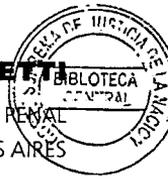


MARCELO A. SANCINETTI

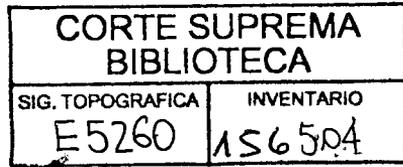
PROFESOR DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

DESDE 2021: PROFESOR EMÉRITO
UBA 200 (2021)



Teoría del delito y disvalor de acción

UNA INVESTIGACIÓN SOBRE LAS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS
DE UN CONCEPTO PERSONAL DE ILÍCITO CIRCUNSCRIPTO
AL DISVALOR DE ACCIÓN



4ª REIMPRESIÓN



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA EDITOR

ÍNDICE ANALÍTICO

PRÓLOGO A LA 4ª REIMPRESIÓN (2022)	IX
PRÓLOGO A LA 1ª REIMPRESIÓN (2001)	XXIX
PRÓLOGO DEL AUTOR (1991)	XXXI
AGRADECIMIENTOS	XXXV

INTRODUCCIÓN:

ÁMBITO Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	1
§ 1. ¿Acción o resultado?	1
§ 2. Las diversas respuestas	2
I. El dogma causal: la visión "resultatista" del ilícito	2
II. El paradigma finalista: la coexistencia del disvalor de acción y del disvalor de resultado	4
III. El dogma de la voluntad: la visión puramente "accionista" del ilícito	6
§ 3. Justificación y objetivos de la investigación	7
I. El problema	7
II. El estado de la discusión en la Argentina	8
III. Los propósitos concretos: la investigación horizontal	9
§ 4. El marco bibliográfico	11

PRIMERA PARTE

FUNDAMENTACIÓN DE UNA TEORÍA SUBJETIVA DEL ILÍCITO

CAPÍTULO PRIMERO

PUNTOS DE PARTIDA	13
--------------------------------	----

I — LOS MODELOS DE ILÍCITO POSIBLES	15
--	----

§ 1. La teoría de los imperativos	15
§ 2. El ilícito como lesión del bien jurídico	18
§ 3. La doctrina del "ilícito personal"	24
I. HANS WELZEL	24
II. ARMIN KAUFMANN	28
III. DIETHART ZIELINSKI	33

II — LA DECISIÓN EN FAVOR DE UNA TEORÍA SUBJETIVA

-----	39
§ 1. ¿Permite, el concepto de norma, una decisión no controvertible? -----	39
§ 2. ¿Es factible derivar la decisión a partir de las reglas del derecho positivo? -----	42
§ 3. ¿Es factible derivar la decisión a partir de las teorías de la pena? -----	45
§ 4. La elección del punto de partida -----	51
I. La necesidad de la proposición de un concepto de norma -----	51
II. La decisión propuesta -----	52
§ 5. Los caminos para la corroboración del punto de partida propuesto -----	58
I. La consideración del disvalor de resultado como dato cultural del pensamiento imputativo -----	58
A) La cuestión -----	58
B) El mito del resultado -----	60
1) Mito secundario del resultado -----	60
2) Mito primario del resultado -----	63
II. Las posibilidades de "falsación" de una hipótesis normativa -----	63

CAPÍTULO SEGUNDO

EL MITO DE LA "GARANTÍA" DEL RESULTADO

69

I — RESULTADO Y DERECHO PENAL LIBERAL

71

-----	71
§ 1. La defensa resultatista de Carlos Nino -----	71
I. El "silogismo de correspondencia" -----	71
II. La falacia del "silogismo de correspondencia" -----	73
III. Algunas precisiones sobre la tesis de Nino -----	77
A) Sociedad e individuo en John Stuart Mill -----	77
B) Intenciones, motivos, y derecho penal de autor -----	79
1) Derecho penal moralizante -----	80
2) Intención futura y actual -----	81
3) Intenciones y motivos -----	82
4) Elementos subjetivos y derecho penal de autor -----	83
§ 2. La defensa resultatista de Jaime Malamud Goti -----	84
I. El punto de partida: utilidad y coherencia -----	84
II. Un retorno al "silogismo de correspondencia" -----	85
III. A la búsqueda de normas positivas resultatistas -----	87
IV. Hacia la unión de acción y resultado -----	89
V. Culpabilidad e ilícito: moral y derecho -----	90
§ 3. La defensa resultatista de Juan Bustos Ramírez -----	92
I. Prevenciones contra "objetivismo" y "subjetivismo" -----	92
II. Su crítica a la concepción de Welzel sobre el bien jurídico -----	93
§ 4. Bien jurídico, norma y disvalor de acción -----	98

