



## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| Prefacio, por Enrique Bacigalupo  | 21 |
| Prólogo a la segunda edición  | 23 |
| Prólogo a la primera edición  | 27 |
| 1. El escenario   | 27 |
| 2. La obra y los agradecimientos  | 35 |
| Sección Primera   |    |
| LOS FUNDAMENTOS   |    |
| Capítulo I  |    |
| EL DERECHO PENAL Y EL MODELO DE ESTADO  |    |
| 1. El derecho penal   | 43 |
| 2. Derecho penal objetivo y el derecho penal subjetivo  | 45 |
| 3. Derecho penal y los mecanismos de control estatal  | 45 |
| 4. Relaciones entre el modelo de control penal y el modelo de Estado  | 47 |
| Capítulo II   |    |
| LAS NORMAS JURÍDICO-PENALES   |    |
| 1. El sistema normativo propio del derecho penal  | 49 |
| 2. La racionalidad del derecho penal: ¿el derecho penal como sistema?   | 51 |
| Capítulo III  |    |
| LA JUSTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL  |    |
| 1. El punto de partida  | 53 |
| 2. Acerca de las teorías absolutas de la pena   | 55 |
| 3. Acerca de las teorías relativas de la pena   | 58 |
| 3.1. La teoría de la prevención general   | 58 |
| 3.2. La teoría de la prevención especial  | 60 |
| 4. La teoría consensual   | 63 |
| 5. Las teorías de la unión  | 64 |
| 6. La teoría de la prevención general positiva  | 66 |
| 7. Las tesis agnósticas o negativas de la pena  | 68 |
| 8. ¿Es posible una justificación de la pena que prescinda de las características del tipo de ilícito que castiga?                 | 71 |
| 9. Una mirada sobre los reales efectos del punto de partida de la justificación moral del castigo en el sistema del hecho punible | 72 |
| Capítulo IV   |    |
| LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL Y DE LA PENA   |    |
| 1. Un breve relato de la evolución de la llamada "criminalización primaria universal"   | 74 |
| 2. El devenir de la legislación penal argentina   | 78 |
| 2.1. El proyecto de 1868 (Tejedor)  | 80 |
| 2.2. El proyecto de 1881 (Villegas/Ugarriza/García)   | 81 |
| 2.3. El Código de 1886  | 81 |
| 2.4. El proyecto de 1891 (Piñero/Rivarola/Matienzo)   | 82 |
| 2.5. El proyecto de 1906  | 82 |
| 2.6. El proyecto de 1917 (Moreno) y el Código de 1921   | 83 |
| 2.7. El proyecto de 1960 (Soler)  | 84 |
| 2.8. El proyecto de 1974  | 85 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>Capítulo V</b>  |     |
| <b>PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES QUE LIMITAN EL <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL</b>   |     |
| 1. El rol político de los límites  | 86  |
| 2. Principio de legalidad  | 89  |
| 2.1. Exclusión del derecho consuetudinario (necesidad de <i>lex scripta certa</i> )  | 90  |
| 2.2. Prohibición de efecto retroactivo (exigencia de <i>lex praeuia</i> )  | 91  |
| 2.3. Prohibición de analogía (exigencia de <i>lex stricta</i> )  | 92  |
| 3. El principio de culpabilidad  | 92  |
| 3.1. <i>Addenda</i> : El problema político criminal del principio de culpabilidad: ¿garantía o prevención?   | 94  |
| 4. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos   | 113 |
| 4.1. <i>Addenda</i> : Una discusión sobre límites. Teoría del bien jurídico y el problema de los adelantamientos a la punibilidad                              | 117 |
| 5. Mínima intervención   | 141 |
| 6. <i>Addenda</i> : <i>El in dubio pro reo</i> en la interpretación del derecho penal sustantivo   | 142 |
| 7. El principio de proporcionalidad  | 160 |
| 8. El principio de acto  | 166 |
| 9. El rol de la dogmática en el derecho penal en clave garantista  | 167 |
| 9.1. <i>Addenda</i> : Una mirada alternativa frente a la crisis del derecho penal. El abolicionismo  | 169 |
| <b>Capítulo VI</b>   |     |
| <b>SABERES Y FENÓMENOS INSTITUCIONALES VINCULADOS AL DERECHO PENAL</b>   |     |
| 1. La criminología y la sociología criminal  | 170 |
| 2. La política criminal  | 174 |
| 3. El derecho procesal penal   | 175 |
| 4. El derecho penitenciario  | 176 |
| <b>Capítulo VII</b>  |     |
| <b>LA CRISIS DE LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PENAL COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE RESPETUOSO DEL ESTADO DE DERECHO</b> |     |
| 1. La crítica a la dogmática penal: relaciones entre derecho penal, criminología y política criminal   | 177 |
| 2. Criminología y derecho penal  | 184 |
| 3. Sistema del hecho punible y política criminal   | 189 |
| 4. La jerarquización de los problemas del sistema del hecho punible  | 194 |
| 5. La justificación político-criminal de las categorías del sistema  | 196 |
| 6. La relación científica con la criminología  | 197 |
| 7. La creación de nuevas categorías  | 199 |
| 8. <i>Addenda</i> : Algunas apostillas sobre el estilo de argumentación dogmática en la actualidad   | 200 |
| <b>Capítulo VIII</b>   |     |
| <b>LA VALIDEZ TEMPORAL Y TERRITORIAL DE LA LEY PENAL</b>   |     |
| 1. Validez temporal de la ley penal  | 208 |
| 2. Validez territorial de la ley penal   | 211 |

