Lecciones de parte especial

Estudios desde la teoría del delito y las garantías procesales penales

Edmundo S. Hendler
Alejandra M. Alliaud
(compiladores)

ediciones**Didot**

ÍNDICE GENERAL

PALABRAS PRELIMINARES 9

PRÓLOGO 11

1. HOMICIDIO Y LESIONES EN RIÑA 15
Debate acerca de su constitucionalidad
Fernanda E. Mendaña

2. HOMICIDIO Y LESIONES CULPOSAS 35
Problemas vinculados con el reproche penal
Alejandra M. Alliaud

3. ABORTO 53
Análisis crítico de la doctrina del plenario "natividad frías"
Jorge Daniel López Oribe

4. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL 75
Discusiones en torno a la calificación legal de la *fellatio in ore*
María Eva Conti Gómez

5. HOMICIDIO EN OCASIÓN DE ROBO 93
¿Es posible su tentativa?
Pablo A. Bonini

6. ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS Y LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL 109
Alejandro C. Toledo

7. DEFRAUDACIÓN POR INFIDELIDAD O ABUSO 127
Problemas vinculados con la cosa juzgada y el *ne bis in idem*
Andrés Heim

8. TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL 141
Estandar de la CSJN
María Cecilia Maffei

9. TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES PARA CONSUMO PERSONAL 159
El bien jurídico
Leandro Dato

BIBLIOGRAFÍA 173

PALABRAS PRELIMINARES

Alejandra Alliaud

La idea de este libro nació allá por el año 2010. Era una necesidad de un grupo de profesores de la Cátedra a cargo del Dr. Edmundo S. Hendler de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que creíamos, y seguimos creyendo, que la enseñanza de la parte especial del derecho penal merece un mayor detenimiento.

A los alumnos, a quienes estas páginas están dirigidas, les resulta muy dificultoso tener una mirada amplia que permita integrar el estudio de los delitos en particular con problemáticas de otras áreas de la materia.

Nos propusimos entonces generar material de trabajo que les posibilitará a ellos, y a cualquier interesado en el derecho penal, entender que el estudio de los tipos penales no se agota con conocer los requisitos del tipo objetivo y subjetivo, sino que las problemáticas más importantes son las que tienen que ver con ese delito puesto en acción, es decir, con la aplicación en concreto de ese accionar típico, ya sea por las consecuencias procesales que apareja, por el modo en que debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales, o por cómo debe ser analizado en relación a las teorías de la pena.

Para ello, creímos necesario abordar el análisis de los delitos en particular partiendo de lo sostenido por los tribunales nacionales o provinciales (CSJN, CNCP, CNCC, SCBA, TCBA) y haciendo hincapié en cuestiones propias de la teoría del delito, de la teoría de la pena o de principios procesales. De tal modo, cada uno de los trabajos que componen esta obra, toma como referencia a un precedente jurisprudencial, y a partir de allí desarrolla alguna problemática concreta.

Cabe mencionar que las versiones preliminares de los trabajos de Maria Eva Conti Gómez, Alejandro C. Toledo, María Cecila Maffei y el de quien suscribe, fueron presentados y sometidos a discusión el pasado año en el Seminario de Cátedra del Dr. Edmundo S. Hendler. A todos los presentes en esas reuniones agradecemos las críticas, los aportes y sugerencias hechas.

Finalmente vaya nuestro agradecimiento a Ignacio Tedesco y a Lorena Banfi, pues sin su ayuda las páginas que siguen sólo habrían sido parte de un sueño.

PRÓLOGO

Edmundo Hendler

Los textos de Derecho Penal se dedican a los temas que conciernen a la parte especial de la materia con menos frecuencia de la que lo hacen con los que corresponden a la parte general. Aun en entornos jurídicos muy diversos surge esa misma observación como lo señalan algunos autores en el caso de Inglaterra[1]. Es cierto que hay buenas razones que explican esa preferencia pero no hay dudas de que los contenidos más universales de esa rama jurídica son los que reconocen ciertos delitos en particular, verdaderamente nucleares de todo el ordenamiento legal de la sociedad. No se trata desde luego de volver al reconocimiento de ciertos "delitos naturales" que proponía Garófalo, pero sí vale la pena reparar en la universalidad de las actitudes de repulsa con que las sociedades reaccionan frente a determinados hechos que afectan las bases de la convivencia. Es lo que advertía, desde el terreno de la antropología, Franz Boas, que aludía a la condena sin excepciones del asesinato, el robo la mentira y la violación[2].

