

Ángel Gabriel Nardiello

Derecho penal.

Parte general

La conducta humana jurídicamente relevante. La teoría de la acción.
Tipos objetivo y subjetivo: imputación. La antijuridicidad
y la presencia de la norma permisiva. Atribuibilidad o responsabilidad
por el hecho. Culpabilidad o imputación subjetiva por el hecho.
Las etapas del injusto. Tentativa y adelanto de la punibilidad.
Teoría de la autoría y participación en el injusto culpable.
Teoría concursal. La denominada unidad y pluralidad de delitos.
Teoría de la validez témporo espacial de la ley penal

■ Planteo y resolución de casos

colaboradores

Milagros Mazzei - Juan Manuel Varela

Andrea Hembra - Mariano Resico



hammurabi

JOSE LUIS DEPALMA ♦ EDITOR



© Copyright by

editorial hammurabi s.r.l.

Talcahuano 481 - 4° piso

C 1013AAI - Buenos Aires - Argentina

Tel.: (54-11) 4382-3586 — líneas rotativas —

E-mail: info@hammurabi.com.ar - www.hammurabi.com.ar

- twitter.com/hammurabi_srl
- facebook.com/libreriahammurabi
- youtube.com/libreriahammurabi

Producción integral



concept design

de **Fernando Lucas Depalma**

Tel.: 4382-2080 — líneas rotativas —

Esta edición se terminó de imprimir
en el mes de agosto de 2015

en «**Docuprint S.A.**»

Tacuarí 123, Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito de ley 11.723

Derechos reservados

Prohibida su reproducción total o parcial

Impreso en Argentina / Printed in Argentina

ISBN: 978-950-741-715-3 (rústica)

1132942

Ángel Gabriel Nardiello

• **Derecho penal. Parte general**

1ª edición, Buenos Aires, **Hammurabi**, 2015

586 ps., 23 x 16 cm.

ISBN: 978-950-741-715-3

1. Derecho Penal. I. Título

CDD 345

• Fecha de catalogación: 7/8/2015

• Índice general

Palabras previas	11
Capítulo I	
LA CONDUCTA HUMANA JURIDICAMENTE RELEVANTE.	
LA TEORIA DE LA ACCION	
§ 1. Necesidad de la conceptualización	25
§ 2. Evolución del concepto y estructura de la acción	26
a) Estructura y marco teórico preclásico de la acción	26
1. Principales formulaciones del concepto de acción. Teoría causal-naturalista	29
2. Estructura y marco teórico causal-valorativo: neokantismo	34
b) Estructura y marco teórico en la teoría finalista de la acción	36
c) La denominada teoría social de acción	40
d) La acción en el marco teórico contemporáneo	44
1. Concepto negativo de acción	44
2. El concepto funcional-social de acción	47
3. El funcionalismo y el concepto de acción	47
4. Teoría personal de acción	50
5. Teoría de la evitabilidad individual	53
6. Teoría cognitiva de acción	57
7. Teoría adscriptiva de acción	59
e) Nuestra percepción	59
§ 3. La denominada ausencia o falta de acción	60
— Causas que excluyen la acción	60
1. Fuerza física irresistible (<i>vis absoluta</i>)	60
2. Movimientos reflejos	61
3. Estados absolutos de inconsciencia	61
— <i>Adendum</i>	
1. Problemática de los comportamientos automatizados	62

2. Importancia de la distinción	63
3. Orden jerárquico	64
4. La acción penal en las personas	64
• <i>Casos y análisis</i>	
1. La mosca traviesa	71
2. La maldita costilla	72

