

MARIANO H. SILVESTRONI

Teoría constitucional del delito

DERECHO PENAL. PARTE GENERAL.
TEORÍAS DEL ESTADO Y DE LA PENA.
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVOS.
TEORÍA GENERAL DEL DELITO

**3ª EDICIÓN
ACTUALIZADA
Y AMPLIADA**



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PREVIAS A LA TERCERA EDICIÓN	9
--	----------

CAPÍTULO I

PUNTOS DE PARTIDA

§ 1. Enfoque moral	19
a) Especulaciones morales	19
b) La moral institucional	20
c) «Ser» y «deber ser»	22
d) Estándares morales	24
e) Valoraciones morales y garantismo penal	25
§ 2. Justificación moral del Estado	26
a) Teorías de la justicia	26
b) El Estado absoluto	28
1. El Estado platónico	29
2. Thomas Hobbes y «El leviatán»	32
3. Jean Jacques Rousseau y el poder de la voluntad general	33
c) El antiliberalismo moderno	34
d) El Estado liberal	37
1. El contractualismo	37
2. La teoría de la justicia de John Rawls	39
3. El modelo libertario de Robert Nozick	40
e) Una teoría pluralista de la justicia	43
f) El derecho penal liberal	44
g) Las prestaciones positivas del Estado y «el derecho a la seguridad»	47
§ 3. Justificación moral de la pena	50
a) Las teorías tradicionales	52
1. Teoría de la retribución	52
I. El planteo. Kant y Hegel	52
II. Ventajas y objeciones	54

2. Teoría de la prevención especial	55
I. Prevención especial negativa	55
II. Prevención especial positiva	56
III. Objeción constitucional a la función resocializadora de la pena (el caso de la República Argentina)	59
3. Teoría de la prevención general	62
I. Prevención general negativa	62
II. Prevención general positiva	63
III. El funcionalismo sistémico	64
4. Teorías de la unión	67
b) El principio de «asunción de la pena» de Carlos Santiago Nino	68
c) El doble fin preventivo de Luigi Ferrajoli	69
d) Perspectivas abolicionistas. Su crítica	71
1. El abolicionismo «leninista»	73
2. El abolicionismo de Louk Hulsman	75
3. El abolicionismo «no tan abolicionista» de Nils Christie	76
4. Crítica al abolicionismo penal	78
I. Ausencia de una teoría general de la coerción	78
II. Alternativas autoritarias	81
e) La teoría negativa de la pena de Eugenio Raúl Zaffaroni	83
f) La posición crítica de Friedrich Nietzsche	85
g) Mi posición: la teoría victimojustificante de la pena	88
1. El planteo	88
2. Objeciones idealistas	91
3. ¿Retribución o prevención?	93
4. La función limitadora de la teoría victimojustificante	95
5. Algo más sobre la prevención	97
§ 4. La coerción estatal	99
a) Manifestaciones de la coerción estatal	99
b) Poder reglamentario (el mal llamado «poder de policía»)	100
c) El tipo de coerción jurídica en función del tipo de afectación	102
d) ¿Cuándo es legítima la coerción jurídico-penal?	105
e) La coerción punitiva	105
1. Inquisición y expropiación del conflicto. Crítica	105
2. El concepto de pena	109
3. Las medidas de seguridad	112
4. La coerción penal preventiva	114
I. Introducción. La coacción directa	114
II. Límites problemáticos entre pena y coacción directa	118
§ 5. Las disciplinas penales	121
a) El derecho penal y sus fuentes	122
b) Dogmática jurídica y teoría del delito. Aproximación preliminar	125
c) La política criminal	130
d) El derecho procesal penal	132
e) La criminología	133
f) Derecho penal internacional	135
1. Enfoque inicial. Ausencia de un «Estado universal»	135

2. Competencia entre diferentes sistemas punitivos internacionales	136
3. Problemas de legitimidad derivados de la inexistencia de una Agencia de Protección Dominante Internacional	138
4. Análisis sobre la moralidad institucional del sistema punitivo del Estatuto de Roma a la luz de las pautas precedentes	141
5. Conclusiones	145
§ 6. El constitucionalismo garantista	146
a) Separación entre derecho y moral. El positivismo jurídico	146
b) Juicios de vigencia y juicios de validez	148
c) Características del constitucionalismo moderno	148
d) Juicio de validez material y positivismo jurídico	151
e) La pirámide jurídica	153
1. La jerarquía normativa desde el punto de vista de la filosofía del derecho	153
2. La fuerza normativa de la Constitución. El control de constitucionalidad	154
3. El rol del derecho internacional. Monismo y dualismo	155
4. ¿Cómo queda la pirámide?	157
f) Crítica utilitaria contra el garantismo. Refutación	159
g) Reglas, principios y colisiones en materia penal	164
1. Marco conceptual	164
2. Las reglas de garantía en materia penal. Subsunción y especialidad	166
3. Las reglas del debido proceso sustantivo y el problema de las colisiones	167
4. Relación entre los derechos de la primera parte de la Constitución argentina y los derechos de los tratados incorporados al texto constitucional	169
I. El art. 75, inc. 22 de la Constitución argentina	169
II. La armonía de los derechos	169
III. El dinamismo social como contexto de los derechos	170
IV. Interpretación de la Constitución en el marco del pluralismo	170
V. Lo que está vedado por el art. 75, inc. 22	171
§ 7. Juicio por jurados	172
a) Derecho sustantivo y método de juzgamiento	172
b) Jurado y teoría del delito	173
c) Conexiones	176
d) El jurado y la duda	177
1. El principio «in dubio pro reo»	178
2. La duda objetiva	179
3. El control de la duda en el juicio por jurados	180
CAPÍTULO II	
PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES SUSTANTIVOS	
§ 8. Principios interpretativos	185
a) Principio de «ultima ratio»	185
b) Principio de razonabilidad	187
c) Principio «pro homine»	189
§ 9. Principio de afectación. El Estado como protector de bienes jurídicos	190
a) Marco conceptual	190

b) Consagración constitucional y convencional del principio de afectación	192
c) El concepto de afectación a terceros ¿Qué significa afectar a otros?	195
d) El principio de afectación como límite de la coerción estatal. La dogmática del art. 19 de la Constitución argentina	198
1. El concepto de acción privada	199
2. La moral	202
3. El orden	206
e) El concepto de bien jurídico	207
f) El principio de lesividad. La «afectación jurídico-penal» como presupuesto de la sanción penal	210
g) Problemas en torno a la tolerancia	213
1. ¿Un círculo vicioso?	213
2. Pulsiones «fachistas»	221
3. Algo más sobre tolerancia y discriminación	222
§ 10. Principio de la acción	223
a) El derecho penal de acto	223
b) Consagración constitucional y convencional	226
1. Fórmulas que imponen una interpretación a contrario	226
2. Fórmulas que se refieren literalmente al delito como acción	230
c) Principio de tipicidad	231
1. El principio	231
2. Algunas figuras problemáticas	231
d) Refutaciones y contra refutaciones. «El detector de delincuentes» y el derecho penal de autor	233
§ 11. Principio de legalidad	237
a) Concepto y sentido constitucional	237
b) Ley penal en blanco	239
c) Tipos abiertos	231
d) Interpretación analógica y extensiva	242
e) La ley penal aplicable	243
1. Ámbito de validez temporal de la ley penal	243
2. Ámbito de validez espacial de la ley penal	245
I. Principio rector: el principio de territorialidad	245
II. Excepciones y complementos al principio de territorialidad	247
3. Ámbito de validez personal de la ley penal	247
§ 12. Principio de culpabilidad	248
a) Concepto, contenido y fuente del principio de culpabilidad	249
b) La seguridad jurídica	254
c) Incidencia del principio de culpabilidad en la teoría del delito	254
d) Principio de intrascendencia de la pena	256
CAPÍTULO III	
TEORÍA DEL DELITO	
§ 13. Lineamientos generales	259
a) Aproximación crítica a la teoría general del delito	259

b) Los estratos sistemáticos del hecho punible. Necesidad y función constitucional	267
c) Evolución de la teoría del delito. Causalismo, finalismo y postfinalismo	273
§ 14. La acción	276
a) ¿Concepto jurídico o prejurídico?	276
b) El concepto de acción	279
c) Causales de exclusión de la acción	281
d) Críticas y refutaciones en torno al concepto final de acción	282
e) Acción y omisión	286
f) Acción y personas jurídicas	292
§ 15. Tipicidad	294
a) Marco conceptual	294
b) El peligro del vaciamiento de la tipicidad	296
c) Clasificación de los tipos penales	298
d) Criterios sustanciales de subsunción	300
1. La lesividad como presupuesto de la tipicidad	301
2. El problema de los delitos de peligro abstracto	302
3. Ámbito de prohibición de la norma	304
4. El principio de confianza	306
e) El tipo objetivo	308
1. Elementos del tipo objetivo	308
2. Atribución objetiva del resultado	310
I. El problema de la causalidad	310
II. Teoría de la imputación objetiva	314
II.1. La teoría de la imputación objetiva según Roxin	314
a. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado	314
b. Realización del riesgo en el resultado	315
c. Alcance del tipo	318
II.2. La imputación objetiva según Jakobs	318
III. Crítica sistemática a la teoría de la imputación objetiva	320
IV. Crítica político-constitucional a la teoría de la imputación objetiva	322
f) El tipo subjetivo	325
— El dolo	325
I. Marco conceptual. Diferentes formas abstractas de concebir el dolo	325
II. Concepto y clases de dolo	328
III. El dolo eventual	331
III.1. Diferentes concepciones doctrinarias	331
III.2. Mi posición: el «criterio de la tentativa»	335
g) Error de tipo	337
h) Especiales elementos subjetivos del tipo	341
i) La culpa	342
1. El tipo culposo. Marco conceptual	342
2. Elementos del tipo culposo	347
3. Clases de culpa. Algo más sobre el dolo eventual	348
j) La imputación subjetiva	351
§ 16. Delitos de omisión	352
a) Estructura del tipo y norma imperativa	353

b) Omisión propia e impropia	355
c) Diferentes técnicas legislativas	356
1. Regulación expresa en la parte general (los códigos español y alemán)	357
2. Falta de regulación en la parte general (el Código Penal argentino)	359
d) Inconstitucionalidad de la teoría de la equiparación	360
e) Elementos del tipo objetivo omisivo	362
f) El deber de garante	363
g) El dolo en la omisión	365
h) La omisión culposa	366
i) Tentativa omisiva	368
j) Autoría y participación omisivas	369
§ 17. Cursos causales hipotéticos en los tipos culposos y omisivos	370
§ 18. Particularidades de la tipicidad	375
a) Disvalor de acción y disvalor de resultado	375
1. Introducción. El planteo subjetivista	375
2. Mi posición. La relevancia del resultado	377
b) Tentativa	383
1. Concepto y fundamento constitucional	383
2. Comienzo de la tentativa	386
3. Progreso de la tentativa y desistimiento voluntario	392
I. Tentativa acabada e inacabada	392
II. Desistimiento voluntario	393
4. Tentativa inidónea	394
I. Marco conceptual	394
II. Inidoneidad en el sujeto y delito putativo	395
III. Inidoneidad en el objeto y falta de tipo	397
IV. Inidoneidad en el medio	398
§ 19. Concurso de delitos	399
a) El concurso aparente	400
b) Concurso ideal y real	401
c) El delito continuado	404
§ 20. Autoría y participación criminal	405
a) Conceptos de autoría	405
b) La teoría del dominio del hecho	407
c) La coautoría	409
d) La autoría mediata	411
e) Participación en sentido estricto	415
f) La accesoriedad	417
g) La tipicidad subjetiva del partícipe	420
§ 21. Antijuridicidad	421
a) Marco conceptual	421
b) La antijuridicidad estrictamente penal	422
c) Las causales de justificación	425
d) Causales de justificación en particular	427
1. El consentimiento del titular del bien jurídico	427
2. Ejercicio de un derecho y cumplimiento de un deber	430

3. Estado de necesidad	431
4. Legítima defensa	433
I. Configuración dogmática	433
II. Agresión ilegítima	434
III. Actualidad e inminencia de la agresión	435
IV. Necesidad del medio empleado	436
V. Racionalidad del medio empleado (¿Proporcionalidad?)	437
VI. Falta de provocación suficiente	439
5. Legítima defensa y actuación de los agentes del Estado	439
I. Principio rector	439
II. Toma de rehenes	441
III. Tiroteos	442
IV. El orden en la vía pública	443
§ 22. Culpabilidad	445
a) Introducción. Evolución inicial del concepto de culpabilidad	445
b) Irrupción de la prevención (la teoría de Claus Roxin)	448
c) La muerte de la culpabilidad (la teoría funcionalista de Günter Jakobs)	450
d) Crítica a la teoría funcionalista de la culpabilidad	451
e) El libre albedrío	455
f) Mi posición: la culpabilidad como juicio antisistema	458
g) Configuración sistemática de la culpabilidad	460
1. Capacidad de ser culpable (imputabilidad)	460
I. Las medidas de seguridad, penas sin culpabilidad	462
II. La «actio liberae in causae» (ALIC)	463
2. Comprensión virtual de la antijuridicidad. El error de prohibición	466
3. Exigibilidad	473
4. ¿Negación y atenuación del reproche por problemas del autor?	475
§ 23. Punibilidad	477
§ 24. Individualización de la pena	480
EPÍLOGO	483
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	485