**Capítulo IX**  
**EL SISTEMA PENAL INTERNACIONAL**

|  |     |
|--|-----|
| 1. El Estatuto de Roma: una descripción  | 213 |
| 2. Crisis del derecho penal de garantías e internacionalización (¿armonización?) de un sistema de imputación | 219 |
| 3. Un relevamiento crítico de las bases normativas del sistema penal internacional                           | 220 |
| 3.1. El problema de la autoría   | 220 |
| 3.2. La imputación por omisión en los superiores jerárquicos   | 221 |
| 3.3. El tratamiento del error en el Estatuto de Roma   | 223 |
| 3.4. El problema de la obediencia debida   | 226 |
| 4. Conclusión  | 227 |

**Sección Segunda**  
**EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA DEL HECHO PUNIBLE**

**Capítulo I**  
**LOS LÍMITES EN LA CONSTRUCCIÓN DEL CASO PENAL**

|   |     |
|---|-----|
| 1. Información normativa e información empírica en la aplicación del derecho penal              | 231 |
| 2. Los límites escenográficos: el proceso penal   | 232 |
| 2.1. <i>Addenda</i> : pormenores de la relación entre derecho penal y sistema de enjuiciamiento | 234 |

**Capítulo II**  
**SENTIDO Y FUNCIONES DE LA TEORÍA DEL DELITO**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Algunas nociones básicas  | 247 |
| 2. La evolución histórica de la teoría del delito  | 257 |
| 2.1. El sistema clásico  | 257 |
| 2.2. El sistema neoclásico   | 259 |
| 2.3. El sistema finalista  | 259 |
| 2.4. La época actual: entre el posfinalismo, el normativismo y la influencia político-criminal | 260 |
| 3. Funciones del sistema del hecho punible   | 262 |
| 4. El sistema del hecho punible en el sistema penal  | 265 |
| 5. La orientación a las consecuencias y la política criminal                                   | 266 |
| 6. El concepto de delito   | 267 |
| 7. Las clases de delito y las normas jurídico-penales  | 268 |

**Capítulo III**

**LOS PRESUPUESTOS FUNDAMENTALES DE LA IMPUTACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA TIPICIDAD DE LOS ILÍCITOS DE ACTIVIDAD**

