

**UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI**

**ABOGACIA**

**TESIS**

**¿Es posible en el ordenamiento jurídico penal argentino reducir las penas cuando nos encontramos en presencia de una situación de imputabilidad disminuida?**

Fiorenza José María

Córdoba, 29 de Mayo de 2013

## Resumen.

El presente trabajo tiene como interrogante saber si, ¿Es posible en el ordenamiento jurídico argentino reducir las penas?, ¿cuando nos encontramos en presencia de una situación de imputabilidad disminuida? Empezando con estos interrogantes vamos introduciéndonos de a poco, primero saber si ¿nuestro ordenamiento prevé este tipo de situaciones?, en su caso, ¿En que tipo de delitos? Se tendrá especialmente en cuenta que este tipo de situaciones podrían acarrear una lesión al principio de proporcionalidad de las penas.

Por otra parte, se tomarán como referencia otros ordenamientos jurídicos que tratan sobre este punto donde hay una disminución de la imputabilidad, los cuales lo hacen de una manera genérica para todos los delitos, es el caso de España y Alemania, en donde este tipo de situaciones son tratadas de una manera diferente al nuestro. Sin dejar de mencionar que en nuestro ultimo proyecto de reforma se trató el tema.

Sobre el final se expondrá como la doctrina más moderna, considera que los jueces tendrían que aplicar estos mínimos, apartándose de los establecidos en las diferentes figuras penales, que solo serian considerados con valor de regla general. En este orden de ideas al mínimo legal debe asignársele un valor meramente indicativo, esto, siempre que no se lesionen normas de jerarquía constitucional.

## Abstract

The present work has like questioning knowledge if: Is it possible in the Argentine juridical arranging to reduce the sentences?: when are we in the presence of a situation of diminished inculcation? Starting with these questions we go interfering little by little, the first knowledge if: does our arranging foresee this type of situations?, in its case: In what type of crimes? It will be born especially in mind that this type of situations might transport an injury at the beginning of proportionality of the sentences.

On the other hand, there will be cited as an example other juridical arrangings that treat on this point where there is a decrease of the inculcation, which is do it in a generic way for all the crimes, it is the case of Spain and Germany, where this type of situations is treated as a way different from ours. Without stopping mentioning that in our last reform project the topic talked each other.

By the end it will be exhibited like the most modern doctrine, take into consideration that the judges would have to apply these minimums, separating of established in the different penal figures, which only would be considered by value of general rule. In this ideas order to the legal minimum a value must be assigned merely indicatively, this, whenever norms of constitutional hierarchy do not get injured.

# Índice

**¿Es posible en el ordenamiento jurídico argentino reducir las penas cuando nos encontramos en presencia de una situación de imputabilidad disminuida?**

## **I- Introducción.-**

## **II- Marco Normativo.-**

a- Inimputabilidad.-

b- Emoción Violenta en el Derecho Nacional.-

c- Imputabilidad disminuida en el Derecho comparado.-

d- Proyecto de Reforma del Código Penal 2006, Observaciones y Críticas al Proyecto de Código Penal 2006.-

## **III- Principios que rigen la cuestión planteada.**

1- Principios de Proporcionalidad, Humanidad y Culpabilidad.-

2- Principios de Contenido Material.-

## **IV- Análisis preliminares de la situación en la Argentina respecto a la imputabilidad disminuida.-**

1- Presupuestos para su procedencia.-

2- Fallo de la Cámara de Federal de Casación Penal, Causa N° 16261-

Sala II- “Ríos Mauricio David s/Recurso de Casación.-

## **V- Conclusiones.-**

## **VI- Bibliografía.-**

## I- Introducción

Si bien en el comienzo de la presente investigación el proyecto se encontraba orientado bajo otra hipótesis, la consulta sobre las fuentes, marco normativo y jurisprudencia llevo a que se encausará el trabajo bajo el interrogante que forma parte del título de la tesis.

En la actualidad, la investigación parte de que en nuestro ordenamiento jurídico penal se prevé lo que se conoce en la teoría del delito como **imputabilidad disminuida**; sin embargo, bajo el rotulo de emoción violenta (art. 80.1etra “a” del Código Penal) solo resulta aplicable para los delitos de homicidio y lesiones (arts. 79 89, 90 y 92 del Código Penal). Esta particular forma de legislar, genera los siguientes interrogantes *¿por qué no ha sido contemplada esta situación emocional como atenuante en otros tipos de delitos? ¿Cuál es la razón de que no se prevea una atenuante genérica como lo hacen otros ordenamientos jurídicos para aquellos casos donde si bien existe imputabilidad, por distintas razones esta capacidad se encuentra disminuida?* Los cuestionamientos aludidos, encuentran su origen en los propios fundamentos que dan lugar a la emoción violenta, es decir la disminución de los frenos inhibitorios a partir de la alteración psiquiátrica generada por una situación conflictiva y violenta.

A los efectos de un correcto tratamiento del tema, corresponde desarrollar el marco normativo de aquellos elementos que forman parte de la discusión en torno al interrogante que se plantea en el presente.

## **II Marco normativo**

### **a) Inimputabilidad**

Siguiendo el orden propuesto, atañe en primer término clarificar el concepto de imputabilidad a los fines de poder desentrañar en qué casos se verá disminuida, situación que debería ser contemplada a los efectos de la aplicación de la pena, por verse disminuido el grado de culpabilidad por el hecho (art. 18 de la Constitución Nacional).

En nuestro ordenamiento jurídico penal no son punibles aquellas personas que en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración morbosa de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, no pueden comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (art. 34 del Código Penal).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia al momento de analizar la inimputabilidad, sostiene que es una formula psiquiátrico-psicológica. Con ello se quiere significar que el Código Penal, no sigue un criterio según el cual solo lo patológico puede considerarse como factor a tener en cuenta para determinar la inimputabilidad. Por el contrario el concepto se extiende a estados similares, aunque no fuesen patológicos. El ordenamiento jurídico nacional no habla de alienación mental, sino de insuficiencia de las facultades y de alteración morbosas de las mismas, que en definitiva no es más que los efectos psicológicos que requiere para que haya inimputabilidad. Ahora bien, el centro de la atención debe recaer sobre la posibilidad que ha tenido el sujeto de comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, lo cual demanda claramente una valoración jurídica de la intensidad en la cual se desarrollan esos estados en referencia al contenido injusto del hecho concreto.

Este segundo requerimiento es el componente jurídico o valorativo con que deben juzgarse la insuficiencia o la alteración para dar lugar a inimputabilidad. Como se ha dicho cuando la psiquiatría duda acerca del examen sobre este aspecto, es la

valoración psicológica la que decide<sup>1</sup> y en definitiva es determinante para el juicio jurídico. Por ello suele señalarse que la formula legal responde a un criterio psicológico jurídico, puesto que carece de referencias psiquiátricas y biológicas. Es cercana a lo que se ha llamado criterio psíquico normativo<sup>2</sup>, puesto que la fórmula, en rigor, hace referencia a las limitaciones psíquicas y a una precisión de criterio de valoración jurídica<sup>3</sup>. No se trata de una cuestión insignificante o de detalle, si no de fundamental trascendencia teórica y práctica: el Código no clasifica a los seres humanos en locos de competencia médica, y cuerdos de competencia judicial, si no en personas que en el momento del hecho puede exigírseles o no el comportamiento conforme a derecho. Con ello queda claro que la imputabilidad es un concepto jurídico, cuya valoración corresponde únicamente al juez, al que el perito sólo ilustra con los datos de su saber.

Conforme al método combinado, seguido por la ley vigente, habría en principio solo dos posibles fuentes de inimputabilidad: la insuficiencia de las facultades y la alteración morbosas de las facultades. Se ha visto que la inconciencia no puede ser causa de inimputabilidad, por que implica ausencia de conducta<sup>4</sup>.