II — RESULTADO Y PENSAMIENTO PRIMITIVO

-----	101
§ 1. La cuestión -----	101
§ 2. Hans Kelsen y la idea primitiva de la naturaleza como sistema de imputación -----	102
I. La interpretación social de la naturaleza -----	102
A) El hombre primitivo ante la naturaleza -----	102
B) Psique primitiva y colectivismo -----	104
C) La naturaleza como sistema de imputación -----	105
D) La negación de fuerzas impersonales -----	106
II. Principio de retribución y venganza -----	107
A) La retribución como principio fundamental de la vida social primitiva -----	107
B) Principio de retribución y talión -----	108
C) La retribución en los mitos de la creación -----	109
§ 3. El carácter constitutivo del resultado como resabio del pensamiento primitivo -----	110
I. Una imputación (atribución) irracional -----	110
II. El paradigma vigente como producto "semi-animista" -----	113
III. Razones, tradiciones y política criminal -----	115

SEGUNDA PARTE

CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA SUBJETIVA DEL ILÍCITO

119

CAPÍTULO PRIMERO

FUNDAMENTACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL ILÍCITO

123

I — LÍMITES SUBJETIVOS DEL DELITO DOLOSO DE LESIÓN

127

-----	127
§ 1. Planteo del problema -----	127
§ 2. Distinción entre dolo directo y eventual. El problema de la consciencia insegura -----	128
§ 3. La hipótesis de la investigación -----	130
I. El punto de partida de la norma -----	130
II. ¿Es menos grave el "dolo eventual"? -----	131
§ 4. La alternativa entre conocimiento y voluntad -----	134
§ 5. Revisión crítica del estado de la discusión -----	136
I. El punto de partida de la representación -----	136
II. La teoría de la probabilidad -----	139
III. Las teorías de la voluntad -----	140
A) La teoría del consentimiento -----	141
B) Las teorías de la motivación ("indiferencia" o "sentimiento") -----	145
C) Evaluación de las teorías de la voluntad -----	150
1) El problema político-criminal -----	150
2) El caso paradigmático de Jiménez de Asúa -----	151

IV. Las teorías eclécticas	157
A) Restricción por la "confianza"	157
B) La teoría de la evitación	165
V. Alternativas de solución	167
A) El dolo eventual como imprudencia consciente	167
B) La imprudencia consciente como dolo eventual	169
§ 6. El camino para la solución	170
I. El punto de partida: la representación	170
II. La construcción del "tipo objetivo"	172
III. La inversión de la fórmula de Frank	174
IV. ¿Existen acciones alcanzadas sólo por el ilícito imprudente?	175
V. Elevación del riesgo y riesgo permitido	177
VI. Hacia un concepto unitario de dolo y su gradación en el ilícito	178

II — LÍMITES SUBJETIVOS DEL DELITO DE PELIGRO Y DEL DELITO IMPRUDENTE

183

A. EL DELITO DE PELIGRO

§ 1. El problema	185
§ 2. Peligro concreto y abstracto	188
§ 3. El contenido posible del dolo, en los delitos de peligro	191
§ 4. El ejemplo de diversas figuras de peligro en el Código Penal argentino	192
I. Puesta en peligro de bienes jurídicos individuales	192
A) Lesiones con peligro de muerte	192
B) Abuso de armas	196
C) Abandono de personas	202
II. Delitos de peligro común	207
A) Incendio y otros estragos	208
B) Tenencia de armas y explosivos	214
C) Atentados contra medios de transporte	215
§ 5. ¿Qué queda para la funcionalidad de los delitos de puesta en peligro?	217
I. Determinación de la norma y "ceguera ante los hechos" ("Tatsachenblindheit")	217
II. La "calificación por el resultado": El (denominado) delito preterintencional	218

B. EL DELITO IMPRUDENTE

§ 1. El problema	221
§ 2. La ineficacia del dogma causal en la explicación del delito imprudente	223
§ 3. La evolución de las explicaciones finalistas del delito imprudente	227
§ 4. El tipo subjetivo del delito imprudente. La escuela de Bonn	232
§ 5. Congruencia entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo"	235
I. "Tipo abierto" y construcción del "tipo objetivo"	235
II. El error de tipo (de imprudencia) y la gradación de "síndromes de riesgo"	238

