremos que la invasión nocturna de la casa o departamento o sus dependencias, con las características operativas que la ley señala, no limita lo defendible (que siguen siendo la persona y todos sus derechos), sino que amplía la posibilidad de daño a causar al invasor: ... cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor....

Con esta amplitud nuestra ley supera la letra de otras que, como el Código Español de 1928, reducía lo defendible a una enumeración limitada: persona, honor, propiedad. Ello se debía a que se consideraba que la legítima defensa debía terminar siempre con la muerte del agresor, cosa que no es así, por cuanto muchas veces basta con procedimientos menos cruentos, incluso lesiones.

Se abre camino en el campo jurídico el caso de los denominados intereses o derechos difusos, que son

todos aquellos que pertenecen a todos los hombres como comunidad, pero a ninguno en forma particular, extremo por el cual el ejercicio individualizado de su custodia privada o pública amparándose en la legítima defensa de un tercero, no es fácilmente aceptado por falta de personería en el accionante. Pero lo que ocurre en la materia de la justificante que tratamos es que si se tratare, no de derechos sociales, políticos, históricos, etc., sino de verdaderos derechos subjetivos, aún cuando sean de titularidad del estado, ellos serían defendibles de toda agresión ilegítima, pues la ley penal no distingue sobre la naturaleza del tercero defendible.

- **DEFENSA (Referencia 4 del gráfico)**

Este punto es el que corresponde a la reacción que se produce en el sujeto agredido, contra el ataque llevado a cabo por el agresor.

Surge claro que en esta materia existen siempre dos sujetos enfrentados: uno que agrede, ataca; otro que se defiende, contraataca. Lo cierto es que los dos accionan. Pero la acción del atacante genera peligro de daño o lesión; en cambio, la del defensor causa daño o lesión en la persona o derechos del atacante, los cuales revisten la materialidad de un delito.

Esa acción defensiva para ser entendida como justificante del daño típico que se cause, debe presentar como condición ineludible la de su necesidad racional para impedir la o repelerla, según reza el inc. 6º b) del art. 34 C.P.

Necesidad racional de la defensa es la que surge de la proporción entre la gravedad del ataque y la de la defensa. Esta proporción reclama una equivalencia entre los medios empleados tanto para lo uno como para lo otro. Equivalencia entre los medios empleados para tanto para lo uno como para lo otro. Equivalencia que no es igualdad material de instrumento a instrumento, sino una suerte lógica de integración de potencias que determinen un equilibrio necesario. Sería el caso del que se defiende con un arma de fuego, contra un agresor con notable superioridad física, fuerza y ejercitado en artes marciales, calidades de las que carece el atacado. Con el arma de fuego equilibró su desventaja, lo que le era estrictamente necesario.

Pero nuestra ley penal no impone sólo la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler, sino que extiende su exigencia a la proporción de importancia o jerarquía existente entre el bien del atacado y el bien del agresor. Es decir que exige una proporción racional de los derechos en juego. No es racional defender la propiedad de un fósforo, matando al que agrede para sustraerlo.

Necesidad racional comprende entonces tanto la proporcionalidad de medios, como de derechos.

- **LESION A LOS BIENES JURIDICOS DEL AGRESOR. (REFERENCIA 5 DEL GRAFICO)**

Con la salvedad de la necesidad racional, con el concepto y alcance señalados en el punto anterior, cualquier derecho del agresor puede ser lesionado. La conducta típica que tal lesión implicara, estaría justificada, no sería antijurídica, y, en consecuencia, no es delito.

- **falta de provocacion suficiente por parte de quien se defiende**

Es ésta otra condición impuesta por la ley penal argentina (Art. 34, inc. 6º, c) C.P.) para la admisibilidad de la justificante de la legítima defensa.

No es común que las leyes recojan esta condición. Hay situaciones que se pueden resolver sin recurrir a ella, en tanto que otras demandan, frente a la fórmula legal una actividad interpretativa mayor.

Provoca el que mueve o incita la agresión, la causa. Pero también entra dentro del concepto el grado menor que consiste en crear la ocasión de la reacción.

Lo primero se presenta con toda claridad cuando el provocador pone todos los elementos que pueden determinar al provocado a agredirlo. Es decir, el provocador genera una falsa agresión con el objeto de valerse de esa actitud que él mismo generó para atacar al aparente agresor, y cometer en su contra un delito. Esta falsa situación puede resolverse fácilmente –es una situación de prueba de las circunstancias de hecho–. NO hay justificación.

La segunda posibilidad es la de la creación de una situación de hecho, sin intención de valerse de ella, sino que su accionar se endereza a otro objetivo, pero con él se genera la ocasión de la agresión en su contra, que se ve en la necesidad repeler ocasionando un daño. En este caso en la causación de la ocasión motivante del ataque del que luego se defiende, ha habido un acto excesivo (marginaría la imprudencia) que se enrola en lo que se ha llamado exceso en la causa y que en los términos del art. 35 C.P. conduce a la aplicación de la forma culposa del delito de que se trate, siempre que ella esté legislada.

Carrara pone un ejemplo de este supuesto. El cónyuge adúltero es sorprendido in fraganti por el otro, que con un arma de fuego se dispone a matarlo; ante lo cual el adúltero extrae su propia arma y mata al agresor. Se explica el caso teniendo en cuenta que el propósito del adúltero no tenía por finalidad provocar la reacción del engañado; pero por su imprudencia puso un motivo para ello y generó la ocasión del ataque.

En este caso responde por culpa del delito que cometió.

Tanto en uno como en otro caso el delito existe, lo que varía es la forma dolosa o culposa. Pero no hay justificante.

Por ello es que la ley exige la falta de provocación suficiente. Resalta con ello que no se admite ni siquiera la generación de la simple ocasión.

- **legítima defensa privilegiada**

Es la que se regula en el art. 34, inc. 6º do. y 3er. ap del C. Penal, en los siguientes términos: No son punibles:Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia.

Como ya lo adelantamos en el ap. IV de este Cap., la base sobre la cual opera esta forma de defensa, es la misma que la de la defensa simple según las condiciones exigidas en la primera parte de la norma individualizada y transcrita precedentemente, consistiendo el privilegio en que, dado las circunstancias en que la agresión del atacante se produce (nocturnidad, escalamiento o fractura de cercados, paredes o entradas), se presume por la ley que concurren todas las circunstancias o condiciones legales para la admisibilidad de la justificante.

Todos los derechos del invadido son defendibles.

El privilegio se extiende a que a la justificante, en este caso extraordinario de gravedad, no se le pone límite alguno al daño que en defensa se causare al invasor. Expresamente dice la ley: ... cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor.

Este mismo privilegio se extiende respecto del que encontrarse a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. Esta última condición parecería excesiva frente al hecho de que la situación sería en ese caso mucho más grave que cuando se viene entrando; en éste, ya está adentro. Si se puede rechazar el ingreso, parecería una incongruencia exigir, además, que haya resistencia para defenderse legítimamente cuando ya está. Pero lo cierto es que lo que pide la ley es prudencia en la apreciación de la situación de hecho.

- **Defensas mecánicas**

Con fines defensivos se suelen usar elementos materiales para entorpecer, impedir o disuadir la acción agresiva contra las personas o sus derechos, especialmente contra el de propiedad. Tales elementos admiten su distinción en dos clases: 1) los que siendo ostensibles, visiblemente muestran su poder lacerante estático, el que si objetivamente no fuere disuasivo, tiene que ser afrontado activamente por el agresor, el que si se hiere sólo a él ello le es imputable. Es el caso de los coronamientos de vidrios que se suelen poner en los muros o cercos; las protecciones de alambres de púas; los enrejados con pinches o puntas de lanza; todos ellos son perfectamente admisibles como ejercicio de un derecho y son los que se han denominado Offendículas. 2) Defensas mecánicas consistentes en aparatos que se activan ante el accionar del agresor invasor, el que se convierte en destinatario del poder ofensivo de la máquina, es decir: elementos activos que no actúan como meros elementos objetivos como los del punto anterior, sino que en verdad contraatacan al agresor, lesionándolo o matándolo.

En este caso no se trata del ejercicio de un derecho, sino específicamente de la defensa, que para ser legítima debe cumplir con todos los recaudos impuestos por la ley para ser justificante. Por ello en cada caso particular debe analizarse todas las circunstancias de hecho y concluir sobre la aplicabilidad o no de la justificante. Especialmente debe exigirse la presencia en el lugar, del que se defiende. Esto último porque será él la base de apreciación de la racionalidad del medio empleado para impedir o repeler la agresión y también para la apreciación de la proporcionalidad de los derechos en juego. Si no se exigiera el cumplimiento de tales recaudos y su análisis en cada caso en particular, las defensas mecánicas serían una forma de omitir el cumplimiento de la ley, cualquiera que fuere el daño que se causare al agresor en cualquier momento u oportunidad.

- **legítima defensa putativa**

Se da en el caso de que el que se defiende se cree erróneamente atacado; la agresión no existe. Por distintas circunstancias lo ha creído pero ello no es real. Por ese falso conocimiento fundante de su reacción, éste no es constitutivo de defensa legítima, extremo por el cual el daño típico que cause al supuesto agresor no se beneficia con la justificante y, en consecuencia, es antijurídico—

Pero el error que funda esta situación, frente a una acción típica y antijurídica típica, lo que hace es, si reúne todos los elementos legales, es borrar la culpabilidad.

- **ESTADO DE NECESIDAD**

El estado de necesidad es hoy una verdadera y autónoma causa de justificación incorporada sistemáticamente a las leyes penales y así lo hace nuestro Código Penal, en su art. 34, inc. 3º, en los siguientes términos: No es punible: ... El que causare un mal para evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

Tanto uno como otro mal a que se refiere la fórmula legal opera sobre los respectivos bienes, amenazando de lesión a uno y lesionando al otro. De ello resulta entonces que están enfrentados dos bienes, de los cuales uno está en peligro de sufrir un mal del que podrá salvarse sólo si se le causa un mal a otro bien.

La causa de la situación de peligro en que se encuentra el bien que se aspira liberar es totalmente ajena tanto a su titular, como al del bien que se debe atacar y lesionar. Y tanto el uno como el otro no están obligados a soportar el daño.

Más aún, el compromiso en que se encuentran ambos bienes es extraño a toda agresión humana, por lo que la evitación del mal sobre el amenazado no será reacción defensiva, sino mera acción necesaria. Esa es la diferencia que hay entre la legítima defensa y el estado de necesidad: la causa del estado de peligro es humana (agresión–reacción) en la primera; y natural (mal–acción) en la segunda.

- bienes salvables

El campo de protección que cubre la justificante que tratamos es de mayor extensión que el de la legítima defensa.

Nótese que esta última se refiere a la defensa de la persona o sus derechos, tanto propios como ajenos, todo lo cual cubre el área de los derechos subjetivos tanto públicos como privados. Pero en el estado de necesidad no se menciona personas o derechos, sino BIENES: un mal para evitar otro mal, lo cual cubre todos los derechos subjetivos y, además, facultades, deberes, obligaciones de cuya lesión derive un efecto jurídico.

Por la otra parte los bienes atacables reconocen la misma amplitud, pero si el concretamente lesionado fuere uno típicamente protegido por la ley penal, la acción del necesitado con ser materialmente típica, no sería típicamente antijurídica. Está justificada.

- características del mal amenazado

Nuestra ley en la fórmula que analizamos, exige que el mal amenazado, generador del campo de peligro que crea la necesidad de evitación, sea inminente, lo cual incluye su actualidad pero en un grado muy próximo a su concreción. Con esta condición se excluye, por no generar estado de necesidad: el remoto, el meramente posible y el eventual.

Otra condición es la de ser el necesitado extraño al peligro que amenaza su bien, y ello ocurre: 1) cuando no ha tenido culpa alguna en la generación de la amenaza; y 2) cuando no está obligado a soportar el riesgo, como es el asumido por el bombero que en un incendio debe afrontar el peligro en salvamento de los demás; lo mismo con los tripulantes de una nave en naufragio y en lo que hace al salvamento del pasaje.

La otra condición es la de que el mal que se evita sea mayor que el que se infiere. La consideración de este extremo demanda una apreciación valorativa que se cumple a continuación.

- comparacion estimativa de bienes

La exigencia legal del mayor rango del bien protegido respecto del sacrificado, impone realizar en cada caso concreto y conforme a todas sus circunstancias, una comparación estimativa de bien a bien, de deber a deber enfrentados, estableciendo también la concreta situación de peligro que se presenta, para efectuar dentro de ella la apreciación valorativa.

Tal apreciación tiene dos aspectos en su desarrollo:

- objetivo: se compara materialmente cada bien comprometido con la escala de valores que proporciona la parte especial del código penal en cuanto todas las figuras penales que acuña se agrupan en torno a los bienes jurídicamente protegidos, y en cada caso la previsión típica de su

violación se acompaña de la pena que se le impone. Será este monto de pena, en cada caso concreto, lo que proporcione la gravedad objetiva del bien violado.

- Subjetivo: de inicio debe tenerse presente lo que se analiza es la racionalidad y no el absolutismo, lo cual se traduce en: necesidad racional NO ES IGUAL a necesidad absoluta.

La racional exige efectuar la apreciación de valor colocándose en el momento del hecho, con la vivencia total de todas sus circunstancias: es el momento del peligro el que indica la necesidad. Es necesario repetir en todo momento esa actualidad y rechazar siempre la apreciación hecha con posterioridad, en la frialdad del gabinete, con otros momentos, tiempos y componentes, con objetividad académica.

En ese campo del momento mismo del peligro, la apreciación de valor debe hacerse con respeto estricto de un CRITERIO básico: se parte del punto de la actuación en el peligro de un sujeto razonable. Este es el que actuó. Respetando esos extremos, el que lo tenga que juzgar emitiría una opinión razonable. Este es el que juzgó.

Este es el juego entre el mal menor (causado) y el mal mayor (evitado).

• BIENES DE IGUAL RANGO

Está claro que nuestro código en la fórmula analizada, impone la exigencia de que el bien salvado, sea de rango superior al sacrificado y en esa situación también está claro que cuando ambos bienes sean iguales la causal justificante no es aplicable al caso.

La ausencia de esa previsión que también se dio en otras legislaciones extranjeras, llevó a la doctrina a especulaciones que llegaron al extremo de afirmar que este caso estaba fuera del derecho, asimilable al caso fortuito, para ello consideraron que la fuerza generadora de la amenaza escapaban a la previsión, pero dejaron de lado la intervención consciente y voluntaria del que por salvarse dañaba a otro inocente. Es decir, crearon una forma especial de caso fortuito. Pero así como el caso fortuito tradicional, el especial que acuñaron y su finalidad, también es un instituto jurídico, y ambos están dentro del derecho, con lo que se borraba el punto de partida: fuera del derecho.

Por esa razón y en su esfuerzo por encontrar una solución para cada caso concreto que lo demandare, la doctrina y jurisprudencia alemana idearon la solución de una justificante supralegal, en cuanto fueron a buscar su base fuera del orden jurídico positivo y se trasladaron a los principios informadores, naciendo así el estado de necesidad supralegal. Nosotros rechazamos todo lo que sea supralegalidad; nuestra única fuente es la ley; ella es garantía permanente de respeto humano y de derecho seguro y permanente, lo otro es fuente cambiante de arbitrariedad.