La interpretación tradicional del inc. 1º del Art. 34 entiende que estado de inconciencia es *“toda grave perturbación transitoria o no patológica de la conciencia”*, que insuficiencia de las facultades alude al *“circulo de las oligofrenias”* y que alteración morbosa de las facultades corresponde a *“las psicosis o alienación*

---

<sup>1</sup> CABELLO, Psiquiatría Forense en el Derecho Penal, I, p. 124, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 697.

<sup>2</sup> Por todos, Jescheck-Weigend, p.437, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 697.

<sup>3</sup> Destacan Bandini- Lagazzi, en “Questioni sulla imputabilita” , p. 54, que desde una perspectiva comparada tanto el método psicológico como el normativo puro están plenamente refutados, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 697.

<sup>4</sup> Spolansky sostiene que la imposibilidad de comprensión de la criminalidad tiene entidad eximente autónoma en la redacción del Inc. 1º del art. 34, “cuadernos de los institutos”, p. 187, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 697.

*mental*” Tal como se acaba de señalar, la inconciencia es un caso de involuntabilidad y nada tiene que ver con la imputabilidad.

Resulta interesante destacar que en los proyectos reformadores desaparece la voz de la inconciencia, reemplazada por el trastorno mental transitorio o por grave perturbación de la conciencia. Por consiguiente esta bien claro que la expresión inconciencia, a juicio de todos los reformadores no corresponde a una fórmula de la inimputabilidad. Esto ocurría en el Código Penal Alemán de 1871 hasta que fue modificado, reemplazándola por perturbación de la conciencia<sup>5</sup>. Pese a que en nuestro ordenamiento jurídico -al igual que en Alemania- hay una clara idea de que un estado de inconciencia jamás puede ser un estado de inimputabilidad, se acude al malabarismo de una inexplicable inconciencia parcial para hacerle decir al Código lo que no dice: perturbación de la conciencia.

Este entendimiento obedece a que la fórmula del código argentino, que proviene de la antigua teoría de *las facultades del alma* propia de la psicología atomista,<sup>6</sup> ha sido interpretada por la doctrina tradicional dentro de esos cánones teóricos. Aparte de que la inconciencia no es un supuesto de inimputabilidad, esta interpretación es objetable también por que, en sentido semántico (a) *la alteración morbosa* de las facultades no es sinónimo de *alienación mental* y (b) la insuficiencia de las facultades no se agota con las oligofrenias. La identificación de la alteración morbosa con la *alienación mental* es conocida con el nombre de tesis alienista y proviene de un discurso médico que clasifica a las personas en imputables e inimputables, según fuesen o no alienados mentales, lo que en la actualidad a perdido todo prestigio en la psiquiatría. Si bien resulta claro que toda *alteración morbosa* es una enfermedad mental, no toda *enfermedad mental* es un caso de alienación

---

<sup>5</sup> Por todos, Jescheck, p. 328, 2ª edición. El código holandés en vista de las dificultades generadas por el § 51 del StGB alemán, se adelantó a la reforma alemana y exigió la perturbación de la conciencia en lugar de la inconciencia, en lo cual Modderman aceptó la propuesta de Goeman Bogesius, Cfr. van Hamel, p. 328, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la fórmula legal, p. 698.

<sup>6</sup> Cfr. Spolansky, Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad. citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la fórmula legal, p. 698.



conforme a la psiquiatría moderna<sup>7</sup>. Es complejo decir que es lo patológico en sentido psiquiátrico, pero lo que resulta incuestionable es que si por alteración morbosa de las facultades se entiende únicamente alienación mental, se restringe el concepto a la esfera intelectual y, automáticamente, se pasa a afirmar la imputabilidad de las conductas de todos los neuróticos, psicópatas, posencefalíticos y postraumatizados craneanos, los esquizofrénicos residuales, los toxicómanos, los débiles mentales, los afásicos y los preseniles, cualquiera sea la gravedad de su trastorno el tratamiento que requieran y el grado de auto o heteroagresividad que presenten.

La tesis tradicional en la doctrina nacional proviene del pensamiento positivista que definía la enfermedad mental como alienación sobre base biológica, reconocible física u orgánicamente<sup>8</sup>. En este sentido, el signo de la alienación era exclusivamente la pérdida de la razón de carácter instrumental. Con todo acierto se ha sostenido que un neurótico, un toxicómano, un alcohólico o un psicópata grave, fuera de todo prejuicio doctrinario, tiene tanto derecho a ser considerado un enfermo mental como un delirante, un maniaco o un esquizofrénico, y le cabe el mismo tratamiento y la misma asistencia especializada<sup>9</sup>. Esto obedece a que es totalmente arbitrario restringir el concepto de alteración o insuficiencia al solo ámbito del aspecto intelectual de la actividad psíquica, descartando toda insuficiencia o alteración de la emotividad y en la efectividad por grave que sea, sin contar que semejante escisión es discutible y muchas veces imposible. Para quienes pretenden identificar siempre la alteración morbosa y la insuficiencia con una alienación, necesariamente deben excluir el factor valorativo indispensable para el juicio de culpabilidad, y por consiguiente, el juez debe manejarse con un esquema ante el cual el diagnóstico

---

<sup>7</sup> v. San Martín, el concepto de Enfermedad Mental en el Fuero Penal, p. 59, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 698.

<sup>8</sup> En especial de rojas, medina legal, p. 387. la crítica a la formula de la inimputabilidad del CP en base a argumentos deterministas y peligrositas, en ingenieros, las bases del derecho penal, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 699.

<sup>9</sup> Cabello, El concepto de alineación mental, p. 1197; nuevamente en psiquiatría forense en el derecho penal, p. 146, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 699.

pericial de alienación, debe absolver por inimputabilidad y viceversa limitándose al papel del convidado de piedra en el proceso.<sup>10</sup>

La tesis alienista pasa enteramente por alto el requisito de que la insuficiencia y la alteración solo dan lugar a inimputabilidad cuando impiden que se dirija al autor el requerimiento de comprensión de la antijuridicidad de su conducta, lo que es un incuestionable aspecto de la valoración jurídica que impone la ley, además de importar la pretensión de una derogación inadmisibles de las normas procedimentales. Incluso los psiquiatras más contemporáneos están en oposición a la tesis alienista, por cuanto entienden a la psiquiatría como rama de la medicina que tiene por objeto la patología de la vida de relación a nivel de la integración que asegura la autonomía y adaptación del humano a las condiciones de su existencia.<sup>11</sup> Además, las teorías orgánico mecánicas de la enfermedad mental fueron desplazadas por el embate de teorías psicodinámicas del inconsciente patógeno y por teorías socio genéticas.<sup>12</sup>

## **b) Emoción violenta en el Derecho Nacional**

Habiendo delimitado el concepto de inimputabilidad dentro del ordenamiento jurídico penal, nos encontramos en condiciones de analizar la atenuante de la emoción violenta (art. 81, inciso 1 letra “a” del Código Penal) prevista para los delitos de homicidio y lesiones, en casos donde claramente nos encontramos con una disminución de la capacidad motivarnos frente a los sucesos externos, pero que no alcanzan para eliminar definitivamente la imputabilidad en los términos del artículo 34 del Código Penal. A tal efecto, corresponde adentrarnos al estudio del marco normativo que rige la cuestión a nivel nacional, para luego examinar aquellos ordenamientos jurídicos de los cuales frecuentemente abreva nuestra doctrina y

---

<sup>10</sup> Kurt Schneider pretendió que era el perito a quien correspondía la valoración, lo que en su momento replico muy atinadamente Seelig, en “Fest. F. Mezger”, p. 213 y ss., citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 699.

