

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman

Leandro A. Dias

Hacia un derecho penal **más racional**

Contribuciones sobre castigo
estatal e imputación

Marcelo A. Sancinetti



Editores
del Sur

COORDINADORES

Marcelo D. Lerman

Leandro A. Dias

Hacia un derecho penal **más racional**

Contribuciones sobre castigo estatal e imputación

Marcelo A. Sancinetti



Contenido

Presentación , por Marcelo Lerman y Leandro Dias	15
Autobiografía	17
I.	17
II.	24
III.	31
IV.	38
V. Lista de publicaciones principales	47
El pensamiento de la Ilustración y el llamado “principio de lesividad”	51
I.	54
II.	57
III.	59
IV.	63
V.	66
VI.	68
VII.	71
VIII.	75
IX.	78
X.	85
Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo	87
I. Introducción	87
II. La teoría absoluta de la pena	89
III. La teoría de la prevención general	94
IV. La teoría de la prevención especial	95
V. Las llamadas “teorías de la unión”	98
VI. La teoría de la prevención general positiva	100
VII. La posición de la víctima	103
VIII. Las condiciones de ejecución de la pena	105

¿Está influida la teoría de la imputación por los fines de la pena?..... 109

Sumario	109
I.	110
II.	116
III.....	118
IV.	121
V.	126
VI.....	127
Bibliografía.....	129

**Suicidio y Estado: ¿Vale la máxima: “Debes vivir para ser penado”?
(Reflexiones a propósito del “caso Febres”)..... 133**

**Avenimiento y mediación:
¿la pena como “objeto de negocios jurídicos”?..... 143**

I.	143
II.	145
III.....	154
IV.	160
V.	163
VI.....	165
VII.	175
VI.	180

**Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido”
y de “Extinción de Dominio” 185**

Preliminar	185
1. Sobre el “testigo de la corona” y acciones “en protección del bien jurídico”	185
Dos “estructuras diferentes”	185
a.1) El “principio <i>nemo tenetur</i> ”	189
a.2) El “principio <i>de igualdad</i> ”	191
a.3) El “principio <i>de culpabilidad</i> ”	192
b) Otras objeciones	193
c) Prescendencia de una consideración particular del proyecto	198
d) Propuesta de un “Proyecto Alternativo”	199

d.1) Planteo de la cuestión	199
d.2) El texto del Código Penal alemán (StGB).....	200
d.3) La vigencia del art. 41 <i>ter</i> en el Código Penal argentino	202
e.3) Propuesta de reforma del art. 43 <i>ter</i> , CP	203
e.5) ¿Conminación penal para la incriminación falsa?	204
2. Sobre el proyecto de “Extinción de Dominio”	206

La influencia de los cursos causales hipotéticos en la responsabilidad civil y penal..... 209

1. Planteo de la cuestión: De la relevancia de los cursos causales hipotéticos	210
2. El dilema de la aparente “neutralización recíproca de la imputación”, mostrado sobre la base de ejemplos	214
3. Las excepciones al dogma de la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos	223
4. Los cursos causales hipotéticos frente a la llamada “hipótesis de la diferencia” o “teoría de la diferencia”	232
A) La cuestión en Andreas von Tuhr	233
B) La cuestión en Ludwig Enneccerus y Heinrich Lehmann	237
5. La traslación de la “teoría de la diferencia” al Derecho penal	253
6. Conclusiones	262

El “caso Monzón”: ¿Fue correcta la calificación del hecho como “homicidio doloso consumado”? A 20 años de la muerte de Alicia Muñiz 265

El disvalor de acción como fundamento de una dogmática jurídico-penal racional..... 283

Abstract	283
1.	287
2.	291
3.	293
4.	296
5.	298
6.	303
7.	306
8.	309

9. Bibliografía	311
La equiparación de la pena para la tentativa de contrabando y el contrabando consumado. Comentario al fallo “Branchessi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	315
Marcelo D. Lerman y Marcelo A. Sancinetti	
I. Introducción	315
II. El fallo	316
III. La discusión jurisprudencial respecto de la constitucionalidad del artículo 872 con anterioridad al fallo “Branchessi”	324
IV. Algunas repercusiones del voto de Zaffaroni en el fallo “Branchessi”	329
V. Crítica al voto de Zaffaroni	331
Notas sobre la “tentativa inidónea”	347
I. La situación de hecho	347
II. La solución del caso.....	348
III. El efecto intuitivo del “dilema” del in dubio pro reo	349
IV. Imposibilidad fáctica e imposibilidad legal (tentativa inidónea y delito putativo).....	352
V. La doctrina de la “teoría subjetiva de la tentativa”	354
VI. Cuestiones de hecho: la representación ambivalente	358
VII. Deber “objetivo”, a partir de la “representación del agente”	360
Fallo II – «Travi Basualdo, Lorenzo Juan de Dios Pedro».....	363
A – ANÁLISIS DEL FALLO	363
– §1 – EL CASO	363
1. La reconstrucción de la situación de hecho	363
2. El tramo fáctico relativo al “abandono de persona” (por omisión).....	365
3. El tramo fáctico relativo a la “administración fraudulenta”	372
– §2 – LA POSICIÓN DE GARANTE POR “ASUNCIÓN VOLUNTARIA”	378
1. Identidad de las fuentes de un deber de garante en el homicidio por omisión (arts. 79, 80, CP) y en el abandono de persona (art. 106, CP)..	378
2. La asunción voluntaria como causa fuente del deber de garante y su aplicación al caso concreto.....	384

— §3 – LA TENSIÓN ENTRE EL HOMICIDIO POR OMISIÓN Y EL ABANDONO DE PERSONA.....	387
1. Planteo de la cuestión.....	387
2. El caso “Antognazza” (vs. “Casal”): C.S.J.N.	390
3. Fundamentos de por qué se puede cometer un tipo de causación (homicidio, lesiones, daño, incendio) por medio de una omisión.....	397
4. La distinción entre la comisión por omisión de un “delito de lesión” (homicidio, lesiones) y el abandono como “delito de peligro”	411
5. La “acción típica” del delito de abandono	428
6. Las consecuencias para el caso concreto comentado	440
– §4 – CONCLUSIONES.....	447

Reflexiones sobre la obra de Karl Engisch.

La causalidad como elemento de los tipos penales	453
I.	453
II.	455
III.....	463
IV.	468
V.	470

Cursos causales hipotéticos y teoría de la diferencia..... 471

Preliminar: De la relación de este trabajo con el colega homenajeado	471
I.	476
II.	479
III.....	481
IV.	484
V.	489
VI.....	495
VII.	498
VIII.	501
IX.....	509
X.....	518
XI.....	521

Presentación

Este libro contiene quince contribuciones sobre derecho penal sustantivo de nuestro maestro, Marcelo Sancinetti, que fueron publicados en diversos sitios durante las últimas décadas. Creemos que su publicación conjunta puede ser de utilidad para quien quiera iniciarse en el pensamiento de este autor o ampliar el conocimiento de su obra reciente. El conjunto de textos deja particularmente claro que la obra de Sancinetti contribuye al objetivo de lograr un derecho penal más racional, lo que ha definido el título de este libro. En efecto, la racionalidad, la coherencia, la agudeza y la erudición caracterizan los textos de Sancinetti, y producen un resultado propio de otras disciplinas: convencen de las posiciones sostenidas por el autor en virtud del peso de los argumentos presentados.

Los temas de los artículos que componen este libro son bien diversos, pero todos ellos están conectados con la parte general del derecho penal o con sus principios y fundamentos. Pueden encontrarse textos que presentan las posturas dogmáticas centrales del autor, como aquel que caracteriza al disvalor de acción como fundamento de la dogmática jurídico-penal, así como también artículos en los que Sancinetti analiza críticamente institutos como el avenimiento y la mediación penal. También son incluidos textos sobre los fundamentos de la pena estatal y otros dedicados a problemas de causalidad, entre ellos, uno de los artículos en los que Sancinetti sostiene la relevancia de los cursos causales hipotéticos para el análisis causal, uno de los puntos centrales de las investigaciones dogmáticas del autor en los últimos tiempos.

El libro se inicia con una autobiografía que fue publicada originalmente en idioma alemán. Basta con ver la lista de publicaciones de Sancinetti para advertir que su obra es monumental. Además, su actividad docente ha

contribuido (y sigue contribuyendo) a la formación de varias generaciones de juristas. Recientemente Sancinetti fue nombrado profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, y fue distinguido entre las 200 personas destacadas por los 200 años de la fundación de la Universidad de Buenos Aires. El reconocimiento a Sancinetti también se concretó en un libro homenaje editado en Alemania (*Brücken bauen: Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot 2020), impulsado por el profesor alemán Eric Hilgendorf de la Universidad de Wurzburg. Esa obra cuenta con contribuciones de Claus Roxin, Günther Jakobs, Ingeborg Puppe, Friedrich-Christian Schroeder, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch, Urs Kindhäuser, Helmut Frister, Michael Pawlik y Anette Grünewald, entre muchos otros juristas alemanes, así como de Enrique Bacigalupo Zapater, Enrique Gimbernat Ordeig, Jesús-María Silva Sánchez, entre otros juristas de España, además de colegas de la Universidad de Buenos Aires y otros de universidades privadas muy calificadas y de universidades interior del país y diversos juristas de Chile, Colombia, Perú, Uruguay e Italia. Ese libro da cuenta de la repercusión que ha tenido el trabajo científico de Sancinetti en Iberoamérica y Europa, especialmente en Alemania.

Invitamos a los lectores a concentrarse en los textos que componen este libro, en la convicción de que los llevará a reflexiones profundas que producirán cambios en las formas que tenían de pensar los temas que son abordados o los llevarán a pensar en aspectos que no habían sido tenidos antes en consideración. La obra de Sancinetti por supuesto no se agota en este libro y, en conexión con la conocida metáfora de Ronald Dworkin, es una novela en cadena que sigue escribiéndose hasta la actualidad. Quienes escriben estas líneas esperan que en el futuro sea posible publicar nuevos capítulos de esa novela y compartirlas con las nuevas generaciones de lectores. De este modo, los fundamentos de un derecho penal racional podrán mantenerse firmes en la ciencia del derecho penal.

Por último, es necesario destacar la colaboración de Jeremías Brusau, Rocío Buosi, Ariel Liniado, María Fernanda Prack y Manuel Sciarrotta en la corrección las galeras de este libro. A ellos está dirigido nuestro más sincero agradecimiento.

Buenos Aires/Wurzburgo, miércoles 4 de mayo de 2022.

Marcelo Lerman y Leandro Dias

Este libro es una recopilación de algunas contribuciones recientes del Prof. Dr. (mult.) Dr. h.c. Marcelo Sancinetti al derecho penal sustantivo. Los lectores podrán encontrar, como hilo conductor de todos estos textos, una búsqueda de un derecho penal más racional. Para eso, son puestos en discusión distintos presupuestos aceptados acríticamente en el derecho penal actual, tales como el llamado “principio de lesividad”, el castigo diferencial de las tentativas respecto de los delitos consumados, el fin preventivo de la pena y la irrelevancia de los cursos causales hipotéticos para la determinación de la causalidad en materia penal. Con argumentos sólidos y una prosa atrapante, Sancinetti logra develar la debilidad de los fundamentos teóricos defendidos por la llamada “opinión dominante” en la disciplina y propone alternativas que obligan, en las clásicas palabras de George Fletcher y (posteriormente) Joachim Hruschka, a repensar el derecho penal. Se trata de un libro indispensable para quienes estén interesados en realizar investigaciones jurídico-penales profundas y, en especial, para las nuevas generaciones de penalistas.

