

RAFAEL BERRUEZO
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Cuyo - San Luis
Argentina

DELITOS DE DOMINIO Y DE INFRACCIÓN DE DEBER

Segunda edición

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2016

Julio César Faira - Editor

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	IX
PRÓLOGO.....	XXIII
INTRODUCCIÓN.....	1

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO I

TEORÍA DEL DELITO

1. LAS DOCTRINAS IMPERANTES.....	5
2. CORRIENTES ACTUALES.....	10
3. FUNCIONALISMO.....	12
4. CONCEPTO DE DELITO.....	13

CAPÍTULO II

DELITOS DE DOMINIO

1. IDENTIFICACIÓN DE LOS DELITOS DE DOMINIO.....	15
--	----

CAPÍTULO III

COMPORTEAMIENTO

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE COMPORTEAMIENTO.....	18
3. TEORÍAS SOBRE EL COMPORTEAMIENTO: INTRODUCCIÓN.....	19
3.1. <i>Concepción natural-causalista</i>	20
3.1.1. Ricardo Núñez.....	22
3.1.2. Jiménez de Asúa.....	22
3.2. <i>Finalismo</i>	23

3.2.1. Hans Welzel	23
3.2.2. Armin Kaufmann	25
3.2.3. Reinhart Maurach	26
3.3. <i>Importancia del finalismo</i>	27
3.4. <i>Finalismo en España</i>	28
3.4.1. Cerezo Mir	29
3.4.2. Gracia Martín	29
3.5. <i>Finalismo en Argentina</i>	31
4. EL CONCEPTO SOCIAL DE LA ACCIÓN	33
4.1. <i>Conducta conforme a derecho y socialmente adecuada</i>	35
4.2. <i>Concepción negativa de la acción</i>	36
4.3. <i>Absorción del concepto de acción por el tipo</i>	36
4.4. <i>Concepto de acción de Roxin</i>	37
4.5. <i>La acción como comportamiento evitable</i>	38
5. CONCEPTO JURÍDICO DE ACCIÓN	38
5.1. <i>Concepción de Silva Sánchez</i>	38
5.2. <i>Posición de García Caveró</i>	39
5.3. <i>Concepción de Jakobs</i>	40
6. FUNCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN	43
7. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN	45
7.1. <i>La voluntad</i>	45
7.2. <i>Capacidad de acción</i>	47
7.3. <i>Medios hipnóticos y administración de narcóticos</i>	48
7.4. <i>Consecuencias de la falta de acción</i>	48
8. OMISIÓN	49
8.1. <i>Delitos de dominio de omisión</i>	49
8.1.1. Núñez	51
8.1.2. Creus	51
8.1.3. Mayer	51
8.1.4. Zaffaroni	52
8.1.5. Bacigalupo	53
8.1.6. Stratenwerth	54

9. DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN	55
9.1. <i>Omisión y una actuación final</i>	55
9.2. <i>Actuar y omitir</i>	56
9.3. <i>Toma de posición</i>	59
10. DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN O DE OMISIÓN IMPROPIA	60
10.1. <i>Discusión doctrinal de la comisión por omisión</i>	62
10.2. <i>Los mandatos de evitar el resultado y de garante</i>	65
10.3. <i>Actuación precedente. Injerencia</i>	66

CAPÍTULO IV

TIPO

1. INTRODUCCIÓN	71
2. CONTENIDO QUE SUBYACE EN LA NORMA PENAL. LA TIPICIDAD	75
2.1. <i>Elementos que abarca el tipo</i>	75
2.1.1. Jiménez de Asúa	76
2.1.2. Núñez	77
2.1.3. Creus	78
2.1.4. Zaffaroni	79
2.1.5. Donna	79
2.1.6. Jakobs	80
2.2. <i>El tipo y el principio de legalidad</i>	82
2.3. <i>Funciones que se le asignan al tipo</i>	83
2.3.1. <i>Función seleccionadora</i>	83
2.3.2. <i>Función motivadora</i>	84
3. DELITOS DE DOMINIO DOLOSOS DE ACCIÓN	85
3.1. <i>Tipos de delitos de dominio</i>	85
3.1.1. <i>Delitos de actividad o de resultado</i>	85
3.1.2. <i>Delitos de peligro concreto o abstracto</i>	86
3.1.3. <i>Delitos básicos o calificados/privilegiados</i>	88
3.1.4. <i>Delitos instantáneos y permanentes</i>	88
3.1.5. <i>Delitos comunes o especiales y de propia mano</i>	89
4. EL TIPO OBJETIVO Y EL SUBJETIVO	90

