



# Derecho penal sobre bases constitucionales

Daniel Rafecas

CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA E 5148,	INVENTARIO 153.861



edicionesDidot



# Índice

<b>PRÓLOGO</b>	19
<b>AGRADECIMIENTOS</b>	27
<b>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b>	29
<b>Capítulo I</b>	
<b>EL DERECHO PENAL</b>	31
1. Acerca de nuestro saber	31
2. Una genealogía del concepto liberal de Derecho penal	34
3. Concepto de Derecho penal	37
4. Derecho penal <i>versus</i> poder punitivo estatal	40
5. Concepto de política criminal	43
6. Conclusiones en torno al concepto de Derecho penal	44
7. Acerca del "Derecho penal del enemigo"	47
<b>Capítulo II</b>	
<b>EL SISTEMA DE GARANTÍAS PENALES</b>	53
1. Marco introductorio. El sistema de axiomas que rigen al Derecho penal	53
1.1. No hay pena sin delito, ni delito sin ley (previa)	54
1.2. No hay ley penal sin necesidad	56
1.3. No hay necesidad sin afectación a un bien jurídico	67
1.4. No hay afectación a un bien jurídico sin conducta	72
1.5. No hay conducta punible sin tipicidad penal	76
1.6. No hay tipicidad punible sin antijuridicidad	85
1.7. No hay injusto punible sin culpabilidad	86
2. Conclusiones	88
<b>Capítulo III</b>	
<b>EL SISTEMA PENAL</b>	91
1. Relevancia de su abordaje	91
2. Los sistemas sociales	91
3. El Estado como sistema	97

4. Concepto de sistema penal	97
5. Historia de los sistemas penales	98
6. Los sistemas penales en la actualidad	101
6.1. La agencia policial	102
6.2. La agencia judicial penal	103
6.3. La agencia penitenciaria	104
6.4. El Poder Ejecutivo (en tanto agencia del sistema penal)	104
6.5. El Poder Legislativo (como agencia del sistema penal)	105
6.6. Los medios de comunicación (como agencia del sistema penal)	106
6.7. Las organizaciones representativas de la sociedad civil (como agencia del sistema penal)	108
6.8. La comunidad internacional	109
7. Dinámica interna del funcionamiento del sistema penal	110
8. El rol de los integrantes de la agencia judicial penal	111
9. Algunos conceptos relevantes	113
9.1. Criminalización primaria y secundaria	113
9.2. Selectividad penal	115
9.3. Vulnerabilidad penal	118
10. El sistema penal subterráneo	122
11. El trágico círculo vicioso de nuestros sistemas penales	125
<b>Capítulo IV</b>	
<b>TEORÍA DE LA PENA</b>	129
1. Marco introductorio	129
2. Genealogía del poder punitivo estatal	130
3. Su legitimación teórica	132
4. Principios básicos para fundamentar el castigo penal	134
5. Teorías de la pena	136
5.1. Prevención general negativa (teorías de la intimidación)	136
5.2. Prevención especial positiva (teorías de la resocialización)	139
5.3. Prevención especial negativa (teorías de la inocuización)	145
5.4. Prevención general positiva (funcionalismo sistémico)	152
5.5. Teorías mixtas o combinadas de la pena	156
5.6. Teorías retributivas de carácter absoluto	157
6. Conclusión	159
7. En busca del necesario discurso legitimante de la pena: <i>la teoría de la compensación de culpabilidad por el injusto</i>	159
8. Crítica a la teoría de la <i>función ético-social</i> de las normas penales	166

9. El injusto (graduable) como componente central de la pena en concreto	169
10. Castigo penal y teorías abolicionistas	172

**Capítulo V****LA TEORÍA DEL DELITO**

1. Concepto y funciones	177
2. La teoría de los <i>elementos negativos del tipo</i>	181
3. La teoría del delito como realización del Derecho constitucional	183

**Capítulo VI****CONDUCTA**

1. Genealogía del concepto	187
2. Concepto de conducta: ¿ontológico o normativo?	193
3. ¿Pueden realizar conducta las personas jurídicas?	196
4. Conclusiones en torno del concepto de conducta	204
5. Causales de <i>falta de acción o ausencia de conducta</i>	206
5.1. Fuerza física irresistible	207
5.2. Actos reflejos	208
5.3. Ausencia de consciencia	209
5.4. ¿Hipnosis?	214
5.5. Acerca de los actos impulsivos o en cortocircuito	215
5.6. La tenencia como conducta	217
5.7. Conclusión provisional	218
5.8. Legislación penal de autor	218
5.8.1. Antecedentes históricos	218
5.8.2. La cuestión en la actualidad	222
5.8.3. Las medidas de seguridad como legislación penal de autor	225