III. Síndrome de riesgo y error de prohibición	240
IV. El "componente-sin-haber" ("ohne-zu-Komponente")	241
§ 6. Imprudencia consciente e inconsciente	244
§ 7. Imprudencia y participación	246
§ 8. La función del resultado y su relación de antijuridicidad	249
I. El componente casual del resultado y la restricción de la punibilidad	249
II. Relación de antijuridicidad e imputación objetiva	253

III — COMPONENTES SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO

257

§ 1. La cuestión	257
§ 2. Clasificación de los elementos subjetivos del ilícito	262
§ 3. Los componentes subjetivos en el Código Penal argentino	263
I. Dolo directo	263
A) Disvalor de intención	263
B) Disvalor de conciencia segura	265
C) ¿Equiparación entre disvalor de intención y conciencia segura?	267
II. Auténticos componentes subjetivos "especiales"	271
A) Tendencias internas trascendentes	272
1) Delitos de resultado "recortado"	273
2) Delitos mutilados de varios actos	276
B) Elementos del ánimo	283
C) Motivos	287
1) La cuestión de su pertenencia al ilícito	287
2) La dificultad de su clasificación	289
3) La evaluación de las motivaciones en el Código Penal argentino	290
a) Los homicidios calificados y el delito de genocidio	290
b) Los homicidios atenuados	292
c) Otros casos de motivaciones constitutivas o agravantes	293
§ 4. Cuadro comparativo de exigencias subjetivas en el Código Penal argentino	296
§ 5. ¿Qué es lo que queda?	297

IV — LA TEORÍA DE LA TENTATIVA

301

INTRODUCCIÓN:

EL PROBLEMA DE LAS TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

301

A. LA TENTATIVA COMO CONTRARIA AL "OBJETIVISMO"

§ 1. Las teorías objetivas	303
§ 2. El fracaso de la explicación del ilícito de la tentativa sobre la base de un "peligro objetivo"	305

§ 3. Las formulaciones mixtas	311
I. La teoría dualista	311
II. La teoría de la impresión	314
III. La tentativa como expresión de la fractura de la norma cercana al tipo	316
§ 4. La teoría subjetiva de la tentativa	317
I. La formulación "pura"	317
II. La escuela de Bonn	321
§ 5. Panorama de la cuestión en la doctrina argentina	326
I. El marco general	326
II. La influencia de Carrara	326
III. La doctrina argentina "clásica"	330
IV. Los autores finalistas	337

**B. LAS CONSECUENCIAS DE UNA TEORÍA SUBJETIVA
PARA LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA**

§ 1. La progresividad del ilícito	347
I. La cuestión	347
II. El disvalor de voluntad ante los juicios morales	349
III. Contra el "dogma de la identidad": decisión "de futuro" y decisión "actual"	351
IV. La tentativa inacabada como delito mutilado de varios actos	356
V. Multiplicidad de juicios de valor y normas	357
§ 2. La construcción del tipo	360
§ 3. La anticipación del resultado ("dolus generalis")	364
§ 4. Desistimiento y arrepentimiento activo	369
I. El simple desistimiento, en la tentativa inacabada	369
II. El arrepentimiento activo, en la tentativa acabada	372
III. La fórmula común	375
§ 5. Contra el "dogma del tipo incompleto": ¿la falta de consumación como definitoria de la tentativa?	376
§ 6. Teoría subjetiva y delitos de omisión	380
§ 7. Problemas particulares vinculados al fundamento penal de la tentativa	386
I. El delito putativo	387
A) El problema	387
B) La solución	387
II. Delimitación entre "preparación" y "ejecución"	389
A) El problema	389
B) La solución	390
III. Tentativa inidónea, irreal y supersticiosa	392
A) Los problemas	392
B) Las soluciones	394
1) ¿Condicionamiento "objetivo" de la concreción de la norma en deber?	394
2) La solución subjetivista	402

3) La equiparación de la punibilidad	409
4) El proyecto irreal y supersticioso	412
a) Distinciones preliminares	412
b) La tentativa irreal como ilícito no punible	415
c) La tentativa irreal como error nomológico "al revés"	417
d) La tentativa irreal como error de subsunción "al revés"	424
e) El criterio de delimitación	427