De todas maneras, al encarar una obra dedicada a la parte especial del Derecho Penal surge el inconveniente de la tediosa tarea que supondría la consideración exhaustiva del extenso catálogo de los delitos que forman parte del derecho positivo vigente. A las figuras que integran el Libro II del Código Penal argentino deben añadirse una infinidad de otras figuras creadas por las muchísimas leyes dictadas antes y, especialmente, después de su sanción. Lo cierto es que los legisladores noveles y los que son veteranos también, los que no son legisladores pero opinan en las sobremesas, todos en general sienten una particular predilección por expresar sus convicciones más arraigadas por medio de la creación de nuevos delitos. Ese fenómeno ha venido incrementándose en la Argentina en los últimos años dando lugar a lo que muchos llaman la "inflación penal". Es que la nómina completa de los delitos de la legislación vigente contiene una gran cantidad de proclamas meramente declamatorias. Sólo algunos de los contenidos de esa nómina tienen una aplicación concreta, obligan a ocuparse

---

1 Duff, R. A. y Stuart P. Green, "Introduction: The Special Part and its Problems", en *Defining Crimes* (compilado por los mismos autores), Oxford University Press, 2005, ps. 1/4.

2 Citado en Hendler, Edmundo S., *Las raíces arcaicas del Derecho Penal,* Buenos Aires, del Puerto, 2009.

de ellos a distintos sectores del gobierno y de la sociedad y conforman la tarea que incumbe a jueces y abogados. Los demás contenidos muchas veces redundan o, simplemente, como se suele decir con un galicismo bien explícito, son *negligeables.*

Frente a esa perspectiva se justifica la selección de los temas abordados por los distintos trabajos que componen el volumen compilado con el que se tiende a paliar la relativa escasez de textos referidos a la parte especial del Derecho Penal y se centra la atención en temas que tienen indudable interés, bien sea por la universalidad de las cuestiones que se suscitan a su respecto o bien también por la preocupación actual que surge frente a ciertos aspectos del ordenamiento legal vigente. Está claro el propósito didáctico de esos abordajes, inspirados en el currículo de la carrera de abogacía que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el que, salvo el caso de quienes eligen el ciclo orientado al Derecho Penal o el de quienes se inclinan por los cursos optativos de la materia, sólo se exige a los futuros abogados aprobar un curso de "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal". La necesidad de aportar materiales que abastezcan o complementen los empleados en ese curso explica igualmente los propósitos de la obra cuyos autores son colaboradores docentes en una de las comisiones que tratan esa materia de la carrera, la que desde hace años se encuentra a cargo de Alejandra Alliaud, a cuya inquietud y empeño se debe fundamentalmente el aporte conseguido con los distintos trabajos.

Aunque esos trabajos no responden a un hilo conductor único, es posible distinguir una perspectiva relativamente coincidente en todos ellos. Por un lado, al haber enfocado cada uno de los temas a través de casos concretos resueltos en la jurisprudencia. Por el otro, al poner de manifiesto, tal vez de manera inadvertida, los excesos punitivos en que invariablemente incurren las normas sancionadas por el legislador. A esa observación conducen las reflexiones de Alejandra Alliaud acerca de situaciones peculiares que sobrevienen en el castigo de hechos de carácter culposo. A partir del análisis de los fallos escogidos, se ponen al descubierto cuestiones vinculadas con la tipificación (tipos penales abiertos, normas de cuidado e imputación objetiva del resultado) y también lo referente a la posibilidad de aplicar salidas alternativas al juicio (suspensión del proceso a prueba) o, eventualmente, la imposición de penas por debajo del mínimo legal o la eximición total por la aplicación de la *poena naturalis*.

Otro tanto ocurre con la validez constitucional del castigo en hechos ocurridos en riña que Fernanda Mendaña propone debatir a la luz de los principios limitadores del *ius puniendi* tomando como punto de partida los de legalidad, inocencia y el de culpabilidad, para abordar luego las discusiones que se suscitan en torno la materialidad de la acción, el nexo causal, la atribución de responsabilidad y los problemas probatorios.