4.1. El tipo objetivo	91
4.1.1. Contenido	91
4.1.2. Elementos descriptivos y normativos del tipo	93
4.2. Las condiciones objetivas de punibilidad o elementos objetivos del tipo	96
4.3. La relación del tipo con la antijuridicidad	100
4.4. Desvalor de la acción y desvalor del resultado	101
5. EL TIPO SUBJETIVO	105
5.1. Dolo típico	107
5.2. El conocimiento como elemento del dolo	109
5.3. Dolo y conciencia del ilícito	110
5.3.1. Teoría del dolo	110
5.3.2. Teoría de la culpabilidad	111
5.4. Diferencia entre conocimiento actual y efectivo, del conocimiento potencial	113
5.5. La voluntad como elemento del dolo	114
6. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y LA CULPABILIDAD	116
6.1. Elementos de la actitud interna	117
6.2. Consecuencias principales y secundarias	117
7. CLASES DE DOLO	118
7.1. Dolo directo	118
7.2. Dolo indirecto	120
7.3. Dolo eventual	120
7.3.1. Teoría de la representación o de la posibilidad	122
7.3.2. Teoría del consentimiento o de la aprobación	123
8. DOLO ALTERNATIVO	123
9. MOMENTO DEL DOLO	124
10. REGLAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	125
11. AUSENCIA DE DOLO. ERROR DE TIPO	126
11.1. Error sobre elementos esenciales y elementos accidentales ...	131
11.1.1. Error sobre elementos esenciales	131
11.1.2. Error sobre elementos accidentales	131

11.2. Error sobre el objeto	131
11.2.1. Error in persona	131
11.2.2. Error en el proceso causal	132
11.2.3. Aberratio ictus	135
11.3. Error sobre los elementos normativos	138
12. LA TIPICIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN	139
12.1. Requisitos exigidos para que la omisión sea típica	139
13. LA TIPICIDAD EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN (OMISIÓN IMPROPIA) .	140
14. RELACIÓN ESTRECHA ENTRE EL OMITENTE Y EL BIEN JURÍDICO	141
15. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA OMISIÓN DEL GARANTE Y EL RESULTADO	142
16. DOLO EN LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN DOLOSA E IMPRUDENTE ...	144
17. DELITOS IMPRUDENTES. DOLO E IMPRUDENCIA	144
17.1. Cognoscibilidad de la realización del tipo	148
17.2. El deber objetivo de cuidado	151
17.3. Crítica a la imprudencia objetiva	153
17.4. Concepción normativa de la imprudencia	155
17.5. Momento de la previsibilidad	157
17.6. Cognoscibilidad de la causalidad	158

CAPÍTULO V

NEXO CAUSAL

1. RELACIÓN DE CAUSALIDAD	159
2. TEORÍAS	159
2.1. La equivalencia de condiciones	159
2.2. Causalidad típica	161
2.3. Teoría de la adecuación	161
2.4. Adecuación social	163
2.5. Imputación objetiva	164
3. IMPORTANCIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	170
4. IMPUTACIÓN PENAL	170