Capítulo II

EL TIPO OBJETIVO Y SU IMPUTACION

§ 4. El tipo penal y la tipicidad	76
a) Evolución de la teoría del tipo	77
b) Tipo y tipicidad	79
§ 5. Especies de tipo	80
a) De resultado (lesión y peligro) y de actividad	80
b) Tipos de garantía y tipos sistemáticos	82
c) Tipos abiertos y cerrados	83
d) Tipo de un acto o de varios actos	84
e) Tipo de autor y tipo de acto	84
f) Por su autonomía: tipos básicos y dependientes	84
g) Por la exigencia para ser autor: tipos comunes y especiales	85
h) En función del número de bienes jurídicos protegidos: tipos simples y compuestos	85
i) Ley penal «en blanco»	86
§ 6. Elementos y contenido del tipo	86
a) Elementos del tipo penal	86
b) Contenido del tipo	87
1. Los bienes jurídicos	87
2. Los sujetos	90
3. Las referencias	91
§ 7. Aspectos objetivo y subjetivo del tipo	91
— <i>Adendum</i>	
1. Tipicidad penal: tipicidad legal más tipicidad conglobante	93
2. Atipicidad conglobante y justificación	94
3. Antinormatividad y antijuridicidad	95
§ 8. El tipo objetivo en el delito comisivo	95
a) Justificación de la dogmática entre la relación de acción y resultado	96
1. La teoría de la equivalencia de las acciones	100
— Críticas	102
2. La teoría de la condición adecuada	103
— Críticas	104
3. La teoría de la relevancia	105

b)	Posturas en torno a las teorías de la causalidad	106
	— <i>Adendum</i>	
1.	Casos de causalidad alternativa	107
2.	Casos de causalidad acumulativa	108
3.	Los cursos causales atípicos	108
4.	Casos de causalidad hipotética	109
5.	La causalidad interrumpida	109
§ 9.	Los criterios normativos de imputación al tipo objetivo. Fundamentos teóricos	111
§ 10.	El riesgo permitido como contención funcional de atribución del resultado	113
a)	El riesgo permitido	113
b)	Los roles	117
c)	Riesgo no permitido	119
d)	El principio de confianza	120
e)	La prohibición de regreso	122
f)	La competencia de la víctima en el derecho penal	124
g)	Los filtros de la imputación al tipo objetivo	126
	— <i>Adendum</i>	
	La teoría de la adecuación social	131
§ 11.	El tipo objetivo en la omisión. La omisión como forma del comportamiento humano. Hacer o no hacer, ésa es la cuestión	137
a)	Criterios de distinción	143
b)	Acción esperada	147
c)	Variantes en el actuar humano	149
§ 12.	Las clases de omisión	153
a)	La omisión propia	154
b)	La omisión impropia	155
1.	La teoría del nexo causal	159
2.	La teoría formalista: el deber jurídico	160
3.	La teoría del deber de garante	161
4.	La teoría funcional de la posición de garante	162
c)	La posición de garante. Sus fuentes y funciones	163
1.	La ley	165
2.	La fundamentación de la posición de garante en la ley	166
3.	Fundamentación por libre acepción o en comunidades de vida y de peligro	167
d)	Los deberes de garante deducidos en una estrecha relación vital	168
1.	Deberes de regulación legal de determinadas profesiones	169
2.	Deberes de garante deducidos de la asunción voluntaria específica	169
3.	Deberes de vigilancia de una fuente de peligro	169
	• <i>Casos y análisis</i>	
1.	El remador	172
2.	La pisada	173

Capítulo III**EL TIPO SUBJETIVO Y SU IMPUTACION**

§ 13.	Ubicación sistemática del dolo -----	177
§ 14.	Conceptualización y caracteres del tipo subjetivo doloso de comisión --	180
§ 15.	Alcances y elementos del dolo -----	183
§ 16.	Variedades de dolo -----	188
	a) Dolo directo -----	189
	b) Dolo indirecto -----	190
	c) Dolo eventual -----	191
§ 17.	Los denominados «errores de tipo» -----	202
§ 18.	Paradigmas de la denominada «desviación del curso causal» -----	206
	a) Error en el golpe o <i>aberratio ictus</i> -----	208
	b) Error en la persona o <i>error in persona vel in objecto</i> -----	210
	c) <i>Dolus generalis</i> -----	211
	— <i>Adendum</i>	
	Casos de consumación anticipada -----	212
§ 19.	Especiales elementos subjetivos -----	213
§ 20.	Aspectos subjetivos del delito imprudente -----	216
§ 21.	Imprudencia inconsciente como paradigma del delito culposo -----	221
§ 22.	Aspecto subjetivo del delito omisivo -----	224
§ 23.	Omisiones culposas -----	227
	• Casos y análisis	
	1. Las correas de cuero -----	228
	2. El sicario fracasado -----	230