<sup>11</sup> Ey-Bernard-Brisset, Tratado de psiquiatría, p. 59, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 700.

<sup>12</sup> Idem, p.61 y ss.; Jaspers, psicopatología general; en análogo sentido amplio, Quiroz Cuaron, medicina forense, p. 662, citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, La estructura de la formula legal, p. 700.

muchas veces se inspira nuestro legislador penal (España y Alemania), donde la imputabilidad disminuida no se encuentra circunscripta a delitos particulares, sino que se encuentra legislada como una atenuante general.

La figura de emoción violenta siempre fue objeto de comentarios de destacada doctrina respecto a los inconvenientes que presentaba su aplicación. Así, Soler consideraba que se trataba de una innovación considerable con respecto a la ley anterior, sino que lo fue también con respecto a los proyectos de 1981 y 1906. Esta fue introducida por la comisión de la cámara de senadores, sobre la base del Art. 105 del proyecto Suizo de 1916.

La emoción violenta esta prevista en nuestro Código Penal en el art. 81 inciso. 1 letra “a”), circunscribiendo su aplicación al autor de un homicidio cuando se encontrare en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusables. De la misma forma, la atenuante resulta de aplicación para las lesiones por expresa remisión efectuada por el artículo 93 del Código Penal, efectuando en ambos casos una sensible disminución de la pena, respecto a las figuras básicas.

Autorizada doctrina enseña que la atenuación de la pena responde a que el homicida no es arrastrado al delito por su propia voluntad, sino que es la conducta de la víctima lesionadora de los sentimientos, la que impulsa a este a matar. Se hace referencia a que las causas que lo impulsan pueden ser dos: la provocación y el justo dolor.

En la provocación cabían las ofensas inferidas al propio homicida mediante agravios e insultos y las inferidas por golpes o violencias contra su persona. En el justo dolor cabía no solo el agravio por la inconducta sexual del cónyuge o descendiente y otras ofensas inferidas a personas queridas, si no igualmente, los atentados contra los bienes propios.

Los precedentes nacionales mencionan como circunstancias subjetivas de la atenuante por emoción violenta del homicidio, las siguientes:

- La provocación ofensas o injurias ilícitas y graves
- El estado de furor sin culpa del autor

- El justo dolor del cónyuge, de los ascendientes o hermanas al sorprender al otro cónyuge, descendiente o hermana en ilegítimo concubito. Este injusto dolor del padre, hermano o cónyuge no era, simplemente, una circunstancia atenuante, si no que llegó a ser una eximente de pena. “En el proyecto del Código de Moreno de 1921 este delito no existía. Había una figura parecida que indicaba que quedaba exento de pena el marido, padre, hermano, o hijo que sorprendía a la esposa, hija, madre o hermana en flagrante acto sexual. El autor quedaba exento de pena”.<sup>13</sup>

El código penal abandonó esas fórmulas de estados de exaltación y amplió el contenido de la atenuante mediante una fórmula de sentido general tomada del anteproyecto suizo de 1916.

Respecto al *estado psíquico* requerido por la figura atenuada, se sostiene que debe tratarse de una conmoción violenta del ánimo del autor, causado por la ofensa inferida por la víctima a sus sentimientos, que relajando el pleno gobierno de sus frenos inhibitorios, lo conduce a la acción homicida. La alteración puede referirse a un estado de furor, ira, irritación, dolor, miedo, etc. Ese estado es compatible con un estado emocional que facilite el impulso emocional, frente a causas aparentemente carentes de capacidad para generarlo.

Sobre la intensidad, se señala con autoridad que no basta con un simple estado emocional, sino que es imprescindible que tenga un grado tal, que por su violencia, arrastre al autor al atentado. Pero claro está que ese estado no debe privar al autor de la conciencia de la criminalidad de su conducta o de la dirección de ella, pues en este caso estaríamos en presencia de un caso de inimputabilidad, previsto por el artículo 34 del Código Penal.

Respecto a *la valoración del estado emocional*, esto es lo que se conoce en doctrina como el **juicio excusabilidad**, no es necesario que el autor haya sido impulsado al homicidio por un motivo ético. Lo necesario es que las circunstancias justifiquen, por una u otra razón, aceptada o no por la ética social, que el autor se haya emocionado en el grado en el que estuvo. La emoción y su grado obedecen a la excitación de una causa extraña al autor y eficiente.

---

<sup>13</sup> NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª Edición Actualizada, 1999, p. 45.

La causa es extraña cuando, además de no provenir de su propia manera de ser, no ha provocado o facilitado a sabiendas las condiciones para que opere. No es suficiente la causa que resulta fútil en el contexto del acontecimiento.

Finalmente la causa de la emoción violenta debe estar objetivamente justificada, esto es debe ser jurídicamente admisible.

En lo referente a *la vinculación causal entre el estado emocional y el homicidio*, se ha entendido que el autor debe matar encontrándose en estado de emoción violenta. No basta que se encuentre en el momento del hecho suficientemente emocionado, sino que es necesario que la conducta homicida tenga su causa en el impulso emocional. Esto supone que en la determinación hacia el atentado y en su ejecución, el impulso emocional haya operado sin soluciones de continuidad y sin la interferencia de otra fuente causal autónoma y predominante<sup>14</sup>.

Por supuesto que lo dicho hasta el momento es objeto de distintos pronunciamientos, pues en doctrina hay disparidad de criterio en torno a que supuestos quedan comprendidos en la emoción violenta, pues fue bastante difícil explicar, en medio del patético simplismo positivista del tiempo, en que la emoción violenta es un estado de perturbación de la conciencia que, precisamente, no debe alcanzar el grado de inimputabilidad, como correctamente decía el código Tejedor en forma expresa. En tiempo posterior complicó el problema la afirmación de que lo excusable es el homicidio y no el estado de emoción violenta. No cabe duda de que lo excusable debe ser el estado de emoción violenta y no el homicidio, acerca de lo que es coincidente tanto la doctrina suiza<sup>15</sup> como la Argentina<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª Edición Actualizada, 1999, p. 44 y ss.

<sup>15</sup> “La emoción debe ser excusable” (Clerc, op. Cit., p. 122); “lo disculpable debe ser emoción violenta” (Petrzilka-Werner-Zucher, op. Cit., p. 122); “No es el hecho lo que debe ser disculpable, sino la circunstancia” (Thormann Von Overbeck, op. Cit., II, p. 12); la causa del privilegio es la “disculpable emoción violenta” (Herren, Die Gesinnung im Rahmen der vorsatzlichen Totungsdelikte, insbesondere beim Mord, p. 51); resulta claro que en homicidio emocional solo se habla de la excusabilidad de la emoción y no de la excusabilidad de la conducta homicida” (Walder, op. Cit., p. 36); en igual sentido la jurisprudencia suiza 8Tribunal de Casación, 6-5-1955, in re “Christen gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zurich”, en Arrets du Tribunal Federal Suisse, 81 (IV), p. 150 y ss.) citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, problemas particulares de inimputabilidad, p. 715.

<sup>16</sup> Así Levene (h.), el delito de homicidio, p. 284; Soler, III, p. 74. citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, problemas particulares de inimputabilidad, p. 715.