V — LA EXCLUSIÓN DEL ILÍCITO POR MEDIO DEL VALOR DE ACCIÓN

433

**A. EL PARALELISMO ENTRE FUNDAMENTACIÓN
Y EXCLUSIÓN DEL ILÍCITO**

§ 1. Norma y precepto permisivo	437
§ 2. La idea rectora del valor preponderante	439
§ 3. El valor de acción como fundamento de la exclusión del ilícito	445
§ 4. Consciencia insegura sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación	451
I. El problema	451
II. Soluciones diferenciadas	453
A) Permisiones bajo el principio de responsabilidad o provocación	453
B) Permisiones bajo el principio de solidaridad en favor de otros	455
C) El ámbito de los "delitos de peligro"	459
§ 5. Componentes subjetivos distintos del conocimiento de los presupuestos de justificación	461
I. La regla	461
II. Tipos subjetivos permisivos "especiales"	462
A) Intenciones internas trascendentes	462
B) Elementos del ánimo (motivos)	465
C) Independencia de los componentes subjetivos del "tipo permisivo" de los del "tipo del ilícito"	465
§ 6. Tentativa y exclusión del ilícito	466
I. La graduabilidad del valor de acción	466
II. Tentativa de salvamento idónea e inidónea	469
A) Juicio "ex ante" y salvamento idóneo fracasado	469
B) El salvamento inidóneo	475
III. Salvamento supersticioso y salvamento irreal. El error de subsunción en el tipo permisivo	483

**B. DEBER DE EXAMEN, TEORÍA DEL ERROR Y ELEMENTO SUBJETIVO
DE LA JUSTIFICACIÓN**

§ 1. Cuestiones a resolver	487
I. Deber de examen y teoría del error	487
II. La carencia del elemento subjetivo de justificación	488

§ 2. Deber de examen y error sobre el tipo permisivo	489
I. El problema	489
II. El estado de las opiniones sobre la suposición errónea de un tipo permisivo	492
A) Punición por delito doloso con culpabilidad atenuada (teoría de la culpabilidad estricta)	492
B) Punición por imprudencia, si existe el delito imprudente	495
1) Teoría del dolo	495
2) Teoría de los elementos negativos del tipo	496
3) Teoría limitada de la culpabilidad	496
4) Exclusión del ilícito doloso y subsistencia de un ilícito imprudente	499
III. La solución	502
A) ¿Una respuesta?	502
B) El punto de vista dogmático	503
1) Imprudencia de conocimiento e imprudencia de conducción	503
2) El salvamento efectivo, con infracción al deber de examen	504
3) El deber de examen como "tipo abierto"	505
C) El punto de vista político-criminal	506
D) Relatividad de las "teorías del error"	508
§ 3. La ausencia del elemento subjetivo de la justificación	509
I. El problema en el delito doloso	509
A) El estado de las opiniones	510
B) La solución	520
II. El problema en el delito imprudente	525
A) El estado de las opiniones	525
B) La solución	529

CAPÍTULO SEGUNDO

ILÍCITO PERSONAL Y PARTICIPACIÓN

.....	533
I — DISTINCIÓN ENTRE AUTORES Y PARTICIPES	537
.....	537
§ 1. Posiciones que niegan la diferencia entre autoría y participación	537
I. El concepto "unitario" de autor	537
II. El concepto "extensivo" de autor	539
§ 2. Posiciones que distinguen entre autores y partícipes	541
I. La teoría subjetiva de la participación	542
II. La delimitación "objetiva"	545
A) La teoría formal-objetiva	545
B) La teoría material-objetiva	548
§ 3. La teoría "personal" del ilícito y la delimitación entre "autores" y "partícipes"	549
§ 4. El contexto total de participantes posibles	551