Capítulo IV**LA ANTIJURIDICIDAD Y LA PRESENCIA
DE LA NORMA PERMISIVA**

§ 24.	Sistematización de la justificación -----	235
§ 25.	Orden normativo y orden jurídico -----	238
§ 26.	Antijuridicidad formal y material -----	241
§ 27.	Antijuridicidad formal y equidad -----	245
§ 28.	Antijuridicidad y unidad del orden jurídico -----	246
§ 29.	Elementos subjetivos de la antijuridicidad y antijuridicidad objetiva --	248
§ 30.	Las causas de justificación en particular -----	254
	a) Legítima defensa -----	254
	1. Fundamento -----	254
	2. Exigencias -----	257
	I. Agresión ilegítima (e inminente) -----	257
	II. Necesidad racional en el medio empleado para impedir la o repelerla (racionalidad) -----	260
	— Bienes defendibles -----	262

III. Falta de provocación suficiente	264
IV. Presunción <i>juris tantum</i>	265
V. Defensa de terceros	266
b) Estado de necesidad justificante	266
— Exigencias	267
I. La necesidad o conflicto de males	267
II. Ponderación y jerarquización de males	268
III. Inminencia y ajenidad del mal que se pretende evitar	270
• Casos y análisis	
1. El sordo	272
2. El diarero	273

Capítulo V

ATRIBUIBILIDAD O RESPONSABILIDAD POR EL HECHO

§ 31. Preliminares	278
§ 32. «Haciendo historia desde el presente»	279
§ 33. Posiciones halladas y desencontradas con la atribuibilidad	284
a) La teoría del espacio libre del derecho	284
b) La teoría unitaria en el estado de necesidad	285
c) La teoría de las causas de exclusión del injusto penal	288
§ 34. Fundamento y ubicación dogmática	292
§ 35. Respondiendo a posiciones críticas	294
§ 36. Contenido y consecuencias prácticas	298
§ 37. Supuestos comprendidos en la responsabilidad por el hecho	301
a) Estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía ..	301
b) Miedo insuperable o amenazas coactivas	302
§ 38. Objetividad o subjetividad	303
§ 39. Casos especiales	304
a) El exceso en el ejercicio de una causa de justificación o error sobre las circunstancias objetivas que excluyen la atribuibilidad	304
b) Los errores sobre las condiciones objetivas de las causas que exclu- yen la atribuibilidad	304
• Casos y análisis	
1. Amigos son los amigos	306
2. Los cheques voladores	307

Capítulo VI

CULPABILIDAD O IMPUTACION SUBJETIVA POR EL HECHO

§ 40. Introducción	311
--------------------------	-----

§ 41.	Génesis y evolución del principio de culpabilidad	314
	a) Perspectivas utilitarias de la culpabilidad	316
	1. Causalismo y neocausalismo	316
	2. Finalismo	317
	3. Funcionalismo	318
	b) Vulnerabilidad como indicador de culpabilidad	319
	— <i>Adendum</i>	
	Selectividad y vulnerabilidad	320
	c) La culpabilidad como filtro en la teoría del hecho punible	322
§ 42.	La culpabilidad como reproche	322
	a) El juicio de reprochabilidad basado en la existencia de asequibilidad normativa	325
	b) Juicio de reprochabilidad basado en la efectiva capacidad individual de las personas para responder a dictados de las normas	327
	c) Juicio de reprochabilidad por falta de fidelidad al ordenamiento jurídico	329
	d) Juicio de reprochabilidad basado en la evitabilidad	330
§ 43.	Capacidad de culpabilidad e imputabilidad	330
	a) Imputabilidad	331
	b) Métodos para evaluar la imputabilidad	331
§ 44.	Motivos de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad	332
	a) Imposibilidad del entendimiento o del conocimiento de la desaprobación de la norma	335
	1. Imposibilidad basada en insuficiencia de facultades mentales	335
	I. Las oligofrenias	336
	II. La ira	336
	III. Las intoxicaciones	337
	IV. La epilepsia	337
	2. Imposibilidad basada en las llamadas alteraciones morbosas	339
	I. Alteraciones morbosas de facultades mentales	339
	I.1. Psicosis	340
	I.2. Neurosis	341
	I.3. Psicopatía	342
	II. Trastornos de la conciencia	342
	b) Imposibilidad basada en razones de política criminal (minoridad)	343
	c) Consecuencias	346
	d) Efectos	346
	e) El error de prohibición	347
	1. Antecedentes	347
	2. Teoría del error	349
	I. El error en la teoría causal	349
	II. El error en la teoría final	351
	III. El error en el funcionalismo	355