5. REGLAS DE CONDUCTAS	172
5.1. Imputación de primer nivel	172
5.2. Imputación de segundo nivel.....	174
6. CRÍTICAS	174
7. LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA	175
8. IMPUTACIÓN AL TIPO OBJETIVO	177
8.1. Riesgo permitido y no permitido	181
8.2. Ubicación dogmática del riesgo permitido	192
8.3. La exclusión de la imputación por disminución del riesgo.....	193
8.4. Concurrencia de riesgos	194
8.5. La creación del riesgo y los cursos causales hipotéticos.....	195
8.6. Resultados condicionados por distintos riesgos	198
9. PROHIBICIÓN DE REGRESO	199
9.1. La prohibición de regreso como problema de imputación penal....	204
9.2. Ámbito de la prohibición de regreso	205
9.3. El favorecimiento de una reconocible propensión al hecho	207
9.4. Teoría del fin de la norma	208
10. PRINCIPIO DE CONFIANZA	209
11. ACTUACIÓN DE LA VÍCTIMA	213
12. EL CONSENTIMIENTO EXCLUYENTE DEL TIPO Y EL OBRAR A RIESGO PROPIO...	215
12.1. ¿Quién está autorizado a consentir?	216
12.2. El consentimiento obtenido mediante fuerza o error	217
13. EL OBRAR A PROPIO RIESGO.....	220
14. DELITOS IMPRUDENTES. LA CREACIÓN DE PELIGRO DESAPROBADA	222
15. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO	223
16. INTERRUPCIÓN DEL NEXO DE IMPUTACIÓN	231
17. COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS AJUSTADOS A DERECHO	232
17.1. Determinación de la realización del riesgo	233
17.2. Relevancia del transcurso del tiempo	235
17.3. Riesgos concurrentes.....	238
17.4. Sobredeterminación del resultado.....	240

17.5. Casos de conductas alternativas	240
17.6. Identidad entre objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado.....	241
17.7. Objeto puesto en riesgo y objeto lesionado	245
17.8. La realización del tipo en los delitos de peligro	249
17.9. Delitos de peligro concreto	250
17.10. Delitos de peligro abstracto	250
17.11. Concurrencia de culpas o de riesgos.....	251
18. CRÍTICAS A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO	253
19. CASOS DEBATIDOS EN LA DOCTRINA	255

CAPÍTULO VI ANTI JURIDICIDAD

1. INTRODUCCIÓN.....	259
2. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL Y FORMAL.....	264
3. ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA E INJUSTO PERSONAL	265
4. EL ELEMENTO SUBJETIVO Y LA JUSTIFICACIÓN	268
5. EL EFECTO INDICIARIO DEL TIPO.....	271
6. ANTIJURIDICIDAD EN PARTICULAR.....	272
7. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN	272
7.1. Las fuentes de la justificación	275
7.2. Elementos normativos del tipo de justificación	276
7.3. Error en la realización de un tipo de justificación	277
8. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD.....	278
8.1. Ausencia de ataque.....	278
8.2. Consentimiento del ofendido.....	279
9. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO.....	280
9.1 Estado de necesidad	280
9.1.1. Requisitos	281
9.1.2. Estado de necesidad exculpante	284
9.2. Cumplimiento de un deber	285

9.3. Ejercicio de un derecho	285
9.4. Ejercicio de autoridad o cargo.....	286
9.5. Obediencia debida.....	286
9.6. Legítima defensa	286
9.6.1. Requisitos	287
9.6.2. Legítima defensa de terceros	293
9.6.3. Defensa privilegiada	294
10. LÍMITES DE LA ACCIÓN DEFENSIVA	294
11. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE Y DISCULPANTE.....	295
12. OMISIÓN Y PUESTA EN PELIGRO.....	296

CAPITULO VII

IMPUTACIÓN PERSONAL (CULPABILIDAD)

1. CONCEPTO	297
2. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD	299
2.1. Teorías absolutas de la pena y culpabilidad de voluntad	301
2.2. Teorías de la prevención especial y culpabilidad como actitud asocial del autor	302
2.3. Las teorías de la unión y la función de la culpabilidad	302
2.4. Teoría de la prevención general positiva y la función de la culpabilidad	302
3. CO-CULPABILIDAD	303
4. CULPABILIDAD PERSONAL Y CULPABILIDAD POR EL HECHO	303
5. TEORÍAS DE LA CULPABILIDAD	305
5.1. Teoría psicológica	305
5.2. Teoría normativa	306
5.3. Teoría finalista	310
5.4. Teoría funcionalista	312
6. LA CULPABILIDAD COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN	314
7. CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD	316
8. FUNDAMENTO MATERIAL DE LA IMPUTACIÓN PERSONAL	317

