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

CAPÍTULO V

PRINCIPIOS POLÍTICO-CRIMINALES
QUE LIMITAN EL *IUS PUNIENDI* ESTATAL

1. *El rol político de los límites* 86
2. *Principio de legalidad* 89
   2.1. Exclusión del derecho consuetudinario (necesidad de *lex scripta certa*) 90
   2.2. Prohibición de efecto retroactivo (exigencia de *lex praevia*) 91
   2.3. Prohibición de analogía (exigencia de *lex stricta*) 92
3. *El principio de culpabilidad* 92
   3.1. *Addenda:* El problema político criminal del principio de culpabilidad: ¿garantía o prevención? 94
4. *Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* 113
   4.1. *Addenda:* Una discusión sobre límites. Teoría del bien jurídico y el problema de los adelantamientos a la punibilidad 117
5. *Mínima intervención* 141
6. *Addenda: El in dubio pro reo 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. *Addenda:* Una mirada alternativa frente a la crisis del derecho penal. El abolicionismo 169

CAPÍTULO VI

SABERES Y FENÓMENOS INSTITUCIONALES
VINCULADOS AL DERECHO PENAL

1. *La criminología y la sociología criminal* 170
2. *La política criminal* 174

3. *El derecho procesal penal* 175
4. *El derecho penitenciario* 176

CAPÍTULO VII

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

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. *Addenda: Algunas apostillas sobre el estilo de argumentación dogmática en la actualidad* 200

CAPÍTULO VIII

LA VALIDEZ TEMPORAL Y TERRITORIAL DE LA LEY PENAL

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. Addenda: 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. Addenda: 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
– *Addenda:* La cuestión del lugar sistemático del riesgo permitido 291

– *Addenda:* ¿La idea del riesgo permitido funciona para ilícitos culposos y también dolosos?..... 298
3.2.5. El juicio de imputación *stricto sensu* 299
a) Ámbito o fin de protección de la norma..... 300
b) Imputación a la víctima 300
– *Addenda:* El problema de la víctima en el sistema de imputación 302
– *Addenda:* El problema del consentimiento como criterio negativo de la tipicidad 311
c) Prohibición de regreso..... 319
d) Comportamiento alternativo correcto 321
– *Addenda:* Algunos problemas adicionales de la teoría del comportamiento alternativo conforme a derecho..... 322
– *Addenda:* 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) Addenda: 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. Addenda: La enantiotelidad en Carlos Nino 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. Addenda: 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. Error iuris y *error facti* 363
1.2.3. Addenda: 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. Addenda: ¿Un tipo subjetivo en la justificación? Los pormenores del debate sobre el funcionamiento de los permisos 390
2.4.2. Addenda: Algunas reflexiones sobre el subjetivismo y los permisos justificantes 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) Addenda: ¿Proporcionalidad entre agresión y defensa? 430
b) Addenda: Defensa necesaria y agresión omisiva 443
c) Addenda: ¿Defensa legítima sólo frente a agresiones dolosas? 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. *Addenda:* Los problemas del juicio de evitabilidad del error de prohibición 474
4.3.5. La aparición temporal de la inculpabilidad: la *actio libera in causa* 489
5. *La punibilidad* 490
5.1. Condiciones objetivas de punibilidad y excusas absolutorias 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. *Addenda:* 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. *Addenda:* La mediación y el derecho penal. La mediación como el mejor escenario de aplicación de los modelos restaurativos 557

CAPÍTULO V

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

CAPÍTULO VI

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 "omissio libera in causa" como una tentativa?* 616

9. *La omisión y la teoría del concurso. ¿Concurso real entre omisiones?* ... 618

CAPÍTULO VII

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

CAPÍTULO VIII

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. *Addenda:* 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 C.P. ... 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. Addenda: 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 "iter criminis" 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