**Capítulo VII****TIPICIDAD**

1. Concepto y funciones	231
2. Tipicidad objetiva	233
2.1. Nexo de causalidad	233
2.1.1. Causalidad e imputación, en dos planos separados	240
2.1.2. Ausencia de nexo causal en la omisión	241
2.1.3. Teoría de la condición y cursos causales hipotéticos	244

2.1.4. Ruptura determinante de una serie causal	247
2.1.5. Causalidad cumulativa	248
2.2. Imputación objetiva	248
2.2.1. ¿En qué sentido la teoría de la imputación objetiva ha contribuido a limitar el poder punitivo?	249
2.2.2. ¿Cuál es el punto de inicio para comprender la teoría de la imputación objetiva?	250
2.2.3. Riesgos permitidos aún no regulados expresamente	259
2.2.4. Primera regla: creación de un riesgo jurídicamente desaprobado o riesgo no permitido	260
2.2.5. Grupos de casos donde se excluye la imputación	264
a) Riesgo permitido	267
b) Principio de confianza	271
c) Prohibición de regreso a conductas neutrales	278
d) Autopuestas voluntarias en peligro	291
2.2.6. Segunda regla: realización del riesgo en el resultado lesivo	297
2.2.7. Afirmación de la imputación cuando el CACD hubiese puesto a salvo el bien jurídico	300
2.2.8. Grupos de casos donde se excluye la imputación	304
1) Casos en donde el riesgo no permitido no es el que se realiza en el resultado	304
a) Primera variante: El CACD hubiera sido inútil	304
b) Segunda variante: El CACD solo <i>posible</i> o <i>probablemente</i> hubiese evitado el resultado	305
c) Acerca de la <i>teoría del incremento del riesgo</i>	308
2) Casos en donde la atribución de un resultado a un determinado riesgo no permitido se encuentra más allá del alcance de la norma prohibitiva	311
2.3. Lesividad	316
2.3.1. Concepto y funciones	316
2.3.2. Fines de las normas jurídico-penales	319
2.3.3. El bien jurídico	323
a) Puesta en crisis del concepto material de bien jurídico	332
2.3.4. Primera regla de exclusión: ausencia de afectación al bien jurídico	338
a) El consentimiento expreso	339
b) ¿Es la <i>vida</i> un bien jurídico disponible?	345
c) Límites del consentimiento expreso	354

d) Consentimiento y error de tipo	355
2.3.5. Segunda regla de exclusión: insignificancia en la afectación del bien jurídico	355
2.3.6. El “peligro abstracto”: su inconstitucionalidad	361
a) El impacto del “peligro abstracto” en el sistema penal	367
b) El “peligro abstracto” y los delitos cumulativos	373
c) Conclusiones en torno al “peligro abstracto”	375
d) La necesaria derivación de las figuras de “peligro abstracto” al Derecho administrativo sancionador	377
2.4. Otras exigencias de la tipicidad objetiva	378
2.4.1. Núcleo típico	378
2.4.2. Elementos descriptivos y normativos	380
2.4.3. Elementos normativos de recorte	384
2.4.4. Elementos de la autoría	388
2.5. Clases de tipos	390
2.5.1. Acerca de los delitos de propia mano	392
2.5.2. Otras clasificaciones de tipos	393
3. Tipicidad subjetiva	397
3.1. Concepto y funciones	397
3.2. Primer componente del dolo: el conocimiento	399
3.2.1. Acerca de la “ignorancia deliberada”	401
3.2.2. Error de tipo	403
a) Error de tipo y autoría mediata	405
b) Consecuencias del error de tipo	406
3.2.3. Otras clases de error que recaen sobre el dolo	410
a) Error sobre el objeto o sobre la persona	410
b) <i>Aberratio ictus</i>	411
c) <i>Dolus generalis</i>	412
3.3. Segundo componente del dolo: la voluntad	416
3.3.1. Clases de dolo	417
a) Dolo directo de primer grado y de segundo grado	417
b) Dolo eventual	420
3.3.2. ¿Dolo sin voluntad?	430
3.3.3. En defensa del elemento conativo como componente esencial del dolo	431
3.3.4. ¿Es punible la mera intención criminal?	434
3.3.5. Acerca del <i>error de tipo al revés</i>	435
3.4. Elementos subjetivos distintos del dolo	437