III.1.	Funcionalismo teleológico moderado. Posición de Claus Roxin	357
III.2.	Funcionalismo sistémico sociológico. Posición de Günther Jakobs	358
f)	El error de prohibición en nuestro Código Penal	359
§ 45.	La temporalidad en la inculpabilidad. La denominada <i>actio libera in causa</i>	362
a)	Introducción	362
b)	Antecedentes	363
c)	La postura de los clásicos	364
d)	Desarrollo actual	365
	— <i>Adendum</i>	
1.	La culpabilidad como elemento de la réplica punitiva	366
2.	Motivos utilitarios de la pena	368
a.	La necesidad de pena en Roxin: una cuestión de política criminal	368
b.	La función preventiva y reparadora de la pena en Jakobs ..	369
§ 46.	La punibilidad	374
a)	Las excusas absolutorias	375
1.	Antecedentes	375
2.	Concepto y características	376
3.	Naturaleza jurídica	377
4.	Efectos	377
5.	Los errores sobre las excusas absolutorias	378
b)	Las condiciones objetivas de punibilidad	378
§ 47.	Impacto de la culpabilidad en la determinación judicial de la pena	379
—	Determinación judicial de la pena propiamente dicha	382
	 • <i>Casos y análisis</i>	
1.	La yerba y no para el mate	385
2.	El confundido	386

Capítulo VII

LAS ETAPAS DEL INJUSTO.

TENTATIVA Y ADELANTO DE LA PUNIBILIDAD

§ 48.	Fundamento del castigo de la tentativa	391
§ 49.	Significado y elementos	397
§ 50.	Etapas	399
§ 51.	Tipicidad objetiva de la tentativa	402
§ 52.	Tipicidad subjetiva de la tentativa	406
§ 53.	Tentativas inidóneas, aparentes y delito imposible	408

§ 54.	Tentativa acabada y tentativa inacabada	411
§ 55.	Casos específicos de tentativa	414
§ 56.	Tentativa y tipo omisivo	415
§ 57.	El desistimiento voluntario	416
§ 58.	Penalidad de la tentativa y del delito imposible	421
• <i>Casos y análisis</i>		
1.	Héroe por un día	423
2.	Emulando a Yiya	424

Capítulo VIII

TEORIA DE LA AUTORIA Y PARTICIPACION EN EL INJUSTO CULPABLE

§ 59.	Teoría de la autoría en el injusto culpable	428
a)	Consideraciones generales	428
b)	Teorías	430
1.	Teoría unitaria de autor o «autor único»	430
2.	Teoría subjetiva	432
3.	Teoría formal-objetiva	435
4.	Teoría material-objetiva	436
5.	Teoría del dominio del hecho	437
I.	Formas o clases de autoría	442
I.1.	Autoría directa o individual o inmediata	442
I.2.	Autoría concomitante o paralela	443
I.3.	Autoría mediata	444
II.	Casos de exclusión o inclusión de la teoría de la autoría mediata	447
II.1.	Casos de falta de acción	447
II.2.	Instrumento que actúa sin dolo	447
II.3.	Instrumento que actúa atípicamente desde el plano objetivo	448
II.4.	Instrumento que actúa amparado en una causa de justificación	448
II.5.	Instrumento que obra sin libertad o coaccionado	449
II.6.	Instrumento que actúa sin culpabilidad	450
II.7.	Instrumento que actúa dentro de un aparato de poder organizado	452
6.	Teoría de la coautoría en el injusto culpable	455
§ 60.	Teoría de la participación criminal en el injusto culpable	460
a)	Consideraciones generales	460
b)	Accesoriedad de la participación	465
1.	Participación dolosa en un hecho doloso	466
2.	Grado de dependencia de realización del hecho principal	468

3. Grado de realización del hecho	469
4. Relevancia de la realización del delito con la figura legal de encubrimiento	471
c) Formas de participación	473
1. Instigación	473
— <i>Adendum</i>	
El agente provocador (<i>agent provocateur</i>)	476
2. Complicidad o participación primaria o necesaria	480
3. Complicidad o participación secundaria o no necesaria	483
4. Exceso del autor y su relevancia en la pena a aplicar al partícipe	485
5. Comunicabilidad de las circunstancias personales	486
• <i>Casos y análisis</i>	
— Casi como a Mirtha	489

Capítulo IX

TEORIA CONCURSAL. LA DENOMINADA UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