La dudosa razonabilidad de la sanción a la interrupción del embarazo se encuentra sugerida en el trabajo de Jorge López Oribe. Los fallos que analiza llevan a reflexionar sobre la oscilación del tratamiento jurisprudencial que se presenta pivoteando entre el interés del Estado por descubrir la verdad y el interés de los individuos de que sus derechos y garantías constitucionales no sean conculcados so pretexto de la investigación de un delito. También verifica el esfuerzo de los procesalistas encaminado a buscar soluciones intermedias, reconociendo la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, pero intentando limitar sus efectos.

La mojigatería del lenguaje empleado en la descripción de delitos de contenido sexual está tratada en el trabajo de Eva Conti. Con referencia a la reforma introducida al Código Penal por la ley 25.087, y con relación a la figura recatadamente designada con el latinazgo *fellatio in ore*, analiza los mecanismos de interpretación de las leyes; en particular frente a la utilización de lenguaje ambiguo o poco preciso como ocurre con las expresiones "acceso carnal" y "cualquier vía" deteniéndose en el análisis de las influencias que derivan de que en el caso concreto se consideren esas fórmulas como elementos del tipo que se acercan más a los de naturaleza valorativa que a los de índole descriptiva

Una interpretación armónica del concurso delictivo permite atemperar la complejidad de la figura del robo con resultado mortal en la propuesta de Pablo Bonini. A la compleja vinculación entre las figuras del homicidio en ocasión de robo y el homicidio *criminis causae* se suma la idea de que el primero no admite tentativa si la muerte se ha producido. De allí entonces los interrogantes ¿es posible que las interpretaciones jurisprudenciales eviten aplicar las reglas de la tentativa? ¿Es posible que dejen de lado los principios básicos del derecho penal liberal, como la interpretación restrictiva de la ley penal y la afectación al principio de culpabilidad?

El robo con armas da oportunidad a Alejandro Toledo para acotar cierta exageración en la sanción de delitos contra la propiedad. La redacción actual de la figura contenida en el artículo 166 del Código Penal lo lleva a reflexionar sobre la aplicación del principio de estricta legalidad y, partir de la interpretación que la Corte Suprema hizo en el fallo que comenta, a analizar otro de sus corolarios, el de aplicación de la ley penal más benigna. Por otro lado, nos lleva a tomar posición en punto a la relación entre la prescripción de la acción penal y el derecho a ser juzgado en un plazo razonable.

El resguardo contra la doble persecución es la vía que Andrés Heim encuentra para ubicar en un contexto ponderado el castigo de hechos de fraude en la administración patrimonial. La discusión que surge en los fallos que aborda concierne a la disyuntiva entre considerar que la multiplicidad de actos infieles o abusivos constituyen hechos independientes o que, por el contrario, constituyen un delito único o bien un delito continuado. La determinación de tratar cada acto reputado infiel o abusivo, ya sea en forma separada o ya sea de manera conjunta, es lo que hace variar no sólo las consecuencias jurídicas, sino también las proyecciones de la cosa juzgada material y la prohibición que emana del principio *ne bis in idem*.

La trillada cuestión del castigo de la tenencia de sustancias para uso personal, encarada en el trabajo de Cecilia Maffei, permite la crítica de la doctrina del fallo "Arriola" de la Corte Suprema. Se abordan con ese motivo dos cuestiones, la relacionada con el contenido que debe darse al ámbito de autonomía consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y la vinculada con la necesidad de que la conducta punible haya transcendido a terceros lo que conduce, a su vez, a la reflexión sobre si ese requisito se cumple con la simple ostentación. Esa misma cuestión así como el rescate de la noción de bien jurídico como elemento moderador se encuentran tratados en la propuesta de Leandro Dato quien, también a propósito del precedente "Arriola", brinda una reseña de las distintas posturas de la doctrina procurando mostrar cuál es su hilo conductor para, finalmente, proponer a la reflexión la idea de que el reconocimiento de los bienes jurídicos se encuentra en la Constitución.

En suma, entonces, la compilación que se ofrece con este volumen procura aportar herramientas útiles a la enseñanza de una de las materias de mayor trascendencia en el ordenamiento jurídico, la del Derecho Penal en ciertos aspectos específicos de su contenido.