|  |     |
|--|-----|
| 1. La teoría de la acción  | 268 |
| 1.1. <i>Addenda</i> : Pormenores de la evolución del concepto de acción  | 272 |
| 1.1.1. El concepto causal de acción  | 272 |
| 1.1.2. El concepto final de acción   | 273 |
| 1.1.3. El concepto social de acción  | 275 |
| 1.1.4. El concepto negativo de la acción   | 276 |
| 2. Los requisitos propios de la autoría  | 277 |
| 3. La imputación al tipo objetivo. La teoría de la imputación como estructura básica de la tipicidad dolosa e imprudente | 278 |
| 3.1. El problema de la imputación desde las teorías de la causalidad   | 278 |
| 3.2. La teoría de la imputación objetiva   | 281 |
| 3.2.1. El lugar sistemático de la imputación objetiva  | 283 |
| 3.2.2. Los presupuestos metodológicos del modelo   | 284 |
| 3.2.3. Las diferentes dimensiones del sistema de imputación objetiva   | 286 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.2.4. La creación de la base del juicio de imputación o la exigencia de un riesgo jurídicamente relevante                     | 287 |
| a) Riesgo y elevación del riesgo latente   | 287 |
| b) Riesgo permitido  | 287 |
| - <i>Addenda</i> : La cuestión del lugar sistemático del riesgo permitido  | 291 |
| - <i>Addenda</i> : ¿La idea del riesgo permitido funciona para ilícitos culposos y también dolosos?                            | 298 |
| 3.2.5. El juicio de imputación <i>stricto sensu</i>  | 299 |
| a) Ámbito o fin de protección de la norma  | 300 |
| b) Imputación a la víctima   | 300 |
| - <i>Addenda</i> : El problema de la víctima en el sistema de imputación   | 302 |
| - <i>Addenda</i> : El problema del consentimiento como criterio negativo de la tipicidad                                       | 311 |
| c) Prohibición de regreso  | 319 |
| d) Comportamiento alternativo correcto   | 321 |
| - <i>Addenda</i> : Algunos problemas adicionales de la teoría del comportamiento alternativo conforme a derecho                | 322 |
| - <i>Addenda</i> : La crítica a la tesis que le otorga relevancia al comportamiento alternativo conforme a derecho             | 323 |
| e) Principio de confianza  | 331 |
| 3.2.6. La corrección del juicio de imputación  | 332 |
| a) Insignificancia   | 332 |
| b) Adecuación social   | 332 |
| c) Corrección de la imputación y alternativas procesales: el principio de oportunidad  | 333 |
| d) <i>Addenda</i> : El principio de oportunidad como facilitador de las consecuencias de un sistema de imputación autolimitado | 334 |
| 3.2.7. El enriquecimiento del tipo objetivo a través del sistema normativo de imputación                                       | 341 |
| 3.2.8. El juicio de imputación como objeto del dolo...   | 341 |
| 3.2.9. La crítica finalista y el rol del tipo subjetivo de la tipicidad  | 341 |
| 3.2.10. Imputación objetiva y error de subsunción  | 343 |
| 3.2.11. Tentativa y el momento de la aparición del fracaso de la imputación del resultado                                      | 344 |
| 3.2.12. <i>Addenda</i> : La enantiotelidad en Carlos Niño y la teoría de la imputación objetiva                                | 344 |

#### Capítulo IV EL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

|  |     |
|--|-----|
| 1. La tipicidad del delito doloso de comisión  | 345 |
| 1.1. El tipo objetivo  | 345 |
| 1.1.1. Los elementos de la tipicidad   | 346 |
| 1.1.2. Tipo objetivo y resultado   | 347 |
| 1.1.3. El tipo objetivo como objeto del dolo   | 347 |
| 1.1.4. Tipo objetivo e interpretación restrictiva  | 347 |
| 1.1.5. La selección de los elementos que configuran el supuesto de hecho típico                          | 347 |
| 1.1.6. Tipo objetivo y circunstancias agravantes y atenuantes  | 348 |
| 1.1.7. <i>Addenda</i> : La categoría de la tipicidad conglobante en el derecho penal argentino           | 348 |
| 1.2. El tipo subjetivo en el delito doloso de comisión   | 356 |
| 1.2.1. El dolo y el error de tipo  | 361 |
| 1.2.2. <i>Error iuris y error facti</i>  | 363 |
| 1.2.3. <i>Addenda</i> : Apostillas sobre el debilitamiento del dolo como requisito de imputación al tipo | 364 |
| 1.2.4. Las fronteras entre dolo e imprudencia  | 366 |