<b>Capítulo VIII</b>			
<b>TIPOS IMPRUDENTES</b>			
1. Concepto	439		
2. La imprudencia como injusto	439		
3. Punición de la imprudencia	442		
4. Formas de imprudencia	449		
4.1 Imprudencia consciente	450		
4.1.1. Aspecto subjetivo del tipo imprudente	450		
4.1.2. Aspecto objetivo del tipo imprudente	455		
4.2. Imprudencia inconsciente	457		
5. Formas de participación: autoría simultánea y coautoría imprudente	462		
6. Autoría y complicidad en el delito imprudente	463		
7. ¿Tentativas imprudentes?	463		
8. Resumen	465		
<b>Capítulo IX</b>			
<b>TIPOS OMISIVOS</b>	467		
1. Concepto	467		
2. Clasificación de las omisiones	469		
2.1. Delitos de omisión simple	471		
2.2. Delitos de comisión por omisión	477		
2.2.1. Dedución de los núcleos típicos activos	481		
2.2.2. Formas de aparición de la comisión por omisión	489		
2.2.3. La posición de garante	491		
a) Dominio del hecho como dominio de protección o custodia	494		
b) Dominio del hecho como dominio de control o aseguramiento	500		
3. Punición de los tipos omisivos	505		
<b>Capítulo X</b>			
<b>ANTI JURIDICIDAD</b>	509		
1. Concepto y funciones	509		
2. Aspecto objetivo de la antijuridicidad	514		
2.1. Las causas de justificación	514		
2.2. Las causas de justificación y los principios que las regulan	519		
3. Legítima defensa	519		
3.1. Principios que la regulan	521		
3.2. Exigencias legales (arts. 34, incs. 6 y 7, C.P.)	527		
3.3. Presunciones <i>iuris tantum</i> de legítima defensa	533		
3.4. Legítima defensa de terceros	536		
4. Estado de necesidad justificante	537		
4.1. Estado de necesidad justificante defensivo	542		
4.2. Estado de necesidad justificante agresivo	544		
5. Acerca del <i>consentimiento presunto</i> como causa de justificación	550		
6. Acerca del <i>ejercicio legítimo de un derecho</i> como causa de justificación	552		
7. Aspecto subjetivo de la antijuridicidad	557		
7.1. Concepto y función limitadora	557		
7.2. El exceso en los límites de la justificación	567		
7.2.1. El caso "Santos"	569		
7.2.2. El caso "Pacífico"	570		
7.2.3. Desproporción extrema	571		
7.2.4. El tratamiento del exceso en el Código Penal alemán	571		
7.3. El error de justificación	572		
7.3.1. Teoría limitada de la culpabilidad	573		
7.3.2. Teoría estricta de la culpabilidad	578		
7.3.3. Exceso respecto de una legítima defensa putativa	581		
7.4. Resumen	582		
<b>Capítulo XI</b>			
<b>CULPABILIDAD</b>			585
1. Antecedentes históricos			585
2. El problema del determinismo			588
3. Concepto y función de la culpabilidad			591
4. Crítica al concepto <i>funcionalista sistémico</i> de culpabilidad			595
5. Causas de exculpación			598
6. Inimputabilidad			599
6.1. Concepto y exigencias legales			599
6.2. Interpretación y alcance actuales del art. 34, inc. 1°, C.P.			602
6.3. Análisis de las exigencias del art. 34, inc. 1°			604
6.3.1. Factores psicológicos			604
1) Alteraciones morbosas de las facultades mentales			604
2) Insuficiencia de las facultades mentales			604
a) Debilidad mental			605
b) Niñez y adolescencia			606
3) Estados de inconsciencia			608
a) Factores exógenos			608