Pero es incuestionable que debíamos encontrar una solución al problema de los bienes iguales. Y para ello nosotros nos preguntamos: iguales para quién?

Sintéticamente en esta parte aplicamos la interpretación de la ley positiva (no fuera de ella) con ajuste estricto a su letra, en cuanto a la valoración de bienes, tanto en la legítima defensa, como en el estado de necesidad, exige la necesidad racional como criterio de apreciación de valores, y sobre él en el momento mismo del peligro impone la actuación de un sujeto razonable, tal como ya lo hemos explicado precedentemente. En la medida de lo equilibrado y justo surge el valor razonable. Pues bien, para ese sujeto y en ese momento, de los bienes iguales, el suyo es el mayor. Puede por cierto renunciarlo, pero su sacrificio es lo que socialmente bautiza a los héroes.

No se trata de un valor supralegal

Es el caso de los dos naufragos que en el mar pretenden salvarse asiéndose de una tabla. Pero la

flotabilidad de ella no aguanta el peso de ambos y se hunde. Para evitar sus respectivos males luchan y uno desprende al otro que se ahoga. Para ambos sus vidas eran más importante que la del otro.

Como síntesis de lo expuesto y en ordenamiento de los elementos en torno a la fórmula legal, adjuntamos a continuación una gráfica sobre el punto.

ESTADO DE NECESIDAD

*En esa comparación estimativa debe regir un criterio estrictamente concebido desde un punto de vista de un sujeto razonable en el momento de peligro.**

Necesidad racional no es igual a Necesidad absoluta

Apreciación valorativa

Estimación comparativa de bienes

EL QUE CAUSARE UN MAL PARA EVITAR OTRO MAYOR INMINENTE A QUE HA SIDO EXTRAÑO

- **EXCESO EN LA JUSTIFICANTE**

- **CONCEPTO Y AMPLITUD**

Toda acción típica puede resultar lícita siempre y cuando encuadre dentro de los extremos exigidos por la ley como justificación. Y de esos extremos el más relevante es el de que esa acción, como reacción, no exceda los límites impuestos por la ley, la necesidad o autoridad. En síntesis: que no se haga más de lo previsto por esas fuentes como necesario.

De ello resulta también que el respeto de los límites de la reacción, torna a la acción materialmente típica en justificada, esto es: en lícita o jurídica.

Hacer más de lo necesario traspasa el límite de lo permitido, hace desaparecer la licitud originaria y genera la ilicitud de menor rango, por cuanto es culposa, y, en consecuencia de menor punibilidad.

Esta figura del exceso y su resultado respecto de la ilicitud y menor punibilidad, es aplicable a todas las causas de justificación, según lo acepta nuestra ley penal, en los términos que señala en el art. 35 C.P.: El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia.

- **FORMAS DE EXCESO**

Distinguimos dos formas de dicho exceso de la reacción contra la línea de ataque.

Uno es el intensivo que es el que nuclea el exceso en la potencia de la reacción que con toda intensidad recorre la misma línea del ataque. Ese exceso opera en demasía sobre una acción justificada.

En cambio, el otro es el exceso extensivo llamado así porque la reacción no sigue la misma línea del ataque y siendo múltiple no puede considerarse necesaria con relación a dicho ataque. En este caso nunca hubo una justificante originaria; ni la habrá con relación a la extensión. Dentro del cuadro de este exceso se ha pretendido colocar lo que ya hemos explicado como exceso en la causa que se da cuando en la legítima defensa, el que se defiende, ha provocado en forma suficiente al que se presenta

como agresor ilegítimo.

El aceptado como base de esta institución es el primero: el intensivo.

- **situación del que incurre en exceso**

El sujeto que se excede en la justificante intensiva, el que hace más de lo necesario, en su situación originaria actúa sin dolo, está justificado. Su situación lícita, transformada luego en ilícita por el exceso, no hace nacer dolo alguno; sólo es punible a título de culpa.

Se ha explicado esa transformación y esa responsabilidad culposa sobre la base de que el sujeto actuante en el momento del impacto en su contra de la acción contra la que reacciona legítimamente, sufre una conmoción emocional que psicológicamente desemboca en temor, ansiedad, desesperación e incluso terror, extremo éste que desordena el pensamiento equilibrado y la fiel elección del medio o medida de la intensidad de la reacción. Ello no se ha previsto como inimputabilidad, pero genera una exigencia de cuidado y prudencia que en el caso no ha sido respetada. Ello desemboca en la forma culposa que señalamos.

- **PUNIBILIDAD**

El art. 35 C.P. establece que en esos casos de exceso en la justificante, el delito en que se incurra será castigado con la pena fijada por el delito por culpa o imprudencia.

Esta no es una simple remisión a la escala de pena a la figura culposa de que se trate, sino que implica una afirmación de existencia de delito culposo con todas sus exigencias. Ello por cierto siempre que la respectiva figura culposa haya sido legislada en el Código Penal o ley especial.

IMPUTABILIDAD

Sumario: I) Distinción entre lo objetivo y subjetivo del delito. II) Condición específica del sujeto. III) Imputabilidad. IV) Mínimo de condiciones. V) Forma legal de regular la imputabilidad: 1) fórmulas psiquiátricas; 2) fórmula psicológica; 3) fórmula psiquiátrico-psicológica-jurídica. VI) Letra del Código Penal Argentino. Análisis: 1) insuficiencia o alteración morbosa de las facultades; 2) Inmadurez (menores de edad); 3) Estado de inconsciencia. VII) La ebriedad.

- **DISTINCION ENTRE LO OBJETIVO Y SUBJETIVO DEL DELITO**

Dentro de la corriente doctrinaria que seguimos en este esquema de la Teoría del Delito en la Escuela Dogmática o Técnico Jurídica, señalamos la existencia de dos tramos en la estructura estratificada o analítica del delito: 1) el objetivo o material, integrado por el hecho típico que se caracteriza, a su vez, como típicamente antijurídico; 2) el subjetivo o espiritual que corresponde a la culpabilidad típica.

El primero, una vez cumplido en forma exhaustiva, se convierte en el presupuesto objetivo indispensable para el tratamiento de la subjetiva: la culpabilidad. Adviértase que en esa primera etapa respecto de la acreditación del hecho típico, por la aplicación de las redes causales, se ha determinado la atribución del hecho a un sujeto; atribución meramente material –mecánica– que se distingue como imputado facti.

Pero esa individualización causal no es sino física, y en modo alguno considera la vinculación espiritual del sujeto con su hecho. Lo que se trata ahora es de penetrar espiritualmente a ese sujeto para determinar cómo se vinculó con ese hecho; la actitud psíquico-psicológica en que se encontraba en el momento en que físicamente lo realizaba. Esa consideración subjetiva, en ese caso concreto y como hombre concreto, aspira determinar si este último actuó como persona, es decir como sujeto que supo lo que quería como malo e hizo

lo que quiso. Ese contenido concreto es: la culpabilidad.

Ese hecho, de tal modo, es, tanto física como espiritualmente, su obra y como tal se le carga. Esta es la imputatio iuris.

• CONDICION ESPECIFICA DEL SUJETO

Para poder entrar a la consideración de si el sujeto físico del hecho típico tuvo en el momento de su ejecución el conocimiento y comprensión específico de la calidad criminal de su propósito, y pese a ello le impuso su voluntad de realización y dirigió su acción hacia su concreción, es decir: si es culpable, es necesario un paso previo. Es necesario saber si ese sujeto tenía en ese momento capacidad genérica, para todos y para ese acto, de comprender y valorar y ejecutar.

Así, para entrar a la etapa subjetiva del delito de que se trate es necesario satisfacer previamente un presupuesto subjetivo: la capacidad mental del sujeto.

De este modo la culpabilidad tiene dos presupuestos: 1) Objetivo, que es el hecho típico; 2) subjetivo, capacidad del sujeto, que se rotula imputabilidad.

• IMPUTABILIDAD

Ella es la posibilidad psíquica que tiene el autor, por tener madurez y salud mental, de comprender el valor de sus deberes y conducir sus actos con ese conocimiento.

Esa condición la debe poseer en forma genérica para todos los actos de su vida e implica su: capacidad de ser culpable, independientemente de que la ejercite o no en el caso concreto. Una cosa es el poder (imputabilidad) y otra es usarlo (culpabilidad).

Por cierto que esta caracterización-exigencia nada tiene que ver con las de tipo filosófico como el derecho natural, el libre albedrío y el hombre ideal de que hablaba la Escuela Clásica. Esta exigencia surge en nuestra Escuela Dogmática de la propia ley positiva. Es una construcción jurídica.

Ese es el hombre libre; el que sabe y hace lo que conoce. Por ello es responsable de sus actos.

• MINIMO DE CONDICIONES

La capacidad que tratamos no es la de fina distinción y detalle, con conocimiento de circunstancias, implicancias y consecuencias que, en mayor o menor grado, demanda la actuación de las personas en sus relaciones jurídicas, generadoras de derechos y obligaciones en la actuación lícita de todos los días en el campo social; aquella que constituye la capacidad civil.

No, el campo de esta actuación ilícita penal es mucho más grosero, elemental y no demanda a los efectos del responsable del delito, más que un mínimo de condiciones de capacidad, que se reducen a comprender la calidad criminal del acto y la voluntad de realizarlo. Nadie, normalmente, puede ignorar que matar es un delito y que está prohibido y que si lo realiza va a sufrir un castigo. P

Por ello es que nuestra ley penal exige en este punto que el autor haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones (Art. 34, inc. 1º, 1ra. Parte. C.P.).

• FORMA LEGAL DE REGULAR LA IMPUTABILIDAD

En primer lugar debe señalarse que la doctrina indica varias fórmulas para la regulación legal de esta materia

que operan, con mayor o menor amplitud pero siempre por vía negativa; es decir: se será imputable cuando no se sea inimputable.

Y el sistema consiste en regular los casos en que, por presencia de las causales que expresamente señala, NO existe imputabilidad.

Esas fórmulas son: 1) psiquiátrica pura; 2) psicológica; 3) psiquiátrico-psicológica-jurídica. Lo que tienen de común todas ellas es que todas encierran la forma de anular la facultad de comprender y dirigir (inteligencia y voluntad).

- Psiquiátrica. Supone destruidos los centros cerebrales reguladores de la actividad psíquica normal, por lo que, por la sola presencia de la lesión, la función no se cumple. Es el caso del alienado. Comprobado se lo considera inimputable. Es el caso del código penal francés.
- Psicológica. No tiene en cuenta la enfermedad en sí, sino su efecto sobre la comprensión y la voluntad. Si no obstante la patología psíquica existió esta última voluntad, como sería una actuación en intervalo lúcido, la imputabilidad existe; caso contrario no. Opera como correctora de la primera, evitando su absolutismo que muchas veces no se concuerda con la realidad, porque olvida que se está operando justo en la frontera de la normalidad y anormalidad.
- Psiquiátrico-psicológica-jurídica. Lo que afirma las dos primeras, válido separadamente para sus respectivos campos, pero contradictorio entre sí, se admiten, se combinan y complementan con validez jurídica por la ley cuando la recoge en su letra. Científicamente no se combinan; son independientes. Jurídicamente forman un sistema integrado.

Este es el de nuestro Código Penal (Art. 34, inc. 1º, 1ra. Parte C.P.).

• **LETRA DEL CODIGO PENAL ARGENTINO. ANALISIS.**

Titulo V- Imputabilidad

Art. 34. No son punibles:

El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En primer lugar señalamos que el encabezamiento: No son punibles, es indicativo de la consecuencia que se deriva de distintas causas que el mismo artículo enumera por eliminar:

- la acción, inc. 2º. 1ra parte;
- la antijuridicidad, incs. 3º., 4º., 6º., 7º.
- la culpabilidad, inc. 1º. Ult. Parte;
- la imputabilidad, inc. 1º. 1ra. Parte;

Cada una en su oportunidad, elimina un elemento del delito, NO EXISTE ESTE, por lo que no hay punición alguna.

Aclarado lo precedente, consideraremos cada causal de inimputabilidad.

• **Insuficiencia o alteración morbosa de las facultades.**

De inicio resaltamos que las facultades a las que se refiere la letra legal no se particularizan en las mentales de manera que las causas patológicas que las generan no se adscriben obligatoriamente a lesiones o

enfermedades psíquicas específicas (la locura p. Ej.) sino que incluye otras orgánicas con incidencia psíquica como las vasculares que dificulten la irrigación sanguínea neuronal (arterioesclerosis cerebral p. Ej.).

De ese modo la amplitud de nuestra ley penal es mayor que la de las leyes que se reduzcan a enfermedad cerebral (la alteración morbosa de las facultades mentales, art. 24 C.P. ruso de 1916; Alienación C.P. Francés).

La insuficiencia de las facultades significa una detención en la etapa evolutiva de la facultad; detención que se opera en etapas anteriores al punto en que se alcanza un desarrollo operativo útil, como es el caso del imbecil, del idiota, del débil mental agudo, en las que el mínimo de comprensión valorativa –básica de la imputabilidad– no se alcanza. No hay lesión psíquica –como enfermedad mental psicosis– sino sólo una capacidad que nunca se alcanzó. Por ello tiene importancia la inclusión de la insuficiencia de las facultades.

Tal es el acierto de esta causal que, al absorberla, le quita relevancia autónoma a la sordomudez, que como el Código Penal Alemán no se prevé como insuficiencia, ha debido incorporarse como autónoma; cosa que entre nosotros no es necesario. Es o puede ser una insuficiencia que en algunos casos es asimilable a la idiocia (a veces se origina en una lesión orgánica de algún centro cerebral).

La alteración de las facultades (comprensión valorativa – voluntad de realización) obedece a una patología, transitoria o permanente que debe darse en el momento del hecho.

Estas alteraciones son de corte concretamente psiquiátrico, por lo que, como patología específica, podemos presentar la alienación.

En la ciencia médica, especialmente en la parte psiquiátrica–psicológica es difícil, en los casos marginales, trazar una diferencia entre salud y enfermedad y, en lo que a nuestro tema hace, decir si hay imputabilidad o no. De esa manera es como en el área de los insuficientes se albergan cantidades de débiles diagnosticados, que, ello no obstante no puede decirse que sean inimputables, y a veces son muy peligrosos. Y lo mismo ocurre con los fronterizos psiquiátricos. Por ello es que es acertada nuestra ley en cuanto al exigir que, ya sea por insuficiencia o por alteración de las facultades (comprensión o voluntad), se haya perdido la facultad de conocer y de querer: comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, se enrola en la doctrina psiquiátrico–psicológica–jurídica, que integra causa patológica con su efecto.

• **Inmadurez (menores de edad).**

Inmaduro es el ser humano que por su corta edad aún no ha alcanzado la plenitud de sus facultades, si bien marcha hacia ella. La experiencia demuestra que en general existe una cronología coincidente más o menos común a todos los individuos, por lo que ha resultado admisible la fijación de límites de edad que, sin admitir prueba en contrario, imponen la presunción de haberse alcanzado el grado mínimo de facultad de comprensión y voluntad en orden a las más graves de las conductas criminales, por lo que a partir de tal límite se declara la imputabilidad continua hasta otra edad más avanzada, a partir de la cual se adquiere la imputabilidad plena. Esa falta de desarrollo es la que funda la llamada inmadurez en este aspecto de facultación mental. Y es ella la que hace que no exista en esa etapa de la evolución humana capacidad de ser culpable.