|  |     |
|--|-----|
| 1.3. Las clases de tipos penales   | 367 |
| 1.3.1. Tipos de lesión y de peligro  | 368 |
| 1.3.2. Tipos de resultado y de mera actividad  | 369 |
| 1.3.3. Tipos de un solo acto o de varios actos   | 369 |
| 1.3.4. Tipos de posesión o tenencia  | 369 |
| 2. La antijuridicidad o justificación  | 370 |
| 2.1. La teoría de los elementos negativos del tipo   | 374 |
| 2.2. ¿Los principios justificantes como punto de partida axiológico?   | 375 |
| 2.3. El tipo objetivo de las causas de justificación   | 376 |
| 2.4. El tipo subjetivo de las causas de justificación  | 376 |
| 2.4.1. <i>Addenda: ¿Un tipo subjetivo en la justificación? Los pormenores del debate sobre el funcionamiento de los permisos</i> | 390 |
| 2.4.2. <i>Addenda: Algunas reflexiones sobre el subjetivismo y los permisos justificantes</i>                                    | 411 |
| 2.5. Las causas de justificación en particular   | 413 |
| 2.5.1. ¿El consentimiento presunto como causa de justificación?  | 414 |
| 2.5.2. El estado de necesidad justificante   | 416 |
| a) El problema del mal menor   | 417 |
| 2.5.3. La legítima defensa   | 427 |
| a) <i>Addenda: ¿Proporcionalidad entre agresión y defensa?</i>   | 430 |
| b) <i>Addenda: Defensa necesaria y agresión omisiva</i>  | 443 |
| c) <i>Addenda: ¿Defensa legítima sólo frente a agresiones dolosas?</i>   | 448 |
| 2.5.4. La colisión de deberes  | 457 |
| 2.5.5. El ejercicio legítimo de un derecho   | 458 |
| 3. La atribuibilidad o responsabilidad por el hecho  | 458 |
| 4. La culpabilidad   | 460 |
| 4.1. La imputabilidad o capacidad de comprensión genérica de la ilicitud   | 461 |
| 4.2. Vulnerabilidad  | 464 |
| 4.3. La conciencia de la antijuridicidad y el error de prohibición   | 465 |
| 4.3.1. Los supuestos de error de prohibición   | 468 |
| 4.3.2. El juicio sobre la evitabilidad del error de prohibición  | 471 |
| 4.3.3. La "parte especial" del juicio de evitabilidad: condicionamiento cultural diverso y obediencia debida                     | 472 |
| 4.3.4. <i>Addenda: Los problemas del juicio de estabilidad del error de prohibición</i>  | 474 |
| 4.3.5. La aparición temporal de la inculpabilidad: la <i>actio libera in causa</i>   | 489 |
| 5. La punibilidad  | 490 |
| 5.1. Condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolvitorias  | 492 |
| 5.2. El llamado error sobre la punibilidad   | 496 |
| 6. El proceso de determinación judicial de la pena   | 505 |
| 6.1. El punto de partida axiológico y constitucional   | 505 |
| 6.2. Los criterios de determinación judicial de la pena  | 511 |
| 6.2.1. La magnitud del daño  | 511 |
| 6.2.2. Doble valoración  | 511 |
| 6.2.3. Proporcionalidad  | 512 |
| 6.2.4. Resocialización   | 512 |
| 6.2.5. La "calidad" de los motivos   | 512 |
| 6.3. El carácter no vinculante de los mínimos previstos en la ley  | 513 |
| 6.4. La medida de la pena y la negación de la utopía resocializadora como criterios reductores                                   | 513 |
| 6.5. El principio de humanidad   | 513 |
| 6.6. Garantías "puras" y trabajo sistemático en la determinación judicial de la pena   | 514 |
| 7. Otras dimensiones del sistema de la pena en el derecho penal argentino  | 515 |
| 7.1. La condena de ejecución condicional   | 515 |
| 7.2. El ámbito penitenciario de ejecución  | 516 |