Recapitulando, la emoción violenta es un estado de perturbación de la conciencia que de modo alguno debe alcanzar la intensidad de una situación de inimputabilidad, pues en tal caso opera directamente el Inc. 1º del art. 34 del Código Penal. El efecto de la emoción violenta es la dificultad para actualizar la comprensión de la antijuridicidad, pero debe tenerse presente que la posibilidad de actuar de un modo no lesivo debe existir, por que de lo contrario no existe culpabilidad. La diferencia que media entre la emoción violenta y el trastorno mental transitorio es la que hay entre una causa de atenuación de la culpabilidad y una causa de inculpabilidad. Si bien esta atenuación de la culpabilidad se revela en los delitos contra la vida y la integridad de las personas en forma expresa, debe entenderse que su efecto se extiende analógicamente a todos los delitos en que pueda presentarse esta forma de menor culpabilidad.<sup>17</sup>

Por tanto lo que exige la ley cuando se habla de estado de emoción, es que el sujeto, en el momento del hecho, se encuentre en estado de emoción violenta. La respuesta afirmativa a esta cuestión es la que permite dar paso hacia la excusa que pueda derivar de las circunstancias, si ese estado psíquico existe, sea cual sea su naturaleza, no puede en principio ser rechazado, por que la emoción es considerada en si misma, por el derecho, como un estado psíquico en el cual el sujeto actúa con disminución del poder de los frenos inhibitorios, de manera que cuando esa situación sea excusable por otros motivos que la emoción misma, la ley en realidad atenuará la pena en razón de cierta atenuación de la culpa, por que cabe muy diferente aquel reproche para aquel que mata sin culpa alguna de la víctima, que para aquel que fue llevado a ese hecho irritado por gravísimas ofensas. Nótese que los intervalos de tiempo entre la provocación y el hecho, o el medio empleado para ejecutar el hecho o el temperamento del sujeto, o el conocimiento previo de la situación ofensiva (adulterio), van en busca de criterios para poder inducir si el sujeto estaba o no realmente en estado de emoción violenta.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup>Cfr., por todos, Reyes, derecho penal Colombiano, p. 269, citado por, ZAFFARONI Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, problemas particulares de inimputabilidad, p. 714-15

<sup>18</sup>SOLER Sebastian, derecho penal argentino, III, Editorial Tea, 1987, p.60-1.

Respecto de aquellas circunstancias que deben ser tenidas en cuenta al momento de evaluar si nos encontramos frente a un estado emocional, se ha dicho que **el intervalo de tiempo** entre la causa objetiva desencadenante y la comisión del hecho es, en efecto, un índice, para fundamentar la existencia o inexistencia de una verdadera emoción violenta. No basta que el sujeto haya estado emocionado: la descarga emotiva tiene que coincidir con la ejecución misma del hecho; el sujeto tiene que estar emocionado mientras lo ejecuta, por que la excusa reside en que por la emoción haya perdido el pleno dominio de sus frenos inhibitorios. Ya que para quede tipificada la misma no tiene que haber discontinuidad entre el hecho provocante inmediato y la reacción.

También, al referirse al **medio empleado** como parámetro que sirve para inducir el estado de ánimo del autor, se ha señalado que el estado emocional no es compatible con operaciones complicadas (comprar veneno) ni de la mente, ni si quiera del cuerpo (ir a comprar un arma). En este punto es importante no dejarse engañar por el modo de ejecución, por que con frecuencia los hechos emocionales se presentan luego como ejecutados con el uso exuberante de medios, cosa que deriva precisamente del carácter turbulento de la descarga, de manera que la forma brutal, el gran número de golpes no son, en si mismos, una excluyente de la emoción.<sup>19</sup>

No puede dejarse de meritar cuando de emoción violenta se trata, el **temperamento del sujeto**. Es frecuente que por invocación de estados de conciencia obnubilados y propensos a la reacción excesiva, como la semiebriedad, quiera darse base a la figura del estado emocional, pues lo que tiene poder de atenuación son las circunstancias motivantes. Para buscar la excusa, no debe partirse del estado emocional, sino llegarse a el, comenzando por el análisis de la situación objetiva.<sup>20</sup> La característica exigida por la ley es la de la violencia de la emoción. Se debe tratar, pues, de un verdadero impulso desordenadamente efectivo, por que este es destructivo de la capacidad reflexiva en el freno de estos.

---

<sup>19</sup> C.S., 21 Mar. 1935, J. A., XLIX, p. 42, tal vez un poco excesivo, Citado por Soler Sebastian, derecho penal argentino, III, Editorial Tea, 1987, p.63.

<sup>20</sup> Conf. C. C. R., in re Criscelli, L. L., t. 10, p. 727, fallo 4893; C. N. Bahía Blanca, caso Calderón, 25 jul. 1952, L. L., t. 67, p. 580, fallo 31.726, citado por, Soler Sebastian, derecho penal argentino, III, Editorial Tea, 1987, p.64.

### c) **Imputabilidad disminuida en el Derecho Comparado**

Como se adelantó un examen integral de la cuestión no puede soslayar el tratamiento dado a la cuestión por la legislación Española y Alemana, donde el interrogante que se plantea en el presente trabajo de investigación parecería estar solucionado.

#### **España**

Previo a ingresar al tratamiento concreto de la situación de imputabilidad disminuida debemos transitar por aquellos conceptos consolidados en la doctrina dominante respecto a la inimputabilidad. En tal sentido se ha dicho que requiere **dos** elementos: **a)** la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y **b)** la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento.

Esta caracterización de la imputabilidad ha venido a sustituir la noción histórica anterior de la misma, como capacidad de conocer y querer.<sup>21</sup> Se ha advertido que también los inimputables pueden conocer y querer el hecho. El enajenado puede saber que está matando a otra persona y querer hacerlo. Es más: si el sujeto no es conciente en absoluto del hecho que realiza, no faltara solo la imputabilidad, sino incluso la propia presencia de un comportamiento humano, primer elemento del concepto de delito. No faltara solo la imputación personal, sino la acción y, por tanto, también la antijuridicidad.<sup>22</sup> según la semántica finalista, por otra parte, si falta el dolo natural, desaparece el tipo del injusto doloso y no solo la culpabilidad, la cual presupone que la capacidad de querer se exige ya para que pueda entenderse que alguien realiza un tipo doloso y no solo para los imputables.

Para que se halle ausente lo específico de la imputabilidad hoy se suele exigir que el sujeto que ha realizado un comportamiento humano (con conciencia y voluntad) antijurídico, sea incapaz de comprender este significado antijurídico del mismo o de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. Falta lo primero

---

<sup>21</sup> Mir Puig, Santiago, Derecho Penal Parte General 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 557. mantiene aun la concepción de la imputabilidad como capacidad de conocer y querer el Art. 88 Códice penale italiano de 1930: no è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale estado di mente da escludere la capacità d'intendere o di volare.)

<sup>22</sup> Así Córdoba Roda, comentarios, I, pp. 208 s. Citado por Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 557.



cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el derecho. Falta lo segundo cuando el sujeto es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del hecho. Si no concurre el primer elemento relativo a la comprensión de lo injusto, tampoco concurrirá el segundo; pero puede concurrir la suficiente capacidad de entendimiento y hallarse ausente el elemento de auto control según dicho entendimiento.

El segundo requisito de dicha formula – que el sujeto sea capaz de actuar conforme a la comprensión de lo ilícito del hecho – solo tiene sentido para un planteamiento que admita basar la imputabilidad en la concurrencia de la libertad de voluntad o libre albedrío.

Quien conoce el significado antijurídico de su actuación, no puede evitar que dicho conocimiento constituya uno de los motivos que gravitan sobre su conducta, tanto si su influjo logra determinar su actuación como si fracasa ante la concurrencia de otros motivos que resulten más poderosos. La formula de la doctrina dominante debe entenderse en otro sentido: exige que el sujeto pueda actuar de conformidad con la norma que advierte; si, dicha posibilidad de respetar la ley existe al momento del hecho y, pese a ello, el sujeto, infringe la norma, el hecho antijurídico será imputable al autor. Se trata de la concepción del poder actuar de otro modo, que presupone la admisión de la libertad de voluntad.<sup>23</sup>

Según la concepción de la responsabilidad penal que sirve de base de esta obra, la imputabilidad debe definirse en función de la normalidad motivacional del sujeto. La responsabilidad penal falta cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal, y este influjo puede tener lugar en términos tales que afecte a la normalidad psíquica del sujeto. Cuando excluya la normalidad psíquica del sujeto desaparecerá la imputabilidad.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Así p. ej. Con gran claridad Reyes Echandia, *Imputabilidad*, p. 40. citado por Mir Puig Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 558.