§ 5. La relevancia de la calificación de cada contribución al hecho	552
I. La escala penal	553
II. Autonomía o accesoriedad: aspectos "externo" e "interno" de la accesoriedad	555
§ 6. La teoría personal del ilícito y la autonomía o accesoriedad del participante	557
 II — ILÍCITO PERSONAL DEL AUTOR	559
.....	559
A. EL ILÍCITO ANTE LA PLURALIDAD DE AUTORES	
§ 1. Diversas hipótesis: la coautoría frente a otras formas de autoría plural (autoría colateral y convergente)	561
§ 2. Las consecuencias	571
I. Coautoría	571
A) Comienzo de ejecución, tentativa acabada, y desistimiento	571
B) Requisitos especiales de la autoría	580
II. Autoría colateral	584
III. Autoría convergente	586
 B. EL ILÍCITO DEL AUTOR MEDIATO	
§ 1. Relación entre autoría mediata y accesoriedad de la participación	589
I. La cuestión	589
II. Utilidad de la autoría mediata aun ante una participación no accesoría	591
§ 2. "Condiciones de intermediación"	594
§ 3. Conformación de casos de autoría mediata	595
I. Producción o aprovechamiento del error ajeno	595
A) Error sobre la afectación del bien jurídico	596
B) Error sobre una circunstancia objetiva calificante	598
C) Error sobre presupuestos de justificación	600
D) Error de prohibición "stricto sensu"	601
E) Error sobre circunstancias disculpantes	602
II. Conducción de sujeto personalmente condicionado	602
A) Reducción de la capacidad de libre determinación	603
B) Creación de situación de justificación	604
C) Dominio psicológico ejercido por otro	605
D) Utilización de instrumento incapaz de comprensión	606
III. Utilización de una organización jerárquica	606
A) Utilización de instrumento que actúa legítimamente	606
B) Utilización de instrumento fungible	607
§ 4. Casos no constitutivos de autoría mediata	608
I. Utilización de "instrumento" sin acción	608
II. El problema del elemento "voluntario" del dolo	609
III. El error de motivación	609

§ 5. Problemas particulares	610
I. Dominio del hecho y cualidades de la autoría	610
II. Error sobre las "condiciones de intermediación"	610
§ 6. Comienzo de ejecución y tentativa acabada	611
I. El estado de la cuestión	611
II. La solución	616
III — ILÍCITO PERSONAL DEL PARTICIPE	
(HACIA UNA PARTICIPACIÓN NO ACCESORIA)	
.....	623
INTRODUCCIÓN:	
EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD	
DE LA PARTICIPACIÓN	
.....	623
A. AUTONOMÍA EXTERNA DE LA PARTICIPACIÓN	
§ 1. La cuestión	631
§ 2. La solución del Código Penal argentino	632
§ 3. La solución según una teoría "personal" del ilícito	636
I. El punto de partida: la "construcción" de la norma de la participación	636
II. La gradación del ilícito de la participación	639
III. Consecuencias prácticas	643
B. AUTONOMÍA INTERNA DE LA PARTICIPACIÓN	
§ 1. La cuestión	645
I. Independencia de los lados "interno" y "externo" de la accesoriadad	645
II. Relación entre ilícito "personal" y prescindencia de la accesoriadad "interna"	646
§ 2. La construcción del ilícito del partícipe, según la accesoriadad "limitada"	648
I. Tipicidad	648
A) Tipo objetivo	648
B) Tipo subjetivo	649
II. Antijuridicidad	650
A) Tipo objetivo de justificación	650
B) Tipo subjetivo de justificación	650
§ 3. Crítica a la accesoriadad limitada en el ámbito de la justificación	650
I. El problema en el llamado "elemento subjetivo de justificación"	651
A) Autor con elemento subjetivo de justificación frente a un partícipe sin ese elemento subjetivo	651
B) Partícipe con elemento subjetivo de justificación frente a un autor sin ese elemento subjetivo	653
II. El problema ante los elementos objetivos de justificación	654

§ 4. Crítica a la "accesoriadad" en el ámbito de la tipicidad	657
I. Tipo subjetivo	657
A) La exigencia de dolo en el autor principal	657
1) La cuestión	657
2) El error sobre las "condiciones de intermediación" (El llamado error sobre el "rol")	659
3) La construcción de la norma y la teoría del disvalor propio de la participación	662
B) Componentes subjetivos distintos del dolo	664
II. Tipo objetivo	668
A) El problema de los elementos personales	668
1) La cuestión en general: su relación con el principio de accesoriadad	668
2) La cuestión en la dogmática alemana y española	669
3) La cuestión en el Código Penal argentino	673
a) El traslado al partícipe de las cualidades del autor	675
b) El traslado al autor de las cualidades del partícipe	676
B) Las excusas absolutorias como elementos negativos del tipo-objetivo	680
§ 5. La fractura entre dominio del hecho y cualidades de la autoría	682
I. Dominio del hecho y delitos de propia mano	683
II. Dominio del hecho y delitos especiales propios	684
BIBLIOGRAFÍA	689