|  |     |
|--|-----|
| 7.3. La pena procesal como pena ilegítima  | 522 |
| 7.3.1. <i>Addenda</i> : Las penas ilegítimas del sistema penal: la prisión preventiva o prisión procesal                               | 523 |
| 7.3.2. Las sanciones de los sistemas contravencionales como penas ilegítimas   | 548 |
| 8. La "doble vía" del derecho penal: las medidas de seguridad  | 554 |
| 9. La llamada "tercera vía": la reparación como objetivo del derecho penal   | 556 |
| 9.1. <i>Addenda</i> : La mediación y el derecho penal. La mediación como el mejor escenario de aplicación de los modelos restaurativos | 557 |
| <br>Capítulo V<br>EL DELITO IMPRUDENTE   |     |
| 1. El punto de partida político-criminal de la incriminación de la negligencia   | 571 |
| 2. La estructura típica del delito culposo   | 571 |
| 3. El enjuiciamiento del deber de cuidado  | 574 |
| 4. La imputación en el ilícito imprudente  | 575 |
| 5. El paradigma del hombre prudente y la culpa antirreglamentaria  | 576 |
| 6. Imprudencia y dolo de peligro   | 578 |
| 7. Culpa inconsciente  | 579 |
| <br>Capítulo VI<br>EL DELITO DE OMISIÓN  |     |
| 1. La estructura típica omisiva  | 588 |
| 2. Entre acción y omisión  | 589 |
| 3. La estructura típica omisiva  | 592 |
| 4. Omisión e imputación objetiva   | 594 |
| 5. Algunos problemas de la debilidad estructural de la imputación en las omisiones   | 594 |
| 6. Los criterios de distinción entre omisiones impropias y propias   | 597 |
| 7. ¿Omisiones cuya "impropiedad" consiste en no estar legisladas expresamente?   | 600 |
| 8. ¿La " <i>omissio libera in causa</i> " como una tentativa?.....   | 616 |
| 9. La omisión y la teoría del concurso. ¿Concurso real entre omisiones?  | 618 |
| <br>Capítulo VII<br>EL CONCURSO DE DELITOS   |     |
| 1. Planteo del problema  | 621 |
| 2. Concurso aparente de leyes  | 622 |
| 2.1. Especialidad  | 624 |
| 2.2. Subsidiariedad  | 625 |
| 2.3. Consunción  | 627 |
| 3. El verdadero concurso   | 628 |
| 3.1. El concurso ideal   | 629 |
| 3.2. El concurso real  | 630 |
| 4. Las consecuencias jurídicas   | 631 |
| 4.1. En la determinación judicial de la pena   | 631 |
| 4.2. En el proceso penal   | 631 |
| <br>Capítulo VIII<br>AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN   |     |
| 1. Imputación y autoría  | 632 |
| 2. La sistemática de las reglas de autoría y participación   | 635 |
| 3. Las distintas formas de autoría   | 636 |
| 3.1. La autoría en sentido estricto  | 636 |
| 3.2. La coautoría  | 641 |
| 3.3. La autoría mediata  | 643 |
| 3.3.1. Instrumento que obra atípicamente   | 644 |
| 3.3.2. Instrumento que obra sin dolo   | 645 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.3.3. Instrumento que obra en forma justificada   | 646 |
| 3.3.4. Instrumento que obra sin culpabilidad   | 646 |
| 3.3.5. La autoría mediata en aparatos de poder organizados   | 647 |
| 4. La participación  | 648 |
| 4.1. Generalidades. Fundamentos de la punibilidad del partícipe  | 648 |
| 4.2. La instigación  | 650 |
| 4.2.1. La instigación y el problema particular del agente provocador   | 652 |
| 4.3. La complicidad  | 657 |
| 4.3.1. <i>Addenda</i> : Las llamadas conductas neutrales en el ámbito de la teoría de la participación                                 | 658 |
| a) Las características de los casos: ¿por qué son neutras las conductas neutrales?   | 659 |
| b) El dilema: entre la necesidad político-criminal de limitar y la búsqueda de la justificación sistemática                            | 661 |
| c) Caminos posibles para definir un límite entre lo punible y lo no punible en los casos de neutralidad del comportamiento             | 661 |
| - ¿Un problema de justificación?: el ejercicio legítimo de un derecho  | 662 |
| - ¿Explicación autónoma del ilícito del partícipe?   | 663 |
| - La cuestión en el terreno de la imputación subjetiva   | 664 |
| d) ¿Imputación a la complicidad en el marco de una interpretación especialmente restrictiva?   | 665 |
| - Las herramientas que ofrece la teoría de la imputación objetiva  | 666 |
| 4.4. El art. 47 del CP   | 669 |
| 4.5. El problema de la comunicabilidad de las circunstancias   | 669 |
| 4.6. Las direcciones de la comunicabilidad   | 677 |
| 5. La empresa como autor. Las objeciones dogmáticas para considerar a una persona jurídica como un posible autor del ilícito penal     | 677 |
| 5.1. El problema de la capacidad de acción   | 684 |
| 5.2. La cuestión de la capacidad de culpabilidad   | 689 |
| 5.3. La personalidad de la pena estatal  | 692 |
| 6. La responsabilidad de las personas físicas que actúan en el ámbito de la persona jurídica   | 694 |
| 6.1. <i>Addenda</i> : La figura del actuar en lugar de otro. Algunas reflexiones particulares a propósito del art. 14 de la ley 24.769 | 699 |

## Capítulo IX LA TENTATIVA

|  |     |
|--|-----|
| 1. El problema de la definición de tentativa                                       | 711 |
| 2. Los fundamentos de la pena de la tentativa                                      | 713 |
| 3. El llamado " <i>iter criminis</i> " y las etapas del proceso efectivo de delito | 716 |
| 4. La idoneidad de la tentativa  | 717 |
| 5. El desistimiento  | 718 |
| 6. El problema de la tentativa frente al dolo eventual                             | 720 |
| 7. La determinación de la pena en la tentativa                                     | 725 |

|              |     |
|--------------|-----|
| Bibliografía | 733 |
|--------------|-----|