<sup>24</sup> Así ya, entendiendo la imputabilidad como el presupuesto de la responsabilidad jurídica-penal, von Listz, *Aufsätze*, II, p. 43. Acoge este planteamiento la STS 3 mayo 95, citado por por Mir Puig Santiago, *Derecho Penal Parte General*, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 558.

El concepto de normalidad es relativo y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como normal, no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural. En términos generales cabe advertir una evolución histórica que supone una progresiva ampliación del ámbito de las causas de inimputabilidad. Hoy se advierte una tendencia de los códigos penales más modernos a ampliar la exención de responsabilidad por inimputabilidad admitiéndose anomalías psíquicas distintas a la oligofrenia y la propia enfermedad mental.

El actual código penal Español ha venido acoger la formula de la doctrina dominante que exige la capacidad de comprender lo ilícito del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión, pero sólo respecto a los números 1º y 2º del Art. 20. Según opinión dominante existen otras causas de inimputabilidad en el CP. Las siguientes:

- La anomalía o alteración psíquica permanente, que impide comprender la ilicitud. (Art. 20 1º).
- El trastorno mental transitorio, que produzca el mismo efecto (Art. 20 1º. Del cual deben considerarse casos particulares- intoxicación plena por consumo de determinadas sustancias y de síndrome de abstinencia (Art. 20 2º)
- La minoría de edad, que ha quedado situada por debajo de los 18 años (Art. 19 CP).
- La alteración de la percepción desde el nacimiento la infancia (Art. 20 3º)

No son causas de inimputabilidad ni la fuerza irresistible, ni el miedo insuperable.

Si bien la inimputabilidad excluye la responsabilidad penal, no obsta a la posibilidad de imposición de medidas de seguridad. Al suponer una anomalía psíquica, la inimputabilidad puede delatar peligrosidad criminal, razón por la cual prevé, la ley medidas de seguridad, para ciertos inimputables.

Hasta este momento se ha desarrollado las causas de inimputabilidad. Sin embargo, y en lo que aquí interesa en particular, el Código Penal Español, prevé de **manera general** una serie de **circunstancias atenuantes** y circunstancias agravantes,

que tiene el efecto de disminuir o aumentar la pena con arreglo a ciertas reglas legalmente establecidas.<sup>25</sup> Concretamente la legislación española ha sistematizado en el artículo 21 una serie de circunstancias atenuantes, en el artículo 22 las agravantes<sup>26</sup>, y por el último describe ciertos contextos en el artículo 23 de naturaleza mixta a los fines de la merituación de la pena.

En lo que respecta al artículo 21 del Código Español textualmente prescribe que *“Son circunstancias atenuantes: 1. <sup>a</sup> Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2. <sup>a</sup> La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2. <sup>o</sup> Del artículo anterior. 3. <sup>a</sup> La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. 4. <sup>a</sup> La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades. 5. <sup>a</sup> La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la*

---

<sup>25</sup> Esto distingue a los Códigos españoles y a los que se inspiran en ellos, de otros sistemas legislativos, como el Francés y el alemán, que prevén circunstancias modificativas en los concretos delitos de la Parte Especial, con un significado distinto al de nuestras circunstancias. en su parte general StGB alemán se limita a indicar una serie de criterios que el juez debe tener en cuenta al determinar la pena, pero sin efectos legalmente tasados. Cfr. Sobre todo esto: Alonso Álamo, El Sistema, pp. 63 ss., 752 ss.; González Cussac, Teoría pp. 35 ss. A favor de modificar el sistema español en la dirección del alemán Bacigalupo, RFDUC 1980, pp. 65 s. Citado por Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 602.

<sup>26</sup> **CAPITULO IV De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal** Artículo 22. Son circunstancias agravantes: 1.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. 2.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. 3.<sup>a</sup> Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. 4.<sup>a</sup> Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca. 5.<sup>a</sup> Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. 6.<sup>a</sup> Obrar con abuso de confianza. 7.<sup>a</sup> Prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 8.<sup>a</sup> Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

***celebración del acto del juicio oral. 6.ª "Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores"***

Sobre estas circunstancias se entiende que son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo su gravedad.<sup>27</sup> Que puede atenuar o agravar según los casos. Pero esto son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho. Los llamaremos elementos típicos accidentales. Que las circunstancias modificativas sean los elementos accidentales del delito por afectar no a su presencia, sino solo a su gravedad o cantidad, no impiden que afecten a elementos esenciales del delito, aumentando o disminuyendo su cantidad. Así por ejemplo, **es evidente que la imputabilidad resulta disminuida cuando concurre un estado pasional** (art. 21, 2ª y 3ª Código Español, aunque las eximentes incompletas afectan al injusto o su imputación personal, sólo determinan una disminución del quantum de gravedad de éstos elementos, sin dar lugar a un cambio del delito.<sup>28</sup>

Se discute si las circunstancias modificativas han de estudiarse en el seno de la teoría del delito o dentro de la teoría de la pena, la primera modalidad es la usual en España.

En el código penal son circunstancias atenuantes (stricto sensu) las previstas en el Art. 21, cabe distinguir, por lo pronto, las eximentes incompletas a que se refiere el Art. 21, 1ª, las expresadas en los números 2º a 5º del mismo artículo y, por último, las atenuantes analógicas a las anteriores, permitidas expresamente por el Art. 21, 6ª.

Eximentes incompletas, son circunstancias atenuantes las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

Atenuantes ordinarias, a) llamamos ordinarias a las atenuantes contempladas en los números 2º a 5º porque ni tienen la naturaleza y efectos especiales de las

---

<sup>27</sup> Así Anton Oneca, PG, p. 323. citado por Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 602.

<sup>28</sup> González Cussac, Teoría, p. 96, incluye estos casos en un concepto «débil» de circunstancias, mientras que reserva el concepto «fuerte» de las mismas para los casos en que no es la antijuridicidad ni la culpabilidad lo que resulta afectado, sino solo la mayor o menor necesidad de tutela penal, por razones político-criminales (sobre esto último, pp. 145 s., 149) citado por Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 603.

eximentes incompletas ni requieren el recurso a la analogía, como las del Art. 21 6ª. Disminuyen la posibilidad de imputación personal del hecho, por disminuir la imputabilidad, la atenuante de adicción (21, 2ª) y de **estado pasional** (Art. 21, 3ª). Las atenuantes de confesión disminuyen la pena por comportamiento posterior al hecho, no influyen en su injusto, ni en su imputación personal.

Atenuantes que disminuyen el grado de imputación personal, a) la adicción como atenuante, «la de actuar el culpable a causa de su adicción a las sustancias mencionadas en el numero 2º del Art. Anterior estas son: bebidas alcohólicas, drogas toxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos». b) estado pasional, « la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató u obcecación».<sup>29</sup> **El fundamento de esta atenuante es una disminución de la imputabilidad.**

Como se advierte esta última situación es la que representa un especial interés en este trabajo de investigación, pues el **estado pasional que lleva a obrar por arrebató o obcecación** es considerado una causal de disminución de la imputabilidad general, no solo aplicable a delitos como el homicidio o las lesiones, sino a cualquier delito que se cometa bajo la situación considerada por la norma como determinante a la hora de disminuir a imputabilidad.