b) Factores endógenos	611
6.3.2. Factores jurídico-penales	613
1) Posibilidad de comprensión de la criminalidad del acto	614
2) Posibilidad de dirigir sus acciones	615
6.4. El momento del hecho y la teoría de la <i>actio liberae in causa</i>	615
6.5. Aplicación de la <i>actio liberae in causa</i> para atribución de responsabilidad por imprudencia	618
7. Error de prohibición	619
7.1. Concepto y ubicación sistemática	619
7.2. Culpabilidad "por la conducción de vida"	622
7.3. Clases	625
7.3.1. Error de prohibición directo	626
7.3.2. Error de prohibición indirecto o de permisión	627
7.3.3. Error de prohibición indirecto que recae sobre los límites del permiso	628
7.4. Vencibilidad	631
7.4.1. Reglas aplicables	631
a) El error culturalmente condicionado	638
b) Situaciones donde al autor se le generan dudas sobre la criminalidad de la conducta	639
c) Conclusión	642
7.5. Cuadro general de los errores en la teoría del delito	643
8. Inexigibilidad de otra conducta	644
8.1. El estado de necesidad exculpante	644
8.2. El derecho a la protesta social como situación exculpante	651
8.3. Colisión entre dos deberes equivalentes	654
9. Vulnerabilidad penal y culpabilidad	658
10. Culpabilidad cualitativa y cuantitativa	665
10.1. Culpabilidad cualitativa	665
10.2. Culpabilidad cuantitativa	666
11. El error de exculpación	668
12. Acerca de las condiciones objetivas de punibilidad	669
<b>Capítulo XII</b>	
<b>PARTICIPACIÓN CRIMINAL</b>	671
1. Concepto y funciones	671
2. Evolución histórica	672
2.1. Las teorías objetivas	672

2.2. Teoría subjetiva	673
3. Autoría	676
3.1. La teoría del dominio del hecho	676
4. Coautoría	678
4.1. Elementos de la coautoría	679
4.1.1. Realización en común (elemento objetivo)	680
4.1.2. Contribución esencial durante la ejecución (elemento objetivo)	684
4.1.3. Plan común (elemento subjetivo)	685
4.2. Conclusiones	688
4.3. El caso "Mariano Ferreyra" y la coautoría aditiva	692
5. Autoría mediata	693
5.1. Grupos de casos	695
5.1.1. El instrumento obra sin dolo	695
5.1.2. El instrumento obra justificada o inculpablemente	697
5.1.3. El autor mediato se vale de un aparato de poder organizado	699
6. Complicidad	704
6.1. Principios generales	704
6.2. Accesoriedad de la complicidad	708
6.3. Acerca de la comunicabilidad de las circunstancias agravantes y atenuantes	708
6.4. Complicidad e <i>iter criminis</i>	709
6.5. Aspecto subjetivo de la complicidad	710
6.6. Formas de complicidad	712
6.6.1. Complicidad primaria	712
6.6.2. Instigación	716
a) Aspecto subjetivo de la inducción	722
b) El tipo de instigación pública a cometer delitos	724
c) El agente encubierto	725
d) Punición de la instigación	727
e) ¿Inducción en aparatos organizados de poder?	728
6.6.3. Complicidad secundaria	729
a) Complicidad ulterior con acuerdo preacordado	731
7. El caso "Cabezas": un crimen cometido mediante coautoría funcional, complicidad primaria e instigación	732
7.1. Acerca de la privación de la libertad	734
7.2. Acerca del homicidio	737
8. Acerca de los <i>delitos de infracción de deber</i>	739

<b>Capítulo XIII</b>	
<b>PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN</b>	
1. El <i>iter criminis</i>	747
2. Preparación	749
3. Tentativa	752
3.1. Concepto y características	752
3.2. Punición de la tentativa	763
3.3. Tentativa idónea e inidónea	775
3.3.1. Inidoneidad en los medios	776
3.3.2. Inidoneidad en el objeto y en el autor	778
3.4. Conclusiones en torno a las tentativas inidóneas en el objeto y en el autor	785
3.5. Desistimiento de la tentativa	786
3.5.1. Concepto	786
3.5.2. Fundamentación de su existencia	787
3.5.3. Voluntariedad	789
3.5.4. Desistimiento definitivo	791
3.5.5. Imposibilidad frente a la tentativa fracasada	791
3.5.6. Ausencia de consumación	793
4. Consumación	796
5. Agotamiento	800
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	801