8.1. Doctrina de la libertad de voluntad	317
8.2. Necesidad de pena.....	318
8.3. Posibilidad de motivación como condición de la infracción de una norma de determinación	319
8.4. Anormalidad motivacional como fundamento de la exclusión de la responsabilidad penal	319
9. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD	320
9.1. La conciencia de la desaprobación jurídico-penal del acto	320
9.2. Error sobre la desaprobación jurídico-penal.....	323
9.3. Error vencible e invencible	324
10. TEORÍAS DEL ERROR	326
10.1. Error en el causalismo clásico (teoría del dolo).....	327
10.2. Error en el finalismo (teoría de la culpabilidad)	328
10.3. Teoría restringida de la culpabilidad	331
10.4. Error en la teoría funcionalista de Jakobs.....	332
11. ERROR EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL	334
12. INIMPUTABILIDAD	336
12.1. Art. 34, inc. 1º, del C.P.	338
a) La enfermedad mental	339
b) El desarrollo mental insuficiente	340
c) La grave perturbación de la conciencia	340
12.2. Momento de la capacidad de motivación	340
12.2.1. Actio libera in causa	341
12.2.2. Omissio libera in causa	344
12.3. Capacidad de motivación disminuida	345

CAPÍTULO VIII

TENTATIVA

1. INTRODUCCIÓN	347
2. FUNDAMENTO DE SANCIÓN DE LA TENTATIVA	348
2.1. La teoría objetiva	348
2.2. Teoría subjetiva	349
2.3. Teoría de la impresión	349

3. COMIENZO DE EJECUCIÓN. <i>ITER CRIMINIS</i>	350
3.1. <i>Teoría formal objetiva</i>	351
3.2. <i>Teoría material objetiva</i>	353
3.3. <i>Teoría objetiva individual</i>	353
4. EL DOLO EN LA TENTATIVA	355
5. FALTA DE CONSUMACIÓN	356
5.1. <i>Tentativa en los delitos de pura actividad, en los habituales, y en la autoría mediata</i>	356
5.2. <i>Tentativa inacabada y tentativa acabada (delito frustrado)</i>	357
6. LA PENA PARA LA TENTATIVA	357
7. ACTOS PREPARATORIOS, DELITO PUTATIVO, TENTATIVA IDÓNEA Y DELITO IMPOSIBLE	358
8. LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE.....	362
9. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO	362
9.1. <i>Desistimiento y concurrencia de partícipes</i>	365
10. TENTATIVA DEL DELITO DE OMISIÓN.....	366

SEGUNDA PARTE

DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER

1. INTRODUCCIÓN	371
2. ANTECEDENTES	371
3. ROXIN	373
4. JAKOBS	378
5. EL DEBER QUE SE VULNERA	381
5.1. <i>Deberes que se vulneran en Jakobs</i>	383
5.1.1. <i>Deberes estatales</i>	383
5.1.2. <i>Relaciones paterno-filiales, confianza especial</i>	384
6. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES	384
7. DELITOS IMPRUDENTES. ¿DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER?.....	386

8. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER	387
8.1. <i>Comportamiento</i>	388
8.2. <i>Autor y partícipe</i>	389
8.2.1. <i>Coautoría</i>	393
8.2.2. <i>Autoría mediata</i>	397
8.2.3. <i>Extraneus</i> como instrumento doloso	399
8.2.4. <i>Cómo se debe penar al extraneus</i>	401
8.2.5. <i>Delitos de infracción propios e impropios</i>	403
8.3. <i>Tentativa</i>	405
9. PARTICIPACIÓN FUNDADO EN INFRACCIÓN DE DEBER.....	405
10. TOMA DE POSICIÓN	410
BIBLIOGRAFÍA.....	411