## **Alemania**

Según calificada doctrina el § 20 StGB<sup>30</sup> menciona determinados estados (trastornos psicológicos-patológicos, alteración profunda de la conciencia, oligofrenia

---

<sup>29</sup> Mir Puig Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª Ed. B de F Ltda. Barcelona, España, 2004, p. 609.

El arrebató debe distinguirse de la obcecación, como la emoción de la pasión, son celebres las imágenes que empleo Kantes como la emoción, es el agua que rompe con violencia el dique, para enseguida esparcirse, mientras que la pasión es el torrente que excava su lecho y en el se encauza.

<sup>30</sup>

## **CAPITULO IV**

### **De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal**

Artículo 22. Son circunstancias agravantes: 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido. 2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente. 3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa. 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

y otras anomalías psíquicas graves) a través de los cuales se puede llegar a la exclusión de la capacidad de comprender lo ilícito del hecho o de actuar con arreglo a esta comprensión. La estructura «de dos planos» basada en los estados psíquicos y en la capacidad se denomina, en amplios sectores, método mixto biológico-psicológico, como se verá mas adelante, estos estados no están mencionados en el § 20 StGB por que solo de ellos -y no de otros estados- quepa suponer que determinan al sujeto en su comportamiento.

Concretamente el § 20 de Código Penal Alemán (Incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas) prescribe textualmente *“Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación psíquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión”*

Se esgrime el argumento de que no hay demostración científica alguna de que los motivos dependientes de la psicosis sean más determinantes del comportamiento que los de por ejemplo, un autor en estado pasional.<sup>31</sup>

Respecto a la regulación de la **capacidad de culpabilidad disminuida** (inexigibilidad Parcial) el § 21 del StGB textualmente prescribe que *“Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 esta considerablemente reducida en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1.”* Conforme lo entiende calificada doctrina alemana<sup>32</sup>, en la llamada capacidad de culpabilidad disminuida sigue siempre subsistiendo un sujeto capaz de evitar el delito, es decir, la norma se le puede dirigir con tal que se haga con suficiente énfasis. En todo el ámbito del § 21 StGB se trata, pues, de la delimitación de exigibilidad e

---

5.<sup>a</sup> Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.<sup>a</sup> Obrar con abuso de confianza.

7.<sup>a</sup> Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.<sup>a</sup> Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

<sup>31</sup> Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación Penal, 2<sup>a</sup> Edición, 1991., p 630.

<sup>32</sup> Jakobs, ob cit. pág...

inexigibilidad, pero no de la delimitación entre imputabilidad e inimputabilidad. La exigibilidad a diferencia de la imputabilidad es cuantificable la relevancia del menoscabo se extiende desde lo justamente ya relevante hasta lo casi inexigible, es decir, hasta el umbral de la incapacidad de culpabilidad. A ello se opone que en ocasiones la atenuación a que da pie el § 49, párrafo 1 número 3, StGB, deja subsistentes límites mínimos de la pena incrementados (salvo en el último grupo). Ejemplo: el que un homicidio en estado de capacidad de culpabilidad considerablemente disminuida haya de castigarse hasta casi llegar a la plena exculpación, al menos con pena privativa de la libertad de dos años (§ 212, 21 y 49, párrafo 1, número 3, StGB) y entonces, llegando a la plena exculpación, bruscamente ya no, no constituye una valoración adecuada de un objeto cuantificante sin solución de continuidad. Por eso hay que admitir, frente al tenor literal, en los casos situados en el límite con la inexigibilidad plena, también una atenuación de la penalidad con arreglo al § 49.2 StGB.<sup>33</sup> La aplicación de § 49.2 StGB se verifica además de la del § 49.1 StGB ya que solo mediante esta acumulación se hacen descender los límites superiores de las penas. La importancia práctica de esta solución es escasa, dado que la situación no podrá por lo general determinarse con precisión en el límite de la culpabilidad plenamente excluida, de modo que con arreglo al principio *in dubio pro reo* ha de suponerse la plena exclusión de la culpabilidad<sup>34</sup>.

Como se advierte, el ordenamiento jurídico penal prevé también una situación de imputabilidad disminuida genérica que permite a los jueces reducir sensiblemente la pena que correspondería para el delito en cuestión.

#### d) **Proyecto de Reforma del Código Penal del 2006**

---

<sup>33</sup>También la aplicación múltiple de la atenuación en los términos del § 49.1 reporta una solución que incluso presenta la ventaja de hacer descender también las penas máximas, pero el inconveniente de fingir una pseudo exactitud del marco penal. Günther Jakobs, Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación Penal, 2ª Edición, 1991., p 630.

<sup>34</sup> **49. Causas legales especiales de atenuación** “(1) Si se prescribe una atenuación conforme a este precepto o se autoriza, entonces para la atenuación rige lo siguiente: 1. En lugar de pena privativa de la libertad perpetua entra se aplica una pena privativa de la libertad no menor de tres años. 2. En los casos de pena privativa de la libertad temporal se permite imponer como máximo tres cuartos del máximo impuesto. En los casos de multa rige lo mismo que para el número máximo de los importes diarios. 3. El aumento del mínimo de una pena privativa de la libertad se disminuye - en los casos de un mínimo de diez o de cinco años a dos años, - en los casos de un mínimo de tres o de dos años a seis meses - en los casos de un mínimo de un año a tres meses, - en los restantes casos al mínimo legal (2) Si el tribunal permite, conforme a una ley que a este precepto remita, atenuar la pena según su criterio, entonces el tribunal puede reducir hasta el mínimo de la pena conminada o en vez de pena privativa de la libertad imponer una multa.”

El análisis en el ámbito del marco normativo no puede dejar de considerar el proyecto de reforma del Código Penal Argentino (2006), elaborado por la COMISION DE REFORMA Y ACTUALIZACION INTEGRAL DEL CODIGO PENAL (RESOLUCIONES M.J. y D.H. N° 303/04 y N° 136/05).

En el citado proyecto de ley luego de describir en el artículo 34 aquellas circunstancias eximentes de punibilidad<sup>35</sup>, establece circunstancias que se presentan como atenuantes por encontrarse disminuida la culpabilidad del autor.

Específicamente el artículo 35 del proyecto de reforma del Código Penal, bajo el título de “**Disminución de la pena**” establece que “*Se disminuirá la pena: a) Al que obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal. La pena será la del delito por imprudencia o negligencia correspondiente; b) Al que obrare con error vencible que le impida comprender la criminalidad del acto. La pena será la prevista para la tentativa; c) Al que obrare con error vencible sobre los*

---

<sup>35</sup> **Eximentes. No es punible:**

- a) El que obrare violentado por fuerza física irresistible o en estado de inconsciencia absoluta;
- b) El que obrare en ignorancia o error invencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal;
- c) El que obrare en cumplimiento de un deber jurídico o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo;
- d) El que obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: i) agresión ilegítima; ii) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; iii) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Se presume, salvo prueba en contrario, que concurren las circunstancias de este inciso, respecto de aquel que durante la noche obrare: i) para rechazar la entrada por escalamiento, fractura o violencia en un lugar habitado, ii) por encontrar a un extraño dentro de su hogar, siempre que ofrezca resistencia;
- e) El que obrare en defensa de la persona o derechos de otro, siempre que concurran las circunstancias a) y b) del inciso anterior y, en caso de haber precedido provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor;
- f) El que causare un mal por evitar otro mayor e inminente, siempre que: i) El hecho fuera necesario y adecuado para apartar el peligro, ii) La situación de necesidad no haya sido provocada deliberadamente por el agente, iii) El autor no esté jurídicamente obligado a soportar el peligro; g) El que obrare para evitar un mal grave e inminente para la vida, la integridad corporal o la libertad, no evitable de otro modo, siempre que lo hiciera para apartar el peligro propio, de un pariente, o de otra persona vinculada con el autor. La eximente no rige si al autor le fuera exigible soportar el peligro, sea porque él lo ha provocado deliberadamente o porque exista una relación jurídica especial. En ambos casos la pena se podrá reducir en la forma prevista para la tentativa;
- h) El que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión;
- i) El que obrare por error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación;
- j) El que obrare por error invencible que le impida comprender la criminalidad del hecho;
- k) El que obrare por error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso g) anterior, lo hubiesen exculpado;
- l) El que cometiere un hecho ilícito excediendo los límites de la legítima defensa o de un estado de necesidad justificante por miedo insuperable;
- ll) El menor de DIECIOCHO (18) años. Una ley especial establecerá el régimen de los menores en conflicto con la ley penal.



*presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante. La pena será la prevista para la tentativa; d) Al que obrare con error sobre circunstancias que hubiesen configurado el supuesto de una infracción atenuada. La pena se determinará conforme a esta; e) Al que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inciso h) del artículo 34. La pena será la prevista para la tentativa”.*<sup>36</sup>

La redacción del proyecto de ley ha sido objeto de distintas observaciones y críticas por parte de la más calificada doctrina. En lo que respecta al tema que es objeto de la presente investigación, esto es la imputabilidad disminuida, se ha sostenido, que el proyecto dispone, que si el autor del hecho padece de insuficiencia de las facultades, o estas se encuentran alteradas morbosamente, de manera que la enfermedad le ha impedido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, será inimputable, y por lo tanto, no punible, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser destinatario de una medida de seguridad, según lo dispone el art. 34 del proyecto del nuevo Código Penal.

Sin embargo el proyecto de Código Penal contempla la situación de aquellas personas que si bien no son inimputables, su capacidad de culpabilidad se ve sensiblemente disminuida por distintas causas, entre las que se encuentra *el sujeto que, en el momento del hecho, tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inciso h).*

---

<sup>36</sup> Proyecto de Reforma del Código Penal, [en línea]. [http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com\\_content&view=article&id=208:proyecto-de-la-parte-especial-del-codigo-penal-argentino-2006-2007&catid=41:parte-especial&Itemid=27](http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=208:proyecto-de-la-parte-especial-del-codigo-penal-argentino-2006-2007&catid=41:parte-especial&Itemid=27) . [Consulta 25 de Abril 2013].

### **III- Principios que rigen la cuestión planteada**

Como puede advertirse del desarrollo del presente trabajo de investigación, la situación de imputabilidad disminuida sólo se encuentra legislada en nuestro ordenamiento jurídico para los delitos de homicidio y lesiones bajo la atenuante de emoción violenta. También, se desarrolló el tratamiento jurídico penal que se le ha brindado en ordenamientos jurídicos más modernos como el español y el alemán, donde las circunstancias de imputación disminuida atenúan de forma general las penas para cualquier tipo de delito. Incluso, se reseñó el último proyecto de reforma del

Código Penal, que ajustándose a los avances en la legislación, contempla situaciones fácticas que hacen disminuir la culpabilidad a los efectos de una atenuación de la pena.

Sin embargo, existen razones constitucionales que nos obligan a tratar y tener en cuenta al momento de la imposición de la pena aquellas situaciones que implican una disminución de la capacidad de culpabilidad, distintas a las contempladas para la emoción violenta. En efecto, de la constitución nacional y tratados internacionales de Derechos Humanos con igual jerarquía (art. 75 inciso 22 de la C.N.) Se deducen principios constructivos que rigen la elaboración y aplicación del sistema jurídico penal. Las leyes penales dictadas por el Congreso de la Nación deben interpretarse en base a estos principios, descartando cualquier tipo de exegesis que no sea la que surja del mandato de optimización que implican éstos. Bajo este entendimiento resulta indispensable desarrollar los principios de **proporcionalidad, humanidad y culpabilidad**, que tiene una decida incidencia al momento de merituar la pena en ciertas situaciones especiales, de modo tal de tratar a los justiciables como personas con autonomía moral susceptibles de verse motivados frente al hecho y al derecho en forma diferente.

En este orden, siendo que resulta imposible demostrar la racionalidad de las penas<sup>37</sup>, las agencias jurídicas deben constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto que habilita la intervención del derecho penal guarde un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado la conducta que se reprocha a las personas sometidas a proceso<sup>38</sup>. A este requisito destacada doctrina lo denomina como **principio de proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión**<sup>39</sup>. A partir de este principio se sostiene que no se legitima la pena como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo<sup>40</sup>. Esto obliga a jerarquizar las lesiones y

---

<sup>37</sup> Por supuesto que el principio de proporcionalidad rige también para las llamadas “Medidas” (Cfr. Romano-Grasso-Padovani, en *Commentario sistemático*, p. 207), *Ibid.*, 130.

<sup>38</sup> Cuerda Arneau, en “Estados jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabo Ruiz”, Cfr. p. 452, descompone el principio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, *Ibid.*, p. 130.

<sup>39</sup> Sobre este principio en la Doctrina Nacional, Vázquez, *La racionalidad de la pena*, p. 39; en otro orden, Fonseca, *Reformas penais em covo verde*, vol. I, p. 38. *Ibid.*, P. 130

<sup>40</sup> Es interesante recordar que se ha pensado en la justificación del principio de proporcionalidad apartir de que la diferencia entre delito y pena “esta en los ataques delictuosos de los criminales los realizan personas que no tienen la fuerza bastante para imponer a los demás”; de la identidad de males entre

a establecer un grado de mínima coherencia entre las magnitudes de penas asociadas a cada conflicto criminalizado<sup>41</sup>, no pudiendo tolerar, por ejemplo, que las lesiones a la propiedad tenga mayor pena que las lesiones a la vida, como sucedía en el caso derogado Art. 38 del decreto-ley 6582/58, razón por la que había sido declarado inconstitucional por la CS.

Las teorías preventivas de la pena llevan al desconocimiento de este principio, en razón de que, invocando inverificables efectos preventivos, las agencias políticas - y aun las judiciales, con condenas ejemplarizantes- se atribuyen la facultad de establecer penas en forma arbitraria, desconociendo cualquier jerarquía de bienes jurídicos afectados<sup>42</sup>. Esta es otra de las formas en que la falsa idea de bien jurídico tutelado o protegido neutraliza el efecto limitativo u ordenador del concepto de bien jurídico afectado o lesionado.

No falta en las leyes el supuesto inverso, en que aparece un irracional privilegio en algunas conminaciones penales, que minimizan una lesión respecto de la regla general dada por los restantes: las privaciones de libertad cometidas por funcionarios (arts. 143 y 144 CP) tienen calificaciones comunes con las de los mismos delitos cometidos por no funcionarios (Art. 142 CP), pero la escala penal del funcionario es de uno a cinco años y la del no funcionario de dos a seis. Toda vez que privilegiar el tratamiento penal del funcionario público es republicanamente inadmisibles<sup>43</sup>.

El principio de proporcionalidad mínima, a su vez se relaciona con el **principio de humanidad de las penas**. En función de este, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias, como las que crean un impedimento que compromete toda la vida del sujeto (muerte, castración, esterilización, amputación, etc.) igualmente crueles son las consecuencias jurídicas que se pretenden mantener hasta la muerte de la persona, puesto que importa asignarle una marca jurídica que la

---

delito y pena deducía la condición de proporcionalidad Dorado Moreno (El derecho protector de los criminales, pp. 24-25), Ibid., p. 130.