En esa situación de falta de desarrollo, el inmaduro total no es punible y sólo es pasible de terapias educativas. En tanto el imputable absoluto es punible con penas de escala reducida, con más la misma terapia.

Nuestra ley penal (arts. 36 C.P. hoy modificado a partir de la ley 278), declara no punibles, por ser inimputables absolutos a los menores de 16 años de edad e inimputables relativos a los mayores de esa edad hasta los 18 años. En torno a tales calidades se regula un sistema penal y educativo específico.

Distíngase claramente el inmaduro del insuficiente. El primero evolutivamente sigue; todavía no llegó a la

plenitud, pero llegará. En cambio, el insuficiente cortó su evolución; no llegó a la capacidad y nunca llegará.

- **Estado de inconsciencia.**

El implica la pérdida total o parcial, generalmente temporaria y no patológica, de la facultad de formular juicios normativos espontáneos e inmediatos sobre la bondad o maldad de ciertos actos individuales determinados. En lo que a nuestra materia interesa esa pérdida, se refiere a la posibilidad de comprender la criminalidad de los actos y de dirigir las acciones; y cuando ella se opera adviene un estado de inimputabilidad.

Esta pérdida puede ser de un grado total y absoluto, en cuyo caso al cortarse toda intervención inteligente con relación incluso la relativa a la actuación humana, lo que se elimina es la acción misma.

La que consideramos como afectatoria de la inimputabilidad, en cambio, es la relativa, la que implica una profunda disminución en la citada facultad estimativa y voluntaria, pero no su eliminación. Son casos de este tipo de inconsciencia el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica, el desmayo.

En principio, esta causal generalmente ofrece la característica de particularización en el caso concreto de que se trate, separándose de la permanencia que distingue a la insuficiencia y alteración de las facultades. Y presenta como rastro de su existencia, la amnesia sobre todo lo que se hizo durante su vigencia.

- **LA EBRIEDAD**

Una consideración aparte ha merecido el caso que presenta el efecto que produce la ingesta alcohólica ocasional en grado de ebriedad sobre la conciencia del hombre que bajo ese estado actúa.

La ebriedad conforme el grado que alcance modifica también en grados paralelos la función de la conciencia y de la voluntad, llegando a hacerla perder.

La ebriedad ha sido distinguida en voluntaria e involuntaria, según haya sido o no el resultado de una ingesta voluntaria con propósito de embriaguez. La primera se da en un sujeto que conocía la calidad de la bebida que ingería, su efecto embriagante y lo hace con el propósito de embriagarse. Y cuando este propósito se limita sólo a la adquisición de ese estado él se clasifica como ebriedad voluntaria simple. En tanto que puede darse el caso del que se propone cometer un delito y no se anima a ello, por lo que para darse ánimo se embriaga, esta forma se clasifica como ebriedad voluntaria preordenada.

Estando bajo los efectos de la intoxicación etílica disminuye la capacidad de su conciencia distorsionándose las facultades de comprensión del valor de sus actos y de regulación de conducción de sus acciones, por lo que siendo inimputable –por su estado de inconsciencia– en el momento del hecho no le sería reprochable el mismo. Pero no es así. Resulta incuestionable que en pleno funcionamiento de su conciencia, con integral comprensión del disvalor del acto de embriagarse, lo llevó a cabo. Por ello en el momento en que lo hizo generando su incapacidad posterior, era libre en el sentido penal –era libre cuando puso la causa– y por ello a ese momento se retrotrae su imputabilidad por el delito que luego cometió. Esto es lo que se llama actio libera in causa.

Cuando la ingesta alcohólica se produce sin intervención voluntaria de embriagarse por parte del que la realiza y ante un consumo reducido, medido, es sorprendido por el poder de la bebida que no conocía, o que ella operó sobre un estado orgánico que el consumidor no sabía que lo tenía y que potenció al efecto, o que fue engañado sobre el tipo de bebida que se le proporcionaba, es incuestionable que no pudo prever el resultado, por lo que el estado de inconsciencia por ebriedad que advenga no le es imputable bajo ningún concepto y tampoco el delito que bajo tal situación cometa. Esta es la ebriedad involuntaria.

CULPABILIDAD

Sumario. I) Ubicación temática. II) No hay delito sin culpabilidad. III) Elementos: a) momento normativo de la culpabilidad; b) momento psicológico de la culpabilidad. DOLO. IV) Dolo. Valor conceptual. V) Teorías. Secuencias necesarias; 2) dolo indirecto, dolo eventual. VIII) Dolo general. Culpa. IX) formas de culpa. X) Teorías. 1) defecto intelectual; 2) defecto volitivo. XI) Formas de culpa. XII) Análisis del poder de evitación. XIII) La culpa en el Código Penal Argentino.

• Ubicación sistemática

En la definición dogmática de delito: acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal, hemos admitido: 1) un tramo netamente objetivo que es la materialidad de la acción que resulta ser antijurídica, es decir el hecho ilícito que físicamente se atribuye a la actuación de un hombre; y 2) un tramo subjetivo referido a la intervención intelectual-volitiva del hombre causante del hecho, a fin de determinar si en ese caso concreto comprendió el disvalor de su acto y dirigió el mismo a la concreción de tal disvalor.

Para poder tratar el tramo subjetivo en particular en el caso concreto es absolutamente indispensable que, como presupuesto previo, se haya dado una acción típica antijurídica típica, es decir que exista un hecho ilícito; él es el que abre la vía legítima para considerar, respecto del hombre que se considera autor físico (material) del mismo, si es poseedor de capacidad intelectual-volitiva de comprender la criminalidad de los actos y dirigir sus acciones; esto es: si es imputable. La determinación de la existencia de ella para todos los actos en general opera como condición o presupuesto para considerar si en el caso concreto que se le atribuye físicamente, ejercitó esa capacidad y supo y quiso lo que hacía.

Ese saber y querer criminal es la culpabilidad.

• No hay delito sin culpabilidad

El delito es la obra de un hombre libre. Y libre, para nuestro derecho penal, es el hombre capaz; capaz de conocer y comprender el valor de sus actos y quererlos, es decir aplicar su voluntad para su realización, sean ellos buenos o malos; son así: su obra. El hombre físico con esa capacidad y su ejercicio concreto, pasa a ser persona, como sujeto de derecho.

Tal exigencia no fue siempre así, sino que en un gran tramo de la historia del hombre se lo hacía responder a éste por la simple objetividad de una relación física, verdadera o atribuida. Se hablaba de esta manera de una suerte de responsabilidad objetiva, por la que frente a un hecho ilícito, como mero campo operativo, a un sujeto por estar en ese campo, fuere como fuere: por mero contacto, se le atribuía el hecho. Era la época de la responsabilidad objetiva.

Contra esta última se reaccionó y, reivindicando al hombre como ser libre (en la forma que hemos señalado), se sostuvo que no hay pena sin culpa que en su aplicación es: no hay delito sin culpabilidad. Ello implica que si el hombre no interviene en el hecho como sujeto capaz: persona y ejercitando concretamente esa capacidad, no es responsable por el mismo.

Pero lo que antecede no tiene carácter genérico, por cuanto la simple afirmación de ese carácter nos llevaría a una culpabilidad indeterminada, lo que se rechaza totalmente. Sólo hay culpabilidad en cada caso concreto, conforma a sus características, su adecuación a las exigencias de la ley específica y el ejercicio pleno de la capacidad de culpa en ese evento. Sólo hay culpabilidad determinada. Sólo la que corresponde a la conducta típica; la descrita en la figura penal, a través de cuya trama se filtra no sólo el hecho (lo objetivo), sino también la culpabilidad (lo subjetivo).

Esta es la razón por la que se dice que un hecho determinado es realizado culpablemente cuando el sujeto

capaz OBRA no obstante la valoración que él mismo está obligado a reconocer como súbdito del orden jurídico.

- **Elementos**

La culpabilidad reconoce dos elementos o momentos, a saber:

- **Momento normativo de la culpabilidad:** es esencialmente valorativo y supone un juicio que, relacionando el acto que se propone con los valores emergentes del orden jurídico vigente, realiza su autor concluyendo en el conocimiento (comprensión o conciencia) de su criminalidad.

No se requiere una fina comprensión fundada en la adecuación del acto a la letra de un determinado tipo delictivo, sino la simple apreciación de la contradicción con los valores básicos afirmados por ese orden. A punto tal que basta con sospechar la contradicción, pues tanto la duda como la incertidumbre equivalen a conocimiento.

Ello es así porque el hombre que vive inmerso en el campo social conoce los valores en él aceptados, es decir los valores queridos; esa es la situación presente. Coloca el acto, que proyecta como futuro ante ellos y resalta su contrariedad, su disvalor, su carácter criminal. Si con ese conocimiento actúa y concreta el proyecto en realidad, ha menospreciado el orden jurídico, ha sacrificado un bien protegido por éste.

Este momento normativo de la culpabilidad es de ineludible cumplimiento por parte del autor y el juicio de valor que él implica será válido, en cuanto a la conclusión de disvalor o valor a que se arrije, se base en el pleno y acertado conocimiento de sus premisas. Si esto último no ocurriera por una deficiencia estimativa no recriminable del sujeto, éste no habría alcanzado el conocimiento de la discordancia valorativa, elemento básico de la culpabilidad. Este es el efecto negativo que genera el error como excluyente de la culpabilidad.

También resulta inocuo este momento normativo cuando, aún siendo acertado el juicio de valor formulado, conociendo la discordancia, el autor fuere obligado a actuar bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente. Esa situación hace que él no actúe en desprecio del orden jurídico. La autoría se traslada al que amenaza. Esta faz negativa es la coacción.

- **Momento psicológico de la culpabilidad:** es el tramo que sigue al que acabamos de analizar. Admitida la presencia de la actitud de menosprecio que la instancia normativa implica, resta considerar la forma psicológica en que el autor se vinculó a la realización de su hecho. En este momento está superada toda valoración del acto –ya se ha realizado– sólo se trata de ver cómo se vincula psicológicamente el autor con su hecho que ya sabe es criminal.

Esas formas psicológicas de vinculación son las que se conocen como dolo y culpa.

- **Dolo. Valor conceptual.**

La palabra dolo responde a un valor conceptual complejo que corresponde a una creación técnico-jurídica, por cuanto, si bien involucra elementos psicológicos como intención, voluntad y representación, los supera ampliamente porque demanda siempre en el sujeto que los maneja el cumplimiento previo del momento normativo que la culpabilidad exige. Este concluye en el conocimiento del disvalor que corresponde al acto que se propone y, por consiguiente, tiñe de ese disvalor a la intención, representación y voluntad. De esta manera éstas vienen a tener la calidad de malas; pero no cualquier maldad, sino una muy circunscripta: la criminal.

Conclúyese de ello que el dolo implica representación, voluntad e intención de un resultado criminal. Esa simbiosis que supera el concepto común, uniendo elementos psicológicos y valorativos jurídicos penales, sólo

la puede efectuar la técnica jurídica.

Este concepto jurídico del dolo es lo que lo diferencia de otras infracciones normativas como el pecado, lo inmoral, etc. La diferencia radica en que son distintos los órdenes normativos a que se refieren y menosprecian.

• Teorías

Con el propósito de explicar el dolo se han formulado distintas teorías, respecto de las cuales debe señalarse que giran todas en torno a la consecuencia de la actuación voluntaria, esto es: el resultado.

Y así surgen: a) Teoría de la representación del resultado; b) Teoría de la voluntad del resultado; c) Teoría del consentimiento del resultado. Todas, por cierto, de un resultado criminal.

Todas implican, en síntesis, la asunción por parte del sujeto de una actitud de aceptación del resultado malo. Por ello es que se dice que el dolo es una de las formas de vincularse del sujeto a su obra.

La teoría de la representación se coloca en el inicio, instalando la imagen del resultado desvalorizado que se propone y funda sobre ella toda la actuación voluntaria; es decir: conocimiento o comprensión de la criminalidad del acto, no se abstiene y se encamina al resultado.

En cambio, la teoría de la voluntad de resultado se apoya en la actuación voluntaria, esto es: la actividad desarrollada por el sujeto para alcanzar el resultado. Claro está que presupone la previa representación del mismo; es ella la que guía a dicha voluntad de realización. Se traduce en lo que se llama dirigir su acción.

Ejemplo cabal de ella se encuentra en la definición que del dolo daba Carrara, al decir que el dolo es la intención más o menos perfecta de infringir la ley penal. Esa intención liga la representación del resultado con su concreción efectiva; ese puente entre la idea y la realidad, es la forma de relacionarse el sujeto con su hecho.

Tanto en la de la representación como en la de la voluntad, la dirección voluntaria se encamina particularizadamente al resultado, de modo que se quiere el resultado perseguido. Pero hay casos en los cuales ello no ocurre con esa intensidad, no hay voluntad de resultado, sino sólo voluntad de acto. Se quiere el acto resultándole al agente indiferente que el resultado se produzca. Pero esa forma de indiferencia implica una forma de aceptación de su advenimiento, es una forma mínima de quererlo que ha sido rotulada como consentimiento, más precisamente, asentimiento. Esta situación es la que recoge la Teoría del Asentimiento.

Lo expuesto es lo que pone de manifiesto que el dolo es la actitud psicológica que relaciona al sujeto con su obra criminal. Cualquiera que fuere la teoría aceptada, siempre se encuentra esa actitud, ya directa, ya indirecta.

• Definición legal del dolo

El Código Penal Argentino no tiene definición alguna del dolo en su letra y tampoco proporciona elementos precisos para la elaboración de su teoría, por lo que al respecto hay que recurrir a un minucioso y prudente procedimiento de interpretación sistemática de todo su texto y sus relaciones en el orden jurídico.

De tal manera y con esa finalidad se observa de inicio que, en orden a culpabilidad, en la parte especial del código los delitos previstos se dividen en dos grandes grupos: a) aquellos a cuyo respecto se emplea una fórmula constante que básicamente se refiere al actuar con imprudencia o negligencia, a lo que suele agregar la impericia en su arte o profesión o incumplimiento de los deberes o reglamentos, que conforman la forma culposa de culpabilidad. Son los menos y se regulan, a veces, después de prever los que no tienen esa fórmula.

b) Estos últimos –los que no tienen dicha fórmula– que son todos los demás y son los que integran la forma dolosa de la culpabilidad.

En estos últimos se observa en cada figura una forma simple que se sintetizaría en: el que hiciere... (p. ej. el que matare a otro; el que sustrajere una cosa ajena...) y que es la que abre un campo amplio de conocimiento de los extremos típicos, su valoración y la conducción voluntaria hacia su realización.

En otros casos tal amplitud es retaceada con exigencias impuestas por la misma figura de que se trate, como: ...sabiendo que los son; maliciosamente; con conocimiento, de manera tal que a los elementos generales conocimiento y voluntad, hay que limitarlos con esas exigencias, que se vienen a sumar.

Peor todo lo que queda siempre vigente, tanto con una como con otra fórmula, es la exigencia de que se haya tenido conciencia de la criminalidad del acto o dirigido la acción.

Tales exigencias surgen de la letra del propio código penal (art. 34 inc. 1º 1ra. Parte) que si bien regula la imputabilidad como capacidad genérica de culpabilidad; esto es: como posibilidad de culpabilidad en el sujeto que se declare imputable, lo cierto es que en el caso concreto de un delito particular esa capacidad genérica existente, se convierte en capacidad ejercitada, que es la que es la culpabilidad de ese delito.

Para determinar en esa culpabilidad la forma dolosa se tiene en cuenta que el Art. 34 cit. exige que se haya tenido conciencia de la criminalidad del acto o dirigido la acción. Esa alternativa de una condición u otra, da cabida a la aplicación de las teorías de la representación del resultado, la de la voluntad del resultado, y la del asentimiento.

La primera, en cuanto el sujeto se representa idealmente los hechos presentes y los conoce en función de los elementos objetivos, normativos y psíquicos del tipo de que se trate, y también se representa el hecho futuro que se propone con todas sus circunstancias y enlaza causalmente ambos mediante la acción que se propone desarrollar y voluntariamente va hacia el final. Esto es lo que se considera tener conciencia de la criminalidad de su acto; que se ha tenido conciencia, y se ha obrado a pesar de la representación. Más aún, bastaría sólo con haber querido el acto, aunque no el resultado, aplicando así la teoría del asentimiento.

En cambio la fórmula legal haber dirigido su acción implica, por cierto, el cumplimiento previo de la representación, pero se le acuerda más relevancia a la conducción voluntaria hacia su realización; haberla encaminado hacia...; haber tenido intencionalmente a un evento representado; haber querido el resultado. Ello no es sino aplicación de la teoría de la voluntad.

De tal manera, conforme la letra de nuestra ley, EXISTE DOLO NO SOLAMENTE CUANDO SE HA QUERIDO UN RESULTADO, SINO TAMBIÉN CUANDO SE HA TENIDO CONCIENCIA DE LA CRIMINALIDAD DE LA PROPIA ACCIÓN Y A PESAR DE ELLO SE HA OBRADO. (Soler).

• Clases de dolo

Teniendo en cuenta siempre el concepto, valor y operatividad que le hemos acordado a la representación, voluntad y asentimiento, como así también al contenido de la primera: hechos presentes, hechos futuros y la relación entre ambos en base a los medios sintetizados en la acción; y agregando ahora que el hecho futuro previsto como resultado no puede simplificarse en él únicamente, sino que, tanto psicológica como jurídicamente, debe admitirse que a ese resultado perseguido, como consecuencia también del accionar, le acompañan otros que como circunstancias, más o menos próximas, son también queridas o simplemente consentidas junto a la principal; existe de tal modo una unidad representativa, que es asimismo la que guía a la voluntad hacia su concreción. Sobre la base de tales elementos, el dolo, como actitud psicológica relacionante del sujeto con su obra criminal, admite la clasificación de las siguientes formas o clases: 1) dolo directo; 2) dolo de consecuencias necesarias; 3) dolo indirecto; 4) dolo eventual.

- **Dolo directo:** es el que bajo la forma de intención, une la representación del resultado principal, a través de la voluntad, con su concreción en la realidad. Hay un nexo lineal entre lo propuesto y lo realizado que es centro del destino operativo. Es el caso del que se propuso matar a Juan y mató a Juan.

Pero ya señalamos que el principal arrastra consigo sus accesorios, que son las demás consecuencias que también se producen por el actuar directo y que, en mayor o menor intensidad, integran también la unidad representativa; podrán ellas ser desagradables, incluso no queridas, pero el querer principal, hace que se las quiera a ellas también como necesarias. Este es el caso del que por matar a Juan que está junto a Pedro, dado el medio usado, debe arrastrar también su muerte, porque de lo contrario no lograría la de Juan. Este es el dolo de consecuencias necesarias, que es una forma del dolo directo. La actitud del sujeto se enfrenta con el resultado.

- **Dolo indirecto:** en este caso la actitud del sujeto no se enfrenta en forma inmediata con el resultado, son con el acto del sujeto, acto que él conoce como disvalioso porque puede producir el resultado criminal, y no obstante ello no se abstiene en su actuar. El resultado no querido en forma directa (se quería el acto) muestra el menosprecio del autor. Se trata de un querer por vía indirecta; un querer mínimo, que por su grado y naturaleza, se denomina consentimiento o asentimiento del resultado. Este es el que se rotula dolo eventual. Este es el grado mínimo del dolo.

- **Dolo general**

Es el que cubre el resultado representado, querido y actuado mediante la acción elegida, aún cuando ésta deba ser completada por otra inspirada en una finalidad diferente. Es el caso del que para matar a Juan lo apuñala y creyéndolo ya muerte, para ocultar su delito arroja lo que cree es su cadáver al río; pero la víctima estaba aún con vida y muere como consecuencias del ahogo por inmersión.

El medio elegido por el autor, centrado en su propia acción, era idóneo para concretar el resultado representado y querido y así fue usado en forma directa. Se trata de un caso de dolo directo.

Como la muerte no se consumó, doctrinariamente se calificó ese primer tramo del caso como tentativa de homicidio doloso, cubriendo el segundo paso, cuando se concreta la muerte por inmersión, como culposo.

Se rechaza tal conclusión por considerar que lo querido por el autor era la muerte de la víctima por su propia acción, que es lo que en definitiva se logró, también por su propia acción. Es homicidio doloso. No se admite la división en los dos tramos propuestos por la doctrina. Su intención era matar y mató. Hay una sola actitud del sujeto frente al hecho. Ese es el dolo general.

- **CULPA. Ubicación sistemática.**

Dentro de la definición de delito se han indicado sus elementos, a los que hemos agrupado en dos sectores: a) objetivo, integrado por la acción antijurídica y b) subjetivo, representado por la culpabilidad.

En la culpabilidad existe un momento esencialmente valorativo en el que el hombre, que vive inmerso en un campo de valores aceptados e integrados al orden jurídico, enfrenta con éstos la idea o imagen del acto que se propone realizar, surgiendo de la relación que ello implica la conclusión del valor que se asigna al acto proyectado y a todos los que, como futuro, lo acompañarán. Si la conclusión fuere de contradicción entre los valores aceptados en común y el del acto proyectado, la conciencia o comprensión será la de la criminalidad del acto; si pese a esta conciencia de disvalor criminal, el sujeto afirma la voluntad de realización, actuará en menosprecio del orden jurídico.

Este momento normativo que debe estar presente en todos los casos en que se pretende y se efectúe el análisis de la culpabilidad, es seguido por otro que es el momento psicológico. Este no significa otra cosa que la actitud voluntaria (de realización) que el sujeto adopta respecto del hecho propuesto. Aquí es donde aparecen

las formas de la culpabilidad: 1) dolo: directo, directo de consecuencias necesarias, indirecto, eventual; 2) culpa: conciente, inconsciente.

En todas estas formas juegan los mismos elementos: a) Representación; b) Voluntad. Lo que ocurre es que varía la modalidad y la intensidad de ellos. Se da de tal manera una escala de gravedad que va desde el grado más alto de culpabilidad: la dolosa directa, en la que la línea voluntaria ejecutiva del hecho proyectado (representado) va directo al corazón del mismo. Se sigue con un paso decreciente, en el que el foco de impacto de la línea ejecutiva voluntaria arrastra consigo, además del centro o corazón del hecho, todos los que siendo también delito no son sino consecuencia necesaria del primero; la representación incluye todo y la voluntad también. Le sigue en esta regresión el caso en el que la representación de lo proyectado respecto de la totalidad del hecho, incluye sólo la posibilidad que de tal hecho se derive un delito; posibilidad que no es óbice para el actuar voluntario; no proyecta el delito, pero si este adviene su indiferencia consiente su producción. No tiene voluntad de resultado, sino voluntad de acto. Este último es el grado menor de la culpabilidad dolosa.

En todas esas formas vemos la intervención de la representación y, en su función, la de la voluntad.

A la forma dolosa le sigue la otra que es la culpa.

En ella también juegan la representación y la voluntad, pero de distinta naturaleza y materia la una; y alcance y dirección la otra. Su estudio será la materia del presente capítulo.

Por debajo de la etapa que antecede, en esta escala de gravedad de la culpabilidad culposa, adviene lo que se llama caso fortuito, en el que si bien también hay referencia a la representación y voluntad, ellas son inocuas porque o bien: 1) no se pueden representar por circunstancias ajenas al sujeto; o 2) por representado, no se pudo evitar, también por influjo extraño al sujeto. En el caso fortuito, ante la ausencia de los dos elementos (o uno u otro), surge lo que se llama fortuito incalculable (art. 514 C.C.) y, por ende, no se admite ningún grado de culpabilidad en materia penal.

• Teorías

Recordemos en todo momento que en este aspecto de la culpabilidad también se encuentran presentes los dos elementos que hemos destacado, que son: la representación y la voluntad.

Por esa razón es que se trata de explicar la culpa como:

- Defecto intelectual: Esta teoría pretende que en ella media una deficiencia en la representación que no permite asociar o relacionar en el juicio de valor el acto propuesto con lo que indica lo que debe ser, como aceptado.

Se le reprocha que con tal criterio nunca existiría responsabilidad por culpa, dado que en tal defecto fincaría la ausencia siempre de la etapa normativa, indispensable para admitir la culpabilidad. Tanto ello es de tal manera que los partidarios de esa teoría, llegan a sustituir toda reacción represiva por medidas correctoras del defecto. Con esta teoría no puede hablarse de responsabilidad.

- Defecto volitivo: Esta teoría hace residir todo el análisis de la culpa en un defecto de la voluntad que consiste en el incumplimiento de un deber. Este es sólo el primer paso, por cuanto surge ahora la necesidad de establecer cuál es ese deber y cuál su naturaleza.

En torno a este último problema se suceden una serie de propuestas que van acotando poco a poco el núcleo de la respuesta:

- se trata de la omisión intencional de la debida diligencia para apreciar la posibilidad de que el acto propuesto derive en una infracción de la ley. Esta es la teoría de Carrara y lo importante de ella es que señala la importancia de representarse la posibilidad de daño, es decir de prever el riesgo. Lo criticable es que finca su omisión en una voluntaria falta de la debida diligencia para ello. Con lo cual convierte en voluntaria la omisión de previsión, lo cual supone que para omitir ya la previó. No se puede omitir voluntariamente si no se conoce lo que es precisamente lo que es el objeto del desconocimiento.

Pero lo cierto es que establece que el deber es el de ser diligente en la previsión del riesgo de infracción.

- la determinación del riesgo y su relación con el evento concreto que se genere, llevó a aplicar a este caso la teoría objetiva de la responsabilidad, estableciendo que el que actúa en un campo de ilicitud y deriva de esa actuación ilícita otra consecuencia delictiva no querida, responde también por ella culpablemente. Dado la enorme latitud de las consecuencias, se la restringió mediante la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, esto es sobre la base de lo que comunmente se sigue a la aplicación de una determinada causa, lo que permitía descartar todo lo que entrara en el caso fortuito, que es lo imprevisible por naturaleza.

Pero con este segundo paso surge que el deber de la debida diligencia en la apreciación del riesgo se basa en el cuidado en la actuación para evitar o prevenir daño, daño que comunmente puede sobrevenir.

- esa previsión del daño fue objeto en un inicio de los textos legales, los que aspiraban a prevenir los daños. De esta manera los bienes jurídicos altamente jerarquizados (los que nuclean la materia penal) estaban protegidos con una doble coraza normativa: 1) la que estaba directamente rodeando inmediatamente al bien jurídico como núcleo mismo de protección y cuya violación generaba el delito doloso; 2) la que en forma mediata, cubría a esta primera coraza, previendo conductas que podían llegar a infringir ella y al bien jurídico. Esta última se concibe porque toda actividad dañosa casi siempre es regulada para evitarla, y surge así un campo contravencional. La violación de éste es el riesgo de que se abra el otro y se caiga en el delito no querido. Esa es la culpa.
- pero el debido cumplimiento de las obligaciones poniendo cuidado en las actuaciones no se limita a lo que esté normado como contravenciones, sino que supera su campo y se extiende a la generalidad de las actuaciones demandando que en ellas se ponga diligencia y prudencia en la evitación del daño previendo el riesgo.

La que antecede es la conclusión que emerge de un claro ejemplo que puso Carrara: una persona a su servicio al limpiar la casa, puso una lámpara de aceite encendida en el piso a muy corta distancia de una cortina; se levantó viento, lo que era corriente en ese lugar de Italia, y la cortina voló por sobre la lámpara y se incendió. De ello se dedujo que si bien la conducta de la empleada no estaba normada por la ley como contravención, lo cierto es que, como todas sus similares en situación de riesgo, eran acciones imprudentes y por ende necesitadas de evitación, base de culpa.

- En síntesis ante el riesgo surge el deber de preverlo y por preisto el deber de no afrontarlo.

El primer aspecto, el incumplimiento del deber se nuclea en la forma que lo explicamos a continuación, en la negligencia.

El segundo, el afrontar el riesgo y llevar adelante el acto se corporiza en la imprudencia.

• Formas de la culpa

A través de la representación y la voluntad en la forma, naturaleza y trascendencia que hemos desarrollado, el deber de prever el riesgo y el de no afrontarlo, en sus respectivos incumplimientos, da origen a dos formas de la culpa: 1) Culpa inconsciente; 2) Culpa consciente.

La primera es aquella en la que no se ejercita la previsión del riesgo, esto es: la representación del mismo. Pero el incumplimiento del deber de hacerlo no es genéricamente infundado, sino que se refiere a todos los casos en los que el sujeto no puso diligencia en disipar el error en que incurrió al considerar su hecho y el riesgo, por lo que concluyó en un falso juicio de riesgo. Este último extremo sólo a él atribuible, le es atribuible a título de negligencia; lo que significa haber hecho menos de lo necesario para salir de su error y arribar al conocimiento verdadero.

En cambio, la segunda, esto es la consciente, es aquella en la que el sujeto se ha representado –previsto– el riesgo que conlleva el acto que se propone, pero pese a ello decide afrontar el riesgo y llevar adelante su acto, confiando en su habilidad para evitar la concreción del peligro y la causación del evento delictivo. No tiene voluntad de resultado delictivo, sólo tiene voluntad de acto; en definitiva: voluntad de riesgo.

• Análisis del poder de evitación

En la referencia a la última parte del punto que antecede, esto es: voluntad de acto, afrontando el riesgo confiando en la habilidad de evitación, reside precisamente el límite de la imputación culposa, por cuanto no todo afrontamiento del riesgo nuclea la culpa. Esta se genera cuando tal afrontamiento es imprudente; cuando existe un exceso en la propia naturaleza y extensión del poder de evitación.

Por ello en cada caso concreto es necesario considerar la calidad del sujeto en orden a ese poder real que es individual y específico; son sus condiciones y en su caso; ya sean las comunes a todo hombre medio, ya sean superiores, e incluso, inferiores, pero en situaciones de emergencia.

Es sería el caso, por ej. Del médico rural –de actuación general– que debe intervenir de urgencia, en caso de alta especialización que no puede llegar a tiempo; afronta el riesgo en su capacidad médica normal media; rige la prudencia propia del médico.

Y completando la limitación que antecede debe agregarse que el poder de evitación de riesgo con que cuente el sujeto debe medirse teniendo en cuenta que hay muchos eventos que se desencadenan por causación natural; por obra de causas puestas por la naturaleza y ajenas a la intervención del hombre en el curso del afrontamiento del riesgo que éste efectúa. Esas causas y sus efectos no pueden ser cargadas a su responsabilidad culposa. Es el caso de las actividades en la fabricación de explosivos, explotación minera, o la marítima, etc. donde el riesgo es conocido e incluso tolerado o expresamente permitido por el Estado.

Por encima del riesgo reconocido, en el plus, se ubica la culpa que venimos analizando. Cuando por imprudencia o por negligencia el hombre agrega un riesgo y lo afronta.

• La culpa en el código penal argentino.

Nuestro Código Penal vigente no tiene una definición legal de la culpa, pero, a diferencia del dolo, sí proporciona las pautas precisas para la configuración culposa. Y ello es así por cuanto usa una fórmula definitoria clara que separa lo doloso de lo culposo. Ello por cuanto, tras la regulación de las figuras que resultan ser dolosas y que son la mayoría, como aditamento y sólo en algunas, agrega la previsión del mismo delito, pero bajo la fórmula de la culpa. Por ej. en el homicidio, en las lesiones, la previsión dolosa: el que matare a otro; el que causare un daño en el cuerpo o en la salud, etc. es seguida de la expresión de que el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión, etc. causare... la muerte... o lesiones...

Pero si esa expresa previsión no existe tras la figura dolosa, la culposa no existe, como ocurre con el daño que sólo es doloso.

Lo distinguible y resaltante en forma clara y expresa es que en la fórmula legal culposa lo básico e ineludible que se repite en todos los casos es el que por imprudencia o negligencia que son los dos extremos en los que

hemos fincado el funcionamiento de la representación y la voluntad como base la culpa y tornan aplicables todos los elementos que hemos analizado.

CAUSAS DE INCULPABILIDAD

ERROR E IGNORANCIA Y COACCION

Sumario: I) Teoría negativa de la culpabilidad. II) Ignorancia y error. III) Alcance extintivo del error. IV) Error de hecho y de derecho. V) Error de derecho pena y error extrapenal. VI) Solución propuesta. VII) Requisitos del error-ignorancia. VIII) Efectos del error-ignorancia. IX) Error accidental. X) Justificante putativa. XI) Delito putativo. XII) Coacción. Concepto. XIII) Coacción y necesidad.

• Teoría de la culpabilidad

La culpabilidad, como también otros elementos integrantes del delito (acción, antijuridicidad, imputabilidad), tiene su aspecto integrativo integrado por causales, reguladas por la ley, que tienen la virtud de eliminarla y, en consecuencia, no habrá punibilidad en razón de que no hay delito.

Este reverso de la culpabilidad opera sobre la base del error y de la coacción.

Pero los ámbitos operativos de cada una son diferentes. Recordemos una vez más que la culpabilidad trabaja siempre en dos momentos:

1) el normativo, esencialmente valorativo, que se sustenta en la relación entre el hecho proyectado y la tabla de valores admitidos por el orden jurídico, sobre la cual el sujeto emite su juicio de disvalor criminal de lo propuesto, con lo cual informa toda su actuación posterior de ejecución. Sobre la base de la representación, comprende la criminalidad de su acto. Si los extraemos de esa relación valorativa (norma-hecho) son desconocidos o falsamente conocidos, es incuestionable que el juicio de valor será equivocado, eliminando el conocimiento de la criminalidad del acto. Este es el campo operativo de la ignorancia y del error como causales excluyentes de la culpabilidad previstas por la ley penal en el art. 34, inc. 1º, 1ra. Parte del C.P.

- El otro momento es el psicológico en el que, ya cumplida la valoración criminal, se trata de determinar cómo se vincula el sujeto con el hecho proyectado; la actitud asumida ante el disvalor y la conducción hacia su realización; es el momento de la voluntad. En este ámbito es donde opera la coacción que sobre la base de una amenaza de inferir un mal grave e inminente, por un tercero se impone al amenazado, pese a su resistencia, la realización de un delito. Sometido por la amenaza se rinde y hace lo que no quería; no es su obra, es la del que lo coacciona. Elimina la culpabilidad del sometido y la traslada al que lo sometió.

• Ignorancia y error

Tanto el uno como el otro están incorporados al art. 34 inc. 1º, 1ra. Parte del C.P. como causas operativas de la inculpabilidad. La ignorancia significa ausencia de todo conocimiento y el error conocimiento equivocado, falso, referidos ambos extremos la juicio de disvalor que implica el momento normativo de la culpabilidad.

Se trata de conceptos cerrados: o no se sabe, o se sabe mal. Pero la fluctuación que entre ambos y el conocimiento, implican la duda o la incertidumbre, es definida como conocimiento y en el caso de ellas no hay exclusión de culpabilidad.

La presencia de la ignorancia es, en este escalón normativo, prácticamente excepcional, a punto tal que se considera que si es absoluta opera como causal eliminatoria de la acción. Lo cierto es que la causal que se presentará como común será la del error, siendo a su respecto que se centra el estudio.

• Alcance extintivo del error

El error (y la ignorancia) que reúnan todos los requisitos legales, borra toda la culpabilidad, tanto dolosa como culposa. Pero en algunas oportunidades y cuando alguno de esos requisitos no es cumplido, sólo lo hace respecto de la forma dolosa, dejando vigente la culposa.

Ello se debe a que, como lo veremos después, esos requisitos legales incluyen el de que el error no se deba a falta de diligencia o esfuerzo por adquirir conocimiento claro por parte del sujeto, lo que desemboca en una negligencia generadora de culpa, tal como ya ha sido explicado al tratar ésta. La ley penal argentina en el art. ya citado es clara y precisa al respecto al exigir que el error no sea imputable al sujeto.

• Error de hecho y de derecho

Recordemos que el momento normativo que, como previo y necesario, supone el análisis de la culpabilidad bajo cualquiera de sus formas, se construye sobre una relación comparativa entre los hechos: presentes y el proyectado como futuro, en su enlace con la acción, por un lado, y por el otro la tabla de valores que como debe ser impone el orden jurídico en que vive inmerso el sujeto. Respecto de todos esos extremos se exige el conocimiento por parte de este último. Del acierto y exactitud de ese comprender depende también el acierto y exactitud del juicio de valor a que arribe.

Si los términos de la mencionada relación fueren erróneos, también lo será el juicio.

Y si el falso conocimiento se refiere a los hechos (en la práctica de tiro al blanco, se cree que aquello contra lo cual se apunta es un árbol y en realidad es un hombre, y sobre ese error se dispara), el error es error de hecho.

En cambio, si el falso conocimiento se refiere a la norma de valor (el que cree que las dependencias jardineras de una casa no son domicilio y penetra en ellas sin permiso), el error es de derecho.

Esa distinción entre las dos formas proviene del Derecho Romano, por cuanto si bien la ignorancia de derecho no excusaba, excepcionalmente sí lo hacía respecto de los rústicos, las mujeres y los niños por cuanto se admitía que no tenían comprensión de las normas referidas a delitos menores. De allí pasó a los ordenamientos modernos y perduró hasta hoy, en que algunos no lo admiten y los otros sí.

Entre los primeros revista el derecho alemán toda vez que en su ley respecto del error como excusante, no hace distinción alguna, es global. Por consiguiente tanto el de hecho como el de derecho modifican el juicio de valor. En cambio en el derecho argentino la distinción tiene pleno valor legal por cuanto en el art. 20 del C.C. se establece que el error de derecho no excusa y ello se debe a que se parte de la base de que el derecho (la ley) se presume conocida por todos. Esa afirmación legal cede únicamente cuando expresamente la ley establece la excepción. Pero el Código Penal argentino, admitiendo también la distinción entre ambos errores, específicamente se refiere como excusante sólo al error de hecho (art. 34 inc. 1º, 1ra. Parte del C.P.).

Esa posición del derecho argentino crea en algunos casos verdaderos problemas de aplicación por cuanto no puede dejarse de lado la realidad de que si bien la infracción penal es tan gruesa, grotesca y primaria que nadie podría decir que no sabía que estaba prohibido matar al padre, o robar, o violar, etc., hay también otras infracciones de menor cuantía sustentadas en necesidades de política estatal financiera, fiscal, económica, competencia, etc. que incluso, comprenden formas menores meramente culposas determinadas tanto por lo nacional como por lo internacional y que se extienden en una maraña de regulaciones de conocimiento especializado tanto general como de detalle, respecto de todas las cuales no se puede afirmar que se presumen conocidas por todos. Ante esta realidad resulta muy duro no admitir que el juicio de valor no se ha modificado notoriamente.

Para salvar esta situación la doctrina echó mano de una distinción de formas del error de derecho, que analizamos en el punto siguiente.

• Error de derecho penal y error extrapenal

Por cierto que el error o ignorancia de la ley penal en sí no excusa, en primer lugar por lo ya citado respecto de lo grueso y básico de sus previsiones, y, además, por cuanto admitirlo sería destruir la base misma de la garantía que implica la norma penal.

Pero considerando el carácter sancionador del derecho penal, como escalón punitivo del resto del ordenamiento jurídico positivo, se afirma que la previsión de la ley penal recibe contenido de ese orden jurídico, precisando el valor conceptual jurídico de los elementos de sus descripciones. A esa fuente integrativa se la califica derecho extrapenal. Sería el caso, por ej. del que emite moneda no circulante –conducta de la ley penal– porque no sabía que ella había sido sacada de circulación por un decreto o ley. La calidad de circulante y su respectivo conocimiento no depende la ley penal en sí, sino de una norma administrativa que –según el caso y probadamente– puede equivocarse o ignorarse según las circunstancias.

De esa manera el error de derecho extrapenal vendría a ser viable como excusante, por cuanto se la califica como error de hecho.

Pese al esfuerzo que tal construcción implica y su trascendencia, no alcanza a superar el mandato legal vigente: el error o ignorancia de derecho no excusa, salvo que hubiere una excepción expresa impuesta por ley. Y esa excepción expresa no existe en nuestro derecho, por cuanto el mismo código penal, como ya lo señalamos, admite sólo el error de hecho; es decir: el de derecho está excluido.

• Solución propuesta

Ante la evidente injusticia que resultaría de ignorar por el juzgador, en el caso concreto, la existencia de ignorancia o error sobre el derecho, en la aspiración doctrinaria de obviar la barrera que impone la distinción entre error de hecho y de derecho y el rechazo de este último por parte de la ley como excusante de la culpabilidad, extendiendo también su prohibición de ignorancia del derecho a todas sus ramas, lo cual cierra también la posibilidad de hablar de derecho penal y extrapenal, la doctrina propuso otra solución para los casos excepcionales. Esta propuesta carece de valor como regla general y sólo es posible tenerla en cuenta en casos concretos y cuando del análisis de la respectiva figura penal aplicable surgieran elementos que la tornan viable.

Se basa en los elementos estructurales del tipo como descripción de la acción, entre los que se concentra en los elementos subjetivos, destacando que éstos además de los objetivos y normativos que deben cumplirse, agregan una exigencia psíquica (subjetiva) integrativa, que no es culpabilidad sino descripción de la acción. Estos elementos psíquicos (descriptivos) son por ej.: sabiendo que lo son...; con conocimiento de...; con ánimo de lucro...; etc. que vienen a agregar una exigencia más a la descripción típica de la acción. Y si esa circunstancia no se cumple no hay satisfacción del tipo por ausencia del todo subjetivo.

No funciona como error o ignorancia excluyente del delito por ausencia de culpabilidad; sino que no es delito por insatisfacción fáctica del tipo.

En esta orientación se destaca el minucioso estudio particularizado de los distintos tipos legales de nuestro derecho, señalando aquéllos en los que la relevancia de este elemento se presenta, que llevó a cabo Ricardo C. Nuñez. Y también la mayor generalización que al respecto cumplió Sebastián Soler, al considera, superando el límite impuesto por Nuñez, que se debe profundizar la consideración de cada tipo en cada caso particular porque en casi todos, puede llegar a encontrarse el lado fáctico del psiquismo. En caso negativo no hay excusa.

• Requisitos del error–ignorancia

De inicio es necesario aclarar la distinción existente entre: 1) Error esencial que es el que se refiere a alguno de los elementos constitutivos de la figura o sobre el o los que lo califican en atenuación o agravación; 2) Error accidental es el que recae sobre alguna circunstancia que es inocua para cambiar la calificación.

Error esencial: es el falso, equivocado conocimiento o ausencia del mismo de alguno de los elementos del delito, nucleados en el tipo y a través de ese tipo concreto en el caso concreto. Estos elementos son los que hacen que el delito sea lo que es en ese caso. La doctrina de él tuvo origen en el derecho alemán sobre la base del parágrafo 59 de su código penal, que al referirse al error eliminatorio del dolo, lo fundó en el desconocimiento o falso conocimiento de aquello en que el delito consiste; la mínima misma del delito; todo extraído de la palabra Tatbestand que significa conocimiento de los elementos del tipo.

Para nosotros es aplicable dicho concepto de esencialidad del error o inesenciabilidad del mismo, por cuanto el primero es el excusante. Se refiere a todos los elementos ineludiblemente constitutivos del delito en concreto.

- Error decisivo. Se exige que error sea el que haya determinado al sujeto a actuar. Este requisito debe estar sumado al anterior.}
- Error no imputable. Esto significa que no se haya incurrido o mantenido en él por negligencia; por falta de la debida diligencia en esclarecer el conocimiento acertado, o disipar la duda o la incertidumbre. El Código Penal argentino (art. 34 inc. 1º, 1ra. Parte del C.P.) exige concretamente que se trate de error de hecho no imputable, que es lo mismo que no culpable.
- **Efectos del error-ignorancia**

El que sea esencial (básico constitutivo), decisivo (determinante de actuación) y no imputable (inculpable), elimina la culpabilidad en forma completa (tanto dolosa como culposa) y, por consecuencia, no hay delito.

Cuando siendo esencial y decisivo, es, en cambio, imputable porque no se puso diligencia en disiparlo siendo ello posible, elimina el dolo, pero se conserva la culpabilidad bajo la forma de culpa dado la negligencia en que se ha incurrido.

El error no esencial, esto es: accidental, que es el que recae sobre elementos o circunstancias no definitorias del delito, su incidencia sobre su existencia es inocua. Es el caso de lo que se conoce como aberratio ictus y error in persona – in objeto.

- **Error accidental**
- **Aberratio ictus:** es la aberración en el acto; es la acción la que sufre una desviación; es el error en el golpe. Con lo que antecede pretendemos poner de manifiesto que se trata del defecto material de la acción en su parte externa, en el desarrollo de su ejecución. La parte subjetiva no está viciada. La representación final y la conducción voluntaria hacia el resultado por el medio elegido siguen vigentes; se desvía la acción por circunstancias ajenas al sujeto y no gobernables por él. Por ej. un sujeto quiere matar a Pedro y cumple todo lo que de él depende para ello; dispara su arma contra él y en ese preciso instante se cruza ante Pedro otro sujeto que es quien recibe el impacto y muere. Se ha producido la muerte de un hombre por otro; tanto la que se proyectó como la que resultó son equivalentes y no se cambian los elementos esenciales del delito de homicidio.

En un momento la doctrina pretendió dividir sobre esta base la culpabilidad correspondiente. Consideró que el primer tramo respecto de Pedro, la víctima elegida, había quedado frustrado, por lo que a este respecto había tentativa de delito de homicidio doloso; en tanto que respecto del segundo tramo, había homicidio culposamente consumado. Esa división sobre la base de la equivalencia del resultado ya señalado fue rechazada: un solo hecho, un solo delito: homicidio doloso.

Ese error accidental es totalmente inocuo; no incide sobre la culpabilidad, que subsiste.

- **Error en la persona o en el objeto.** Este es también un error accidental porque no incide en la estructura básica esencial del delito que se comete. A diferencia de lo que ocurre en la aberratio ictus, en este caso la desviación de la dirección ejecutiva es subjetiva, ocurre en la mente del actor. El sujeto se propone la muerte de Pedro y lo hace sobre la persona de Juan a quien confunde con aquél. En realidad quería matar a un hombre y lo mató; su identidad no cambia la muerte y la culpabilidad dolosa.

Esta equivocada superposición en la mente del autor de la imagen de una persona por otra no es sino la superposición errónea del objeto material del delito propuesto, y ese objeto material puede ser tanto una persona como una cosa. Por ello el error in persona no es sino un error in objeto.

Este tipo de error es inocuo sobre la figura base, pero incide sobre la calificada en agravación eliminándola y retornando a la base, que se conserva. El sujeto quería matar a Juan y por error in persona mató a su propio padre, la calificante de agravación por parentesco no se le aplica. }

- **Justificante putativa**

Hasta aquí hemos considerado al error y la ignorancia operando sobre la culpabilidad como causales de su exclusión, hagámoslo ahora como actuando respecto de la antijuridicidad en su faz negativa.

Sabemos que la antijuridicidad o ilicitud es, como elemento del delito, la característica de contrariedad que la acción típica guarda con relación a todo el orden jurídico; es decir: éste la repele. Y sabemos también que ese mismo orden jurídico cobija en su seno previsiones excepcionales que, pasando por canales específicos de la ley penal, determinen la licitud de la acción. Son: 1) el cumplimiento de un deber; 2) el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo; 3) el estado de necesidad; 4) la legítima defensa.

Por supuesto que estas causales operan su efecto desencriminante cuando los extremos de procedibilidad impuestos por la ley son realmente existentes.

Pero cuando el sujeto cree equivocadamente, erróneamente con todos los requisitos del error (esencial–decisivo–inculpable), en la existencia de la justificante y en su consecuencia realiza la acción típica, surge lo que se ha designado como justificante putativa, que es la que parece y se cree que es, pero no lo es. Es el caso del que habiendo sido amenazado de muerte, es sorprendido por un amigo bromista, el que finge un ataque, que produce la reacción defensiva que causa su muerte. El que se defendió cuando estaba en la creencia de que debía hacerlo; todos los extremos para ello estaban dados; y si ellos hubieran sido verdaderos la justificante era legalmente viable. Esa viabilidad la opera el error–esencial–decisivo–inculpable en que cayó el actor.

La misma justificante putativa opera cuando el error trabaja en la misma forma respecto de las otras justificantes.

- **Delito putativo**

El sujeto cree que delinque, pero en realidad lo que realiza es una acción lícita que, por error, la cree delito. Esta situación es la contrapartida de la justificante putativa. La diferencia respecto de aquélla es que es totalmente indiferente para la ley penal toda vez que ni siquiera representa peligrosidad.

- **COACCION. Concepto.**

La ley penal argentina la define como amenaza de inferir un mal grave e inminente (art. 34 inc. 1º, 2da. Parte del C.P.), por lo que la presenta como una forma de violencia ejercida contra alguien con la finalidad de obligarle a cometer un delito. Es violencia moral (vis compulsiva), por la que se introduce en la mente de su víctima el dilema de hacer lo que se le impone o soportar el daño amenazado; resiste, no quiere causar el daño

que se le impone. Tiene libertad de elegir entre hacerlo o abstenerse. Pero al final cede y decide hacerlo. Hay voluntad, viciada, pero la hay. Coaccionado, quiere.

Este tipo de violencia (coacción) se diferencia claramente de la otra forma que la violencia puede adoptar: la violencia física (vis absoluta). Esta última consiste en el bloqueo material total de los movimientos del sujeto sobre el que se ejerce; es fuerza aplicada que neutraliza totalmente.

Toda oposición, resistencia, toda negación a actuar. El sujeto no quiere hacer, pero se lo usa como mero cuerpo, como instrumento para hacer lo que el violento quiere. Ejemplo de ella es el caso del hombre que totalmente atado es arrojado contra algo y se lo rompe; ha sido usado como instrumento, lo mismo que si hubiera sido una piedra. No hay ni un mínimo de participación subjetiva. Esta violencia es causal extintiva de acción. Ajena a nuestra materia en este capítulo.

El ejemplo correspondiente a la vis compulsiva (coacción) es el del sujeto que es amenazado de muerte suya o de otra persona si no comete un delito que se le impone. No quiere hacerlo, pero al final cede y lo hace para salvar su vida o la de otro.

• La coacción y la necesidad

Resulta claro de lo expuesto que el caso de la coacción se acerca mucho al del estado de necesidad, por cuanto en ambos se ponen frente a frente dos bienes jurídicos amenazados de destrucción inminente, cuyos titulares no tienen obligación alguna de soportar el daño y de cuyas respectivas lesiones depende la salvación de otro. También se suma a esa similitud de institutos la consideración en ambos de la jerarquía de los bienes jurídicos enfrentados y la gravedad que a su respecto se impone por el mal a causar a uno o a otro. En esa situación el sujeto se determina por uno.

La diferencia entre ambos institutos penales está en la causa que genera a uno o a otro son diferentes. En el estado de necesidad (art. 34 inc. 3º, C.P.) la causa es ajena al hombre, ha sido impuesta por la naturaleza; nadie es personalmente responsable de la situación. En ese caso la decisión es legítima, por lo que se erige en causal de justificación como faz negativo de la antijuridicidad.

En cambio en la coacción la causa es puesta por el hombre para vencer la voluntad de otro e imponerle la comisión de un delito. En esos términos opera como causal de inculpabilidad para el que es sometido, pero traslada la culpabilidad al que somete, por cuanto el hecho sigue siendo antijurídico.

PUNIBILIDAD AMPLIADA

TENTATIVA

Sumario: I) Punibilidad ampliada. Concepto. II) Camino de delito. III) Elementos de la tentativa. IV) Fórmula legal argentino. V) Causa de la interrupción ejecutiva. VI) Comienzo de ejecución. VII) Tentativa y frustración. VIII) Punibilidad de la tentativa de delito. IX) Desistimiento. X) Delito imposible.

• Punibilidad ampliada. Concepto.

Todo delito actúa como antecedente de su consecuente que es la pena; el hecho ilícito sin pena como reacción no es delito. Ella, como sanción, se ubica al final del desarrollo de la actuación voluntaria del hombre que sabía y quiso lo que hacía.

Pero hay casos en los que el advenimiento de la pena se adelanta y se impone en etapa anterior a la finalización de esa actuación, y es a esa situación a la que denominamos punibilidad ampliada.

El objetivo de ese adelanto punitivo es el de proveer una mayor protección al bien jurídico que se privilegia dado su gran jerarquía, por lo que se lo coloca como núcleo y se lo amuralla con la norma (p. ej. vida–no matar) y se describe la acción humana que lo ataca (el que matare a otro), exigiendo para poder imponerle la pena que se cumpla toda la acción típica antijurídica y culpable típicas; totalidad de la acción que implica el advenimiento del resultado, es decir la modificación de la realidad material –daño o lesión–. Pero dado la necesidad de proteger aún más el bien jurídico, se lo amuralla contra el peligro concreto de su daño o lesión generado por una actuación humana voluntaria que se encamina hacia ello, pero que no llega a concretarse en lesión; es decir se protege contra el intento concreto. A veces excepcionalmente también en grados anteriores a este último.

Ese paso previo, fundamento de la punibilidad adelantada, es lo que denomina tentativa.

• Camino del delito (*iter criminis*)

Desde un punto de vista genérico y como de aplicación a todos los delitos, con el propósito de ubicar los distintos pasos que se suceden en el desarrollo de la acción típica hacia la consecución del resultado, hablamos del camino del delito (*iter criminis*). Ese camino o línea de desarrollo permitirá, a su vez, señalar la relevancia que cada uno de sus tramos tiene ante la ley penal.

- El punto de partida está en el ámbito psíquico inabordable por terceros, correspondiente a la mente humana en la que nace la idea del hecho que se pretende realizar; idea que se corporiza como imagen, como tipicidad interna (subjetiva), se la valora en su ilicitud, se eligen sus medios de realización, se determina su realización y se le une la voluntad. Se está dentro de la mente del sujeto; nadie puede ni siquiera intentar captarla; es lo privado, lo íntimo (Art. 19 C.N.). Es el querer interno.
- El punto siguiente, como superación de ese inicio, es la exteriorización de la idea al campo de la realidad externa impulsada por la voluntad final; sería la tipicidad externa. Esa exteriorización debe ser de carácter material, actuante, no basta la declaración verbal, la mera manifestación. Pero la dirección final de esa actuación, de inicio no es mostrada a terceros; sólo es conocida por su agente; se presenta como equívoca en cuanto no muestra su finalidad criminal. Ella sigue siendo inabordable por los demás hombres; reservada a Dios. Deja de serlo cuando esa actuación externa ofende la moral, el orden público, o lesiona intereses de terceros (Art. 19 C.N.). Esta es la primera etapa de la exteriorización, de la actuación voluntaria: los actos preparatorios. No son punibles.

Excepcionalmente esos actos preparatorios pueden llegar a ser punibles, pero no porque se adelante a ellos la punibilidad, sino porque se los erige per se en delitos. Ello ocurre cuando inequívocamente la actividad desarrollada se encamina ostensiblemente al ataque de un bien jurídico protegido; la equivocidad propia de los actos preparatorios no existe; la actuación se muestra por su propia naturaleza como dirigida a la lesión o daño. Por ello se los acuña como delitos autónomos, no como parte del desarrollo de otro. Es el caso de la tenencia de máquinas, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificación de moneda (art. 299 C.P.); o el de la conspiración de dos o más personas para cometer el delito de traición, si la conspiración fuere descubierta antes de empezar su ejecución (art. 216 C.P.).

- El punto que le sucede es el de la otra forma de la actuación voluntaria externa, que se da cuando los márgenes de equivocidad se reducen totalmente y desaparecen y aparece una dirección unívoca de la acción hacia la lesión del bien jurídico centrado en el objeto material sobre el que va a impactar. Ya se ha entrado en la faz ejecutiva del delito determinado propuesto y objetivamente muestra a los terceros observadores su calidad y finalidad. Desde el momento mismo del comienzo de esa ejecución se entra también en el área de la punibilidad reducida adelantada, bajo la forma de tentativa. Y es punible como tal aún cuando el curso ejecutivo delictual se cortara por causas ajenas a la voluntad del agente.
- El otro punto que continúa es el de la terminación de la etapa ejecutiva, la que, por no interrumpida, se corona con el resultado propuesto –el fin propuesto– por el agente y que es el de la consumación. El delito está completo. Se entró de pleno en la punibilidad completa.

En este camino del delito hay quienes (no nosotros) exigen una etapa más para llegar a la plenitud, que es el del agotamiento: delito agotado, que se da cuando el agente logra concretar el beneficio que quería alcanzar con su delito. Por ej. la venta de las cosas robadas.

• Elementos de la tentativa

De lo que antecede resulta que la tentativa demanda para darse, la concurrencia –en el caso concreto– de los siguientes elementos:

- Actuación voluntaria exteriorizada materialmente por actos en el campo de la realidad;
 - Dirección a producir un hecho determinado;
 - Que ese hecho propuesto sea delito;
 - Que el curso de la actuación sea interrumpido en cualquier estado de la ejecución, por causas ajenas a la voluntad del agente.
- **Fórmula legal argentina**

El Código Penal argentino regula esta institución en su art. 42, en la siguiente forma: El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44.

La punibilidad a que se refiere, es: Art. 44: La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será de reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será de prisión de diez a quince años....

Dicha fórmula definitoria empleada por el art. 42 tuvo su origen en el Código Penal francés de 1810, con una muy feliz y amplia aceptación a punto tal que se difundió en las legislaciones de otros países.

Ella pone de resalto de inicio que no hay delito de tentativa, sino tentativa de delito determinado; del que se trate en cada caso particular.

Se erige así en una suerte de tipo suplementario viajero, aplicable al tipo específico del caso particular, cuya descripción admita grados de desarrollo en su acción núcleo. Esa suplementación típica produce una ampliación del núcleo típico (acción típica) hacia su etapa ejecutiva y antes de la consumación. Y lo llamamos tipo viajero porque desde la parte general de la ley penal, se traslada, en el caso concreto que corresponda, a cada figura específica, cuya consumación, por proceso ejecutivo incompleto, no se haya logrado, permitiendo de ese modo su punibilidad disminuida, adelantada.

Y dijimos cuya descripción admita grados de desarrollo en su acción núcleo porque ese parcelamiento ejecutivo de la acción es lo que permite la previsión de la tentativa. Casi todos los delitos permiten un desarrollo gradual, pero hay algunos que terminantemente no lo hacen, como son los de pura actividad, en los cuales la acción correspondiente al verbo típico se agota ni bien se inicia, sin necesidad de que quede resultado material, como pasa con el abuso deshonesto, con las injurias, etc., basta con que se produzca tocamiento impúdico; con una palabra deshonrante o desacreditante, aunque nadie lo crea. No hay desarrollo en grados: no hay posibilidad de tentativa de ese delito.

Veamos un ej. de la aplicación de ese tipo viajero de suplementación, que funciona en cada caso concreto con los elementos del delito determinado de que se trate. En el art. 79 el tipo prevé: ... el que matare a otro. Juan para matar a Pedro va a efectuar el disparo de su arma y en ese preciso momento es empujado su brazo por la autoridad, que lo detiene. Los extremos de la figura del art. 79 no se cumplieron en lo que hace a su resultado, que quedó truncado. Superpuesta la fórmula del art. 42, quedaría: El que con el fin de cometer el delito de homicidio comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad.... Tentativa

del delito de homicidio.

- **Causa de la interrupción ejecutiva**

La causa impeditiva de la consumación, la que corta el proceso ejecutivo antes de su agotamiento, es rotulada por la ley como circunstancias ajenas a su voluntad. Se trata de circunstancias externas que se oponen a la determinación voluntaria del agente; pueden ser naturales, como humanas, pero estas últimas deben ser extrañas a toda participación de este agente.

Esa presión impeditiva es la que permite sostener que el sujeto quiere continuar hasta la consumación, pero no puede. Es muy necesario tener presente este no poder pese a querer como característica de la tentativa, para poder en todo momento diferenciar la situación de la del desistimiento voluntario, en el que también se corta el proceso ejecutivo antes de la consumación, pero en este caso por una causa puesta por el propio agente: su determinación voluntaria de no continuar. Al revés de lo que pasa con la tentativa común, en este caso la fórmula sería: puede, pero no quiere.

Debe ponerse especial cuidado de no confundir con desistimiento voluntario y su efecto de no punibilidad (art. 43), la determinación de no continuar producida en el agente ante su comprobación, que lo llevan seguro al fracaso. En este caso es evidente que el agente no puede, aún cuando no quiera seguir. Son las circunstancias ajenas a su voluntad las que generan el no poder.

- **Comienzo de la ejecución**

La frontera delimitativa de la no punibilidad, propia del campo de los actos preparatorios y la de la punibilidad, específica del curso ejecutivo del delito, está dada por el comienzo de la ejecución según la fórmula legal que ya hemos citado. Por ese deslinde del área de lo inocuo, a lo cruento: no punible / punible, resulta de trascendente importancia determinar cuál es ese momento.

Sin dejar de aclarar la existencia de los esfuerzos doctrinarios realizados por la Escuela Clásica, especialmente por su maestro Carrara, y asignarles la importancia teórica que tienen, dentro de nuestra Escuela Dogmática y su tecnicismo jurídico, recurriremos a la ley, su único dogma, y nos someteremos a su mandato: su letra. De esa manera, en cada caso particular nos encontramos con la descripción típica nucleada en el verbo núcleo de la figura aplicable en particular. Este verbo, como enunciativo de acción, según su declinación, su inserción sintáctica y sus complementaciones señalará el momento mismo del inicio de la acción que él significa. Esa significación descriptiva recibe de la realidad la expresión de los hechos que viene cumpliendo el agente hasta el momento de mayor concentración, todo lo cual pone de manifiesto el plan del hecho que se ha impuesto el sujeto. Plan del hecho que permite la ubicación del momento mismo del inicio ejecutivo.

Reivindicamos así en todo momento el principio de nuestra escuela: la letra de la ley y hablaremos del comienzo típico de la ejecución.

- **Tentativa y frustración**

Tanto la tentativa como la frustración presentan el caso de un delito incompleto porque no se produjo el resultado propuesto por el agente. Lo que varía y en ello consiste su diferencia, es el momento en que el fracaso se produce. En la tentativa éste se ubica en el curso ejecutivo por lo que objetivamente –materialmente– falta hacer más y subjetivamente el agente sabe que le falta, pero no puede. En la frustración, en cambio, tanto lo objetivo como lo subjetivo del delito propuesto por el agente, está cumplido. Subjetivamente el delito está consumado, no falta nada. Materialmente y por circunstancias totalmente ajenas al sujeto, el resultado no adviene. El delito también es incompleto; pero para el agente esta no materialización del resultado (habiendo hecho todo lo previsible para su advenimiento), es un caso fortuito.

Nuestra ley penal no distingue la tentativa de la frustración y a ambas, sea por la causa que sea, las considera delitos incompletos y les confiere el mismo tratamiento punitivo.

Sólo hay una reserva respecto de la frustración que se daría en su relación con el desistimiento voluntario y es el de que, entre el agotamiento de todo lo objetivo y subjetivo a cargo del agente y el advenimiento del resultado, media un lapso que da oportunidad para que el agente produzca lo que se llama arrepentimiento activo y voluntariamente desista desactivando todo lo que hizo y evite el delito consumado. Es el caso del que pone una bomba, la deja activada y espera su estallido; pero antes de éste, se arrepiente y la desactiva, desiste.

• Punibilidad de la tentativa de delito

La ley penal prevé expresamente la punibilidad del delito tentado y lo hace en orden a las penas privativas de libertad (reclusión y prisión), distinguiéndolas según la medida de ellas, en temporales y perpetuas, tomando como base de aplicación la previsión de pena establecida para el delito consumado de que se tratare; base sobre la cual opera la reducción legal (arts. 42 y 44 C.P.).

Las penas privativas de libertad perpetuas se reducen a una escala temporal, entre cuyo máximo y mínimo, el juez, según los caracteres de gravedad del hecho y la peligrosidad del autor, fijará la pena temporal aplicable. Así, la reclusión perpetua, se reduce a reclusión entre quince y veinte años. Y la de prisión perpetua, lo hace entre diez y quince años.

Las penas privativas de libertad temporales se reducen sobre los mismo elementos, de un tercio a la mitad.

El problema respecto de la aplicación del sistema al caso concreto, no ofrece complicación respecto de las penas privativas de libertad perpetuas, por cuanto la ley, en la conversión a temporal, ofrece extremos fijos (escalas 15/20 años; 10/15 años) entre los cuales el juez hace la adecuación (arts. 40 y 41 C.P.).

La situación es diferente, dado la gran diferenciación de montos mínimos y máximos, no abarcables con una previsión general de extremos fijos, en las penas privativas de libertad temporales. Por ello es que genéricamente impone una reducción sobre la escala base del hecho consumado de que se trate, de un tercio a la mitad.

¿Pero qué significa y cómo se aplica esta fórmula?

En primer lugar, ni el tercio ni la mitad son extremos de una nueva escala, como pasa con los extremos de las perpetuas. Son reducción posible sobre una pena concreta establecida. Es decir: en el caso concreto se juzga el hecho sobre la figura base correspondiente al delito consumado y conforme a su propia escala, entre su máximo y mínimo, se aplica la pena que corresponda. Sobre esa pena ya establecida: por ej. 6 años, se aplica la reducción de la tentativa, conforme la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente. Y así:

si es de un tercio: $6 - 2 = 4$ años;

si es de la mitad: $6 - 3 = 3$ años.

Por cierto que esas operaciones no tienen porque figurar en el texto de la sentencia; sólo lo hará la mención de los arts. que se aplican.

La crítica que se le puede hacer a este procedimiento es la de que no es real por cuanto el hecho no se ha consumado y, sin embargo se lo toma como tal, lo que lleva a una hipótesis que no consulta todas las circunstancias por la sencilla razón de que no se han producido. Pero ese primer paso constituye por sí una sentencia y es sobre esa conclusión hipotética sobre la que se vuelve a juzgar y conforme la gravedad del hecho y su grado de desarrollo y esfuerzo puesto por el agente, en tentativa, se disminuye una pena ideal con

aspiración de real. Se juzga dos veces.

Los críticos proponen otra interpretación: califican el hecho determinado en función de la figura penal correspondiente a su consumación, y dado su grado incompleto (tentativa) disminuir la escala temporal que a él, como consumado le corresponde legalmente, un tercio del máximo y una mitad del mínimo, con lo cual aparecería una nueva escala punitiva, dentro de cuyos extremos, el juez juzgaría la tentativa.

Esta propuesta elimina el doble juzgamiento de la criticada, pero deja flotando la incertidumbre de cuál es el alcance de la frase: la pena que correspondería al agente, si hubiera consumado el delito... ¿Cuál?: La prevista como escala legal a individualizar y graduar en el caso concreto? O la que individualizada y graduada corresponde al agente por el delito consumado?.

• Desistimiento

El art. 43 del Código Penal dice: El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desista voluntariamente del delito.

Claro resulta de la letra legal que respecto del sujeto están reunidos todos los extremos que lo erigen en autor de la actuación que objetiva y subjetivamente lo llevan a la consumación de un delito determinado, exigiéndose también que el curso de la acción quede incompleto. Lo que varía es la causa de la suspensión.

En el caso que tratamos la causa interruptiva del proceso ejecutivo es la propia determinación del agente, sobre la base de su libre decisión. Esto último implica descartar toda presión de agentes o circunstancias externas obstaculizadoras de la voluntad de continuar del agente, que lo llevan a plantearse: quiero pero no puedo. En nuestro caso, el desistimiento se genera en causas internas, propias del agente, que lo lleva a plantearse: puedo, pero no quiero; es decir se borró la voluntad ejecutiva.

Carece de todo interés el análisis de los motivos determinantes del desistimiento, que incluso pueden ser mezquinos o espúreos. Lo que a ley le interesa es que no se cometa el delito.

La no producción del delito por propia declinación voluntaria no es punible.

• Delito imposible

En ellos existe una actividad material, intelectual y volitiva, típica; en función de un hecho determinado, que es delito, voluntariamente se desarrolla toda la acción encaminada a su consumación, pero ésta no se logra porque era total y absolutamente imposible lograrla porque el objeto material o jurídico sobre el que se dirigió no era apto, por lo que se habla de inidoneidad en el objeto o, el medio empleado era inocuo e inoperante para producir el resultado propuesto, por lo que se habla de inidoneidad en el medio.

Ejemplos: del primero de los supuestos, el intento de matar a una persona que ya está muerta: es imposible. Pero hizo todo lo necesario para matarla. Del segundo de los supuestos: con la finalidad de matar usó como medio de consumir uno inocuo –agua– que jamás podía operar el resultado propuesto: es imposible.

En estos casos no puede existir delito.

Pero lo que sí existe es la peligrosidad del agente que lo intentó. Por ello se habla de tentativa de delito imposible porque si hubiera acertado con la idoneidad hubiera cometido el delito. Sobre la base de esa peligrosidad es que esta tentativa puede resultar punible en el grado que prevé el art. 44, últ. Parte C.P.: ... si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

REINCIDENCIA

NE BIS IN IDEM. VIOLACION AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Sumario: I) Introducción. II) Objetivos. III) Ne bis in idem. a) Fuente de la garantía. b) Fórmula aplicable para la reincidencia. IV) Reincidencia: Sus dimensiones a) Reincidencia legal. b) Jurisprudencia. c) Efectos Jurídicos de la declaración de reincidencia. V) Reincidencia: Su ubicación dentro de la dogmática. Derecho Penal de Acto vs Derecho Penal de Autor. VI) Fundamentos de la reincidencia. Propuestas para su legitimación. Duro de aprender. VII) Conclusiones. VIII) Bibliografía y Jurisprudencia.

• Punibilidad ampliada. Concepto.

El tema propuesto me lleva directamente al cuestionamiento de la reincidencia como elemento que agrava la reacción punitiva del estado para fundar una relación de adecuación o contradicción con el texto constitucional que justifique la vigencia o derogación del instituto.

Es indudable la influencia decisiva que tiene en la cuestión el significado político criminal de la reincidencia entendida en este sentido como un índice de la eficacia del sistema penal, o como se ha dicho, su piedra de toque.

Esto justifica el interés que despertó la institución desde fines del siglo pasado cuando se advirtió un significativo aumento de la criminalidad del reincidente, lo que llevó a Von Liszt a decir: debemos combatir la reincidencia y salvar a los criminales de ocasión.

De allí en más el discurso más político que criminológico o jurídico pasó a utilizar la estadística con la verdad relativa que contienen siempre las cifras, atento lo arbitrario en la elección de los términos, teniendo como resultado una inundación de tablas demostrativas del aumento de la criminalidad en los reincidentes con la alarma social que ello conlleva.

Históricamente los sistemas penales en el derecho comparado que legislan la reincidencia lo hacen en forma distinta, pero siempre teniendo en común la agravación de la pena para el reincidente.

Debo destacar de inicio la tendencia actual, bienvenida sea para la reincidencia, en proyectos, códigos vigentes, que va entre otros desde la modificación de su concepto sustrayéndola de la agravación de pena para llevarla al Derecho Penal Preventivo, dentro de las medidas de seguridad –Santiago Mir Puig–, su consideración como un caso de semiimputabilidad o imputabilidad disminuida –algunos estados de USA– fundante de atenuación de pena, como la eliminación total del instituto –Proyecto Alternativo Código Penal Alemán y Código Penal de Colombia.

• Objetivos

Tengo dos objetivos en esta investigación: uno que puedo llamar **general** que consiste en fundar una propuesta de eliminación de la reincidencia de nuestros sistema penal por su inconstitucionalidad y rechazando en consecuencia cualquier agravación penal en razón de ella así como cualquier beneficio taxativamente establecido en la ley, y otro **especial** para el que me limita la extensión del mismo trabajo de investigación y la precisión del tema, teniendo como primordial éste último especial sin dejar de destacar su relación con el general.

Trataré de demostrar en ese último sentido si cualquier pretensión de agravar la pena de un delito en razón de un delito anterior ya juzgado, importa una violación del principio NE BIS IN IDEM.

• NE BIS IN IDEM

- **Fuente de la garantía**

Este principio NE BIS IN IDEM en su formulación latina es una garantía propia del derecho penal liberal y de un estado de derecho reconocido desde antiguo por las legislaciones, V Enmienda de la Constitución de EE.UU. double jeopardy y con renovada vigencia a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional con la incorporación de los Tratados Internacionales por ser materia de la Asamblea General de Naciones Unidas de Derechos Humanos, de la misma Asamblea de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto de San José de Costa Rica y, especialmente descripta en el Código Procesal Penal y en casi todas las Constituciones provinciales, siendo así implícitamente reconocida por nuestra Constitución.

- **Fórmula aplicable para la reincidencia**

Las distintas fórmulas que encontramos a veces juntas o separadas, se pueden sintetizar en 2 fórmulas lingüísticas usadas para fundar la distinta extensión de la garantía:

- Nadie puede ser penado más de una vez por el mismo hecho;
- La que trata de impedir la persecución simultánea o sucesiva por un mismo hecho, regida respectivamente por las excepciones de litis pendencia y cosa juzgada.

A la vez, para la fundamentación en nuestra jurisprudencia a NE BIS IN IDEM y reincidencia reabriendo el debate a partir del año 1985 con los fallos VARELA y REYES MEDINA y GESTERNBORN s/libertad condicional, Sala VI, II y V de la C.C.C.

- **REINCIDENCIA: SUS DIMENSIONES**

En cuanto al otro término a comparar con la garantía constitucional esbozada, se advierten tres dimensiones en la reincidencia directamente relacionadas e influenciadas unas con otras.

- **penitenciaria:** es reincidente el que se encuentra en prisión luego de haber sido condenada por otro delito;
- **criminológica:** es reincidente el que comete un nuevo delito sea o no descubierto habiendo sido sujeto a una condena precedente;
- **legal:** referida a qué es la reincidencia para nuestro derecho penal positivo vigente hoy.
- **REINCIDENCIA LEGAL**

Definiendo esta reincidencia legal, nuestro C.P. en el art. 50 dice:

Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.... y en el art. 52 mantiene la reclusión por tiempo indeterminado como pena accesoria para el caso de las reincidencias múltiples.

Con la entrada en vigencia de la ley 23.057 en el año 1984, modificatoria de sus anteriores 21.338 y 15.567, se pasa al sistema de la reincidencia real requiriendo que el autor haya cumplido de modo real esto es efectivo, una pena anterior privativa de libertad y reincidencia genérica por no requerir que el delito antecedente sea de la misma especie.

- **JURISPRUDENCIA**

Dejando de lado el tema de la inconstitucionalidad de los fallos plenarios por no ser el tema en análisis, no puedo dejar de mencionar como contrario a su anterior de la C.C.Fed. de San Martín del año 1986

que había requerido la existencia de tratamiento penitenciario para la declaración de reincidencia excluyendo por insuficiente el cumplimiento de 13 días, al Plenario de la C.C.C. del año 1989 – Guzmán interpretó por desempate que cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de condena excluyendo la detención y prisión preventiva.

Se puede adherir en pos del objetivo general planteado en esta investigación a todos los votos que sin ser el tema del plenario, se pronuncian por la inconstitucionalidad de la reincidencia, con fundamentos en la esperanza que hay para muchos, que esos mismos fundamentos que exponen sean próximamente recogidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Dres. Tozzini, Donna, Zaffaroni).

No obstante ello, destaco que en lo personal, y en lo que al plenario estrictamente se refiere, me adhiero, por considerar más fundado aunque problemático en su efectividad y cumplimiento, al voto del Dr. Oviña que se remite a cualquiera de los tiempos mínimos del régimen de penas establecidos tanto por el Código Penal como por la ley penitenciaria como por las resoluciones del servicio penitenciario. Sería interesante conocer su opinión y la de los restantes votantes a partir del dec. P.E.N. 303/96 para procesados que instituye el régimen de ejecución penal voluntario para ellos, pero ello debería ser el tema de otra investigación.

El procesado privado de libertad que se lo notifica personalmente de su sentencia de condena y en ese momento decide arrebatarse el reloj por la fuerza al funcionario que lo notifica de esa sentencia, no será considerado reincidente para la ley actual, mientras sí lo era para la anterior, pero si lo hace luego de notificado de la sentencia de condena y pasados unos días, será reincidente para la Cámara Nacional Criminal y Correccional pero no para la C.C. Federal de San Martín, lo que además de una incongruencia es una clara violación del principio de igualdad ante la ley de rango constitucional, integrativo con el de defensa en juicio de las reglas del debido proceso.

• EFECTOS JURIDICOS DE LA DECLARACION DE REINCIDENCIA

El ejemplo anteriormente expuesto es útil para demostrar que no sólo a nivel de dogmática de discurso para referirme al plano teórico, sino también que la violación de las garantías es flagrante ya que, sin analizar las cuestiones vinculadas a si la reincidencia es un hecho o un estado de lo que bastante inútilmente se ocuparon en el plenario Talam–1990 C.C.C., lo cierto es que se reincidente de conformidad con las normas del Código Penal citadas, tiene EFECTOS JURIDICOS importantes, todos operativos a partir de esa declaración de reincidencia que le correspondería o no al ladrón del reloj conforme el juez competente, en la medida de la pena, no sólo a partir de las reglas para la individualización de la pena (arts. 40 y 41 C.P.) sino también para excluirlo por ser así declarados reincidente de beneficios taxativamente vigente para los que no lo son así –independientemente de lo que haga, no haga o haga lo mismo, por ser reincidente para la ley, pobre nuestro derecho penal de acto.

Así la declaración de reincidencia impide: – la liberación anticipada (art. 14 C.P.); –la condena de ejecución condicional (art. 26 C.P.) y probation, obstaculizando la eximición de prisión y excarcelación (generalmente se les exige fianza real y aumentada) y –puede llegar a provocar la severísima reclusión accesoria del art. 52 C.P. hoy al menos más limitada a partir de la reforma sobre el art. 50 C.P. En ese sentido se abre el debate en Varela, Reyes, Medina y Gesternborn planteando la inconstitucionalidad del art. 14 C.P.

• REINCIDENCIA: SU UBICACIÓN DENTRO DE LA DOMATICA–DERECHO PENAL DE ACTO vs DERECHO PENAL DE AUTOR

Sistema que no nos libera atento la permanencia del instituto de tener que ubicar dogmáticamente a la reincidencia sea entre las calidades de autor sea como particular caracterología de la reprochabilidad.

Es entonces que con la vigencia del instituto en el sistema, regresamos como en un círculo vicioso al problema penal inicial donde la opción se encuentra siempre entre el autor y el acto.

El derecho penal de autor dando relevancia a la peligrosidad, (con fundamento en la peligrosidad y tipos especiales de carácter y renuencia al sometimiento de la ley es que se funda hoy en nuestros tribunales a la reincidencia) creando en su función los tipos de autor y adoptando la culpabilidad de autor por la conducción de vida, del carácter. Queda convertido así como describe el Dr. Zaffaroni el derecho penal en un derecho disciplinario social.

Por entender que el fundamento de la pena está en el principio de culpabilidad, defendiendo así un derecho penal de acto, dejando los problemas de conciencia y camino de Dios de Roder fuera de ese derecho penal de acto siguiendo a Feuerbach y Carrara es que debería rechazarse enfáticamente al instituto de la reincidencia, principio de culpabilidad que si bien no está reconocido expresamente con ese nomen en nuestra C.N. es otro principio implícito y propio de un estado de derecho.

Es así que algunos ven en la reincidencia un puro mecanismo de coerción estatal (Baigún).

• FUNDAMENTO DE LA REINCIDENCIA – PROPUESTAS PARA SU LEGITIMACIÓN DURO DE APRENDER

En una sociedad donde comunmente se reparten premios y castigos con fundamento en un utilitarismo de reglas y no de actos, puedo decir que no hay obstáculo alguno para que al que acumula méritos se le acumulen premios. Ej. luego de varios y seguidos Martín Fierro, se le puede dar al mismo beneficiario de todos esos Martín Fierro anteriores, sin violar ninguna regla y también con reconocimiento social un Martín Fierro mayor, de oro.

Como contrapartida, el que acumula actos reprobables sería merecedor de un castigo mayor, como en el fútbol, luego de dos amarillas viene la colorada.

Cuando un padre castiga a un hijo por volver tarde a casa con la suspensión de toda salida, fuera de ir al colegio, por una semana si luego de cumplido ello el hijo sale y vuelve a regresar tarde, no nos conmueve siquiera que el padre ante la repetición de la falta duplique el castigo anterior. No es que haya mayor culpabilidad en la segunda desobediencia sino un desafío y rebeldía contra la autoridad paterna.

Supongamos que después de ese primer regreso tarde a la casa constitutivo de la desobediencia, el hijo le diga al padre: no me importa cuánto me castigues. Yo voy a afuera hasta tan tarde como quiera. Debería el padre esperar a que ejecute lo manifestado esperando la segunda infracción para aumentar el castigo? Algunos abogados respondería que sí. Pero la mayoría de nosotros justificaríamos el aumento del primer castigo aún antes de ello.

Es este caso aplicable a nuestro derecho penal garantizador y protector de bienes jurídicos como legitimante para el mantenimiento de la reincidencia en el sistema?

Un NO rotundo es con este último ejemplo que George Fletcher en Rethinking Criminal Law rebate la teoría de Andrew von Hirsch para agravar la pena de los reincidentes fundada en una mayor culpabilidad, y lo hace explicando que ese agravamiento de pena por el padre, es válido para la autoridad familiar y particular y que tiene directamente como finalidad el mantenimiento de la autoridad misma. El castigo por las desobediencias dentro de la familia –y en el deporte puedo agregar– es muy diferente del castigo por la comisión de delitos en la sociedad liberal. Tal vez criminales arrepentidos se castigan más levemente pero puede castigarse más gravemente a los criminales orgullosos? Esa es la diferencia para Fletcher entre un estado de derecho y un estado

totalitario, entre el castigo por el hacer y por el ser, donde la autoridad reacciona contra la persistencia criminal como si con ello se desafiara su autoridad personal. Con lo que la agravación de la pena por reincidencia pasa a ser una forma de protección de la autoridad misma, lo que la torna ilegítima totalmente y por no fundada en el hecho –derecho penal de acto– contraria a nuestro régimen constitucional.

Estaría también Fletcher rebatiendo a Maurach seguido por Latagliata quien veía en la agravación de la pena por reincidencia la contrapartida de los beneficios concedidos por el arrepentimiento al delincuente a través de la condena condicional y el perdón judicial que fundan un tratamiento penal favorable. La reincidencia agrava la culpabilidad porque la posibilidad del recuerdo de la condena anterior determina una mayor aptitud en el sujeto para comprender el contenido de la prohibición y conocer el disvalor de su acción, apartándose de esa mera posibilidad de recuerdo de toda teoría dogmática de culpabilidad y por cierto apartada del segundo hecho cuya penalidad se quiere agravar por reincidencia.

La síntesis de los argumentos más relevantes demuestran, coincidiendo con los Dres. Zaffaroni, Donna, Elbert, Tozzini entre otros conforme sus respectivos votos en el mismo plenario citado, que ninguna de esas propuestas son constitucionalmente viables, sea porque conducen o tienen origen en el derecho penal de autor o llevan a la destrucción del concepto de bien jurídico.

Todos estos argumentos –inconstitucionales por cierto– están presentes en alguna medida en cada uno de los votos ya de ambos plenarios citados –a excepción de los que se pronuncian por la inconstitucionalidad del instituto– ya que todos al hacer referencia a la finalidad de la reincidencia llegan al mismo resultado de ilegitimidad y retroceso a un derecho penal de autor.

- Carrara fundaba la agravación de pena por reincidencia, tal como lo siguen actualmente los partidarios del instituto y de la fundamentación de la pena en lo preventivo especial, en la insuficiencia de la pena anteriormente cumplida, queriendo Carrara evitar con ello la acusación formulada por los abolicionistas del siglo pasado según la cual tal agravación de pena propia de la reincidencia constituye bis in idem en la medida que supone la renovada valoración de la anterior comisión delictiva ya juzgada, tratando inútilmente, a mí parecer, de mantener la reincidencia dentro de las coordenadas del derecho penal de acto defendido por el liberalismo. De allí que la construcción de Carrara partiese de un doble presupuesto de carácter negativo: por una parte, la reincidencia no puede agravar la cantidad del actual delito, ya saldado, por otra parte, tampoco puede fundarse la reincidencia en la mayor perversidad del reincidente porque el derecho penal, el juez competente de la maldad del acto, no puede mirar la maldad del hombre, sin trascender a sus propios límites.

Igualmente llega Carrara al derecho penal de autor a pesar de su esfuerzo teórico prefiriendo referirse a la mayor insensibilidad evidenciada por su recaída en el delito que a la maldad del sujeto integrante de su personalidad y ajena al derecho penal, no siendo ello en la práctica más que una cuestión de nomen.

... insuficiencia de la pena para cumplir con su finalidad preventiva–especial (nota de elevación del Proyecto por el Poder Ejecutivo insuficiencia de tratamiento penario (Navarro, Elbert en el plenario cit.).

- El criterio de la mayor alarma social que provoca el segundo delito es expuesto por Zanardeli, ya rechazado por Carrara por su eventualidad señalando Antolisei que solo los jueces y la policía saben los antecedentes, relacionado con un mayor contenido del injusto que determina una mayor alarma social debiendo decir que este mayor contenido del injusto no responde a una mayor lesión del bien jurídico afectado por el segundo delito sino que sería más bien una lesión a un bien jurídico distinto: imagen del estado como proveedor de la seguridad jurídica.

- Partiendo de una culpabilidad psicológica por la particular necesidad de la voluntad del sujeto derivando la agravación de la pena de la afectación de la totalidad del orden jurídico con independencia del bien jurídico lesionado con el segundo delito.
- Se encuentra mayoritariamente fundamento en la mayor peligrosidad positivista que por cierto, al decir de Fletcher admitiría prueba en contrario, ya que en la práctica puede haber y de hecho hay reincidentes menos peligrosos que algunos primarios con lo que la agravación de pena quedaría sin fundamentación y no admitiéndolo estaríamos ante una ficción de peligrosidad.
- La mayoría de los autores alemanes tales como Mexger, Stratenwerth, Maurach, Welzel, Jescheck, lo reconozcan o no, llegan con su fundamentación a la culpabilidad de autor viendo en el reincidente una disposición interna antijurídica.
- Quizás la posición que intenta una fundamentación más científica para la reincidencia es Armin Kaufmann, encontrando un mayor contenido de injusto por infracción a otra norma cuando se trata de justificar que toda consecuencia más gravosa en el segundo delito se deriva del primer delito –ya juzgado y con sentencia firme–. Pero, esa mayor severidad de pena está fundada en una duplicidad de normas vigentes para cada uno de los tipos: la prohibición de realizar la conducta típica y la prohibición de cometer otro delito en el futuro. Esta norma prohibitiva de comisión de otro delito en el futuro sería constitutiva de un tipo independiente, el delito de reincidencia cuyo bien jurídico protegido sería la autoridad del estado, sería esto también lo rebatido por George Fletcher como contrario a un estado de derecho.
- Llegan a decir algunos que nadie destacó su inconstitucionalidad por cuanto ese argumento, de ser cierto no es válido como fuente de legitimidad, pero además es falso por cuanto ya Carmignani y Carrara además de Carlos Tejedor, entre nosotros, se refirieron a estos inconvenientes.
- CONCLUSIONES

De todas las cuestiones analizadas resulta:

Si consideramos al principio de culpabilidad como fundamentación y límite de la pena, exigiendo una proporcionalidad entre culpabilidad y pena, marcando la necesidad para que pueda darse el reproche penal de una conducta antijurídica realizada por quien tuvo la posibilidad de abstenerse o conducirse de otro modo, principio que tiene además de justificar, la retribución actúa como límite de la pena, como freno de la intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala el límite máximo de la pena, todas las distintas pretensiones expuestas como legitimantes de la reincidencia quedan fuera de este principio de culpabilidad por ser ajenas al acto personal que genera la aplicación del principio o por ser meras razones de prevención que intentan justificar el instituto sirviendo sólo para explicar la reincidencia como integrante de un mecanismo de coerción estatal no alcanzando ninguna de ellas para incorporar la reincidencia al principio de culpabilidad, quedando la reincidencia como un mecanismo de coerción estatal en palabras de Baigún.

Considero con relación al objetivo planteado como general al inicio de esta investigación, que quedó suficientemente demostrado que el instituto de la reincidencia debe ser eliminado de nuestro sistema penal por su inconstitucionalidad fundando la misma en el principio de culpabilidad, dado que actúa como límite de la pena, como freno de la intervención estatal, pues el grado de culpabilidad señala como límite máximo de la pena, podemos decir de rango constitucional por estar reconocido como indispensable para un estado de derecho.

Ello sin dejar de reconocer que no encuentro argumento para satisfacer, en un sistema de derecho penal garantizador y protector de los bienes jurídicos, a quienes en función de la sociedad, reclaman como moral compartida que exige un mayor castigo para aquel que comete un mayor número de actos reprobables aún con posterioridad al cumplimiento de una pena privativa de libertad; pudiendo tal vez estar la solución, más que en el aumento de la pena para el reincidente, en la efectividad del sistema penitenciario lo que al decir de los hechos actuales –motines– deviene como imposible.

En cuanto al segundo punto, encuentro insuficiente aunque no calificaría siguiendo a Julio Maier como una teoría muy seria pero exagerada, la fundamentación que pretende argumentar la inconstitucionalidad de la reincidencia en la violación de la garantía NE BIS IN IDEM, dado que la agravación de la reacción punitiva del estado no se fundamenta en hecho anterior, sino en la condena sufrida, lo que puede decirse que no es más que un juego de palabras, ya que esa condena anterior en última instancia tiene origen en ese primer hecho. Pero no encuentro suficientes los argumentos expuestos para fundar la violación de la garantía, reconociendo que resulta más claro y congruente una fundamentación a partir del principio de culpabilidad.

Quedó demostrado si haber sido un objetivo propuesto inicialmente que con el agravamiento de la reacción punitiva de la reincidencia el Estado pretende protegerse a sí mismo, y su imagen de seguridad, finalidades éstas contrarias al estado de derecho y favorecedoras de ese derecho penal disciplinario social en el decir de Zaffaroni y que debemos evitar si queremos un Derecho Penal de un Estado Social Democrático de Derecho, Santiago. Mir Puig.

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SALTA – SUBSEDE BUENOS AIRES

GENDARMERIA NACIONAL

TEORIA DEL DELITO – DERECHO