§ 61. La consecuencia jurídica del delito	496
§ 62. Unidad de conducta	498
a) Forma de concurrencia de las normas	500
1. Modalidades de concurso aparente	500
2. Formas concursales	505
I. El concurso ideal	505
II. Concurso real	508
III. Delito continuado	510
b) Límite al <i>quantum</i> punitivo concursal	512

Capítulo X

TEORIA DE LA VALIDEZ TEMPORO ESPACIAL DE LA LEY PENAL

§ 63. Teoría de la validez temporal de la ley penal	518
— Excepciones al principio fundamental	520
1. Retroactividad de la ley más favorable	520
2. Excepción al principio de aplicación de la ley más benigna	523
3. Criterios de benignidad	524
§ 64. Validez espacial de la ley penal	525
a) Principio de territorialidad (aplicación de la ley penal en el territorio del Estado)	526

b) Aplicación extraterritorial de la ley penal argentina	528
1. Principio de nacionalidad	528
2. Principio real o de defensa	528
3. Principio universal o de justicia universal	529
• Casos y análisis	
— Apócrifa S.A.	530

Apéndice**CASOS PRACTICOS***A — Casos resueltos*

1. El chistoso	533
2. Bwana <i>live</i>	534
3. El fiestero	535
4. La llave maestra	535
5. El hombre verde	537
6. El golpecito	538
7. El militante	540
8. «La doce»	541
9. El pebete judicial	542
10. Códigos de barrio	543
11. Mi cuñada	544
12. Lo que mata es la presión	544
13. «Old Smuggler»	546
14. El celoso	546
15. El heredero	547
16. El guardarrupas	548
17. El peatón	548
18. La bruja	549
19. Hay que poner un poco más de	549
20. En Jamaica «no problem»	550
21. La conciencia	551
22. El tío Lucas	552
23. Cuidado con la comida	552
24. La avalancha	553
25. El desvío fatal	554
26. El acantilado	554
27. El «bobina»	555
28. «Havana Club»	556
29. Alto voltaje	557
30. La silla eléctrica	558
31. «El Club de la Pelea»	558
32. «La TV Ataca»	559
33. El revolucionario	559
34. El motoquero	561
35. El bebedor	561
36. El caso de la pistola	562

B — Casos para resolver

1. Cazador cazado	562
2. Donde pone el ojo	562
3. El héroe	562
4. ¡Qué suerte para la desgracia!	563
5. El odiado	563
6. ¡Qué imaginación!	563
7. Cuidado con la picazón	563
8. No hay peor ciego que	564
9. Los bonaerenses	564
10. Viva María	564
11. La noticia nefasta	564
12. Otra de sicarios	564
13. Mi mamá me mima	565
14. Cuando pase el temblor	565
15. Una masa	565
16. Cuidado con el can	565
17. Jaque al jeque	565
18. ¡Qué trío!	565
19. Graduados	566
20. Llamen a los bomberos	566
21. Mi destino	566
22. El ascensor	566
23. Un padre que da consejos más que padre es	567
24. Lo último que se pierde es	567
25. «Matrimonios y algo más»	567
26. El <i>yuppie</i>	568
27. El médico	568
28. Cuando pase el temblor II	568
29. 220 W	568
30. Un humor de perros	568
31. La mudanza	568
32. Yuyo para el amor	569
33. La salidera	569
34. Cuidado con la izquierda	569
35. La bicicleta	569
36. La bocina	570
37. La llamada mortal	570
38. <i>Nerds</i> eran los de antes	570
39. El linchamiento	570
40. La autopista	570
41. ¡Esa es mi mujer!	571
42. <i>Dealer</i>	571
43. El cetol	571
44. HIV	571
45. Las plumas	571
46. Tequila	572
47. «Jackass»	572
48. El tiro por la culata	572
49. La velocidad	572

50. La mochilera -----	572
51. «Qué par de pájaros los dos» -----	573
52. Se hizo la luz -----	573
53. «Mama mía» -----	573
54. Dos virus y una muerte -----	573
55. En boca cerrada ... -----	573
56. La carrera de la muerte -----	574
57. El paracaidista -----	574
58. El caso «Witting» (BGH 32, p. 367 y ss.) -----	574
59. La huida -----	574
60. Con líquido y sin frenos -----	575
61. El piquete asesino -----	575
62. Adios gigoló -----	575
63. La bala -----	575
64. La bandera y el guardavidas -----	575
 <i>Bibliografía general</i> -----	 577