<sup>41</sup> En este sentido, destaca matemáticamente la irracionalidad relativa de las escalas penales, vigentes, Vázquez, La racionalidad de la pena. Ibid., p. 130.

<sup>42</sup> El principio sentado por Ferrajoli (Diritto e regione, p. 331), conforme al cual la pena nunca debe superar la violencia informal en que su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida, de no considerarse complementario, también lesionaría la proporcionalidad. Ibid., p. 131.

<sup>43</sup> , Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, § 11, Principios Limitativos, III, Principio de Intrascendencia, pp. 131-2-3.

convierte en una persona de inferior dignidad (*capitis diminutio*). Toda consecuencia de una punición debe cesar en algún momento, por lo largo que sea el tiempo que deba transcurrir, pero nunca puede ser perpetua en el sentido propio de la expresión, pues implicaría admitir la existencia de una persona descartable.

Pero dicho principio tiene una decidida incidencia al momento de imponer penas, puesto que toda pena que no se ajuste al hecho y la culpabilidad será cruel en su extensión. Respecto a esta situación, se ha sostenido que *los mínimos no pueden tener otro alcance que el meramente indicativo, porque el principio republicano obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar los principios constitucionales o internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el Principio de Humanidad.*<sup>44</sup>

Todos los principios señalados remiten, en última instancia al principio republicano. No obstante, es menester enunciar otros, que han sido enunciados, pero poco trabajados, que se derivan directamente de la defensa del sistema republicano.

Si tomamos los principales instrumentos universales de Derechos Humanos (DUDH, PIDCP), veremos que, al igual que en la CN se establecen numerosas garantías limitadoras en cuanto a la forma de criminalización y se imponen barreras a la violencia de la punición, pero la pobreza de límites materiales expresos en cuanto al contenido de lo prohibido es muy clara. En la CN el principal límite expreso de contenido es el Art. 19, que debe tener valor absoluto en las decisiones de las agencias jurídicas. Por que su violación cancela el Estado de derecho y erige el escándalo de la razón al responder con una pena a una acción que no afecta el derecho de nadie. El neto predominio de límites formales confirma que no existe ningún derecho penal subjetivo, (*o jus puniendi del sujeto estado*) estos se limitan materialmente y las dudas doctrinarias se generan alrededor de estas fronteras de contenido y alcance, es lo que sucede cuando se discute sobre (derecho a la vida, al honor, a la información, etc.) nunca se procede respecto de los derechos subjetivos dejando indefinido su contenido y limitando su ejercicio a través de la forma, sino que se procede del modo exactamente inverso. Siendo este el modo de limitar derechos, pocas dudas pueden

---

<sup>44</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, § 11, Principios Limitativos, IV, Principio de Humanidad, pp. 132-3.

cabier acerca de que el otro es el modo de limitar el poder. De allí que sea posible afirmar que no existe un *jus puniendi*, sino una *potencia puniendi* que es necesario contener para que no cancele todos los derechos.

Por último el **principio de culpabilidad** es el más importante de los que derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena solo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante. En este sentido, es válida la distinción entre un modelo de derecho penal autoritario y lo que, en realidad, es un derecho penal irracional, que imputa sin presuponer ni delito ni ley<sup>45</sup>.

Pero si bien la exclusión del caso fortuito (imputación por la mera causación) es un paso necesario para satisfacer el requisito del reconocimiento jurídico penal de la persona (y por ende del principio de culpabilidad y del estado de derecho) no es suficiente: la imputación no puede ser absolutamente irracional, es decir, que requiere un momento más específico, para el cual proporciona fundamento expreso el Art. 19 CN, mediante la reserva legal. A nadie puede imputársele acciones prohibidas, si no ha tenido la posibilidad-cuando menos- de prever el resultado de su conducta, pero tampoco cuando no se le ha haya sido posible reconocer la conminación penal de ellos y adecuar su conducta al derecho en la circunstancia concreta. Si bien es mucho más irracional pretender imponer una pena por un resultado fortuito, no por ello deja de presentar un intolerable grado de irracionalidad pretender penar por un resultado previsto o querido, cuando su agente no pudo conocer la prohibición o no pudo evitar la conducta. El principio de culpabilidad abarca, pues, los dos niveles: el de exclusión de cualquier imputación de un resultado accidental no previsible (caso fortuito) y el de exclusión de punibilidad por no haber podido conocer la conminación o adecuar su conducta a derecho<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. Ferrajoli, Derecho y razón, p. 99., citado por Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, § 12, Principios Limitadores, IV, Principio de Culpabilidad, p. 139.

<sup>46</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, § 12, Principios Limitadores, IV, Principio de Culpabilidad, pp. 139-40.

Ante esta constatación de elemental observación social del ejercicio del poder punitivo, es innegable la función y deber de las representaciones jurídicas detener el avance de la criminalización primaria descontrolada y por ende, esforzarse en la construcción de principios de contenido material. Por lo menos, puede afirmarse la existencia de tres enunciados limitadores que las agencias jurídicas pueden oponer a las políticas:

a) El primero puede denominarse ***Principio de proscripción de la burda inidoneidad del poder punitivo***. Muchos conflictos que se criminalizan primariamente no parecen tener solución, por que en ninguna sociedad existe una cultura que posea modelos practicables y admisibles para resolver todos los conflictos que se plantean entre las personas. En sociedades estables y homogéneas suelen existir procedimientos de solución de conflictos de cierta eficacia como sucedía hasta el siglo XI, pero a partir del XI y XII hasta hoy, el poder confiscó el conflicto (suprimió a la víctima) y apela a la ficción de que el conflicto se produce entre el victimario y el soberano. A partir de ese momento el modelo deja de ser solución del conflicto (por que una de las partes desaparece) y pasa a ser de simple decisión frente al conflicto. Esta tendencia se acentúa en las agencias políticas contemporáneas: graves conflictos sociales se criminalizan, porque de ese modo se crea ilusión de solución y se obtiene el consiguiente rédito público.

Prácticamente no hay conducta que no pueda criminalizarse con pretexto de prevenir algún riesgo en una sociedad de riesgos y, por ende, no habría actividad que no fuese susceptible de ser criminalizada. Cuando la inidoneidad del modelo punitivo es burda, es causal de inconstitucionalidad de la ley penal.

b) El segundo enunciado limitador puede denominarse ***Principio de proscripción de la grosera inidoneidad de la criminalización***. Ante un conflicto para el cual se halla disponible un modelo de solución, es innecesaria la criminalización, que impone un modelo que decide pero que no lo resuelve. La criminalización no es un modelo al que se puede acudir arbitrariamente y privar a las partes de soluciones.

c) El tercer enunciado corresponde al *Principio de limitación máxima de la respuesta contingente*.<sup>47</sup> En los casos en que las criminalizaciones primarias se establezcan sin amplio debate, consulta y elaboración responsable, bajo el impacto emocional de un hecho notorio, es deber de las agencias jurídicas extremar el celo en el análisis y crítica limitativa del texto legal, agotando los recursos a los principios contentores que hemos hecho referencia, sea para restringir los efectos de cualquier exceso político o para declarar la inconstitucionalidad, especialmente cuando se trata de leyes penales de emergencia.

#### **IV Análisis preliminares de la situación en la Argentina respecto a la imputabilidad disminuida.**

Conforme se desprende en el desarrollo de los distintos puntos del presente trabajo de investigación, ha quedado claro que la legislación vigente en nuestro sistema, en materia penal no prevé la situación de imputabilidad disminuida, salvo en aquellos casos de emoción violenta que está prevista exclusivamente para los delitos de homicidio y lesiones.

---

<sup>47</sup> Baratta, en DP, 1987, p. 630 y ss., citado por, Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, § 12, Principios Limitadores, I, La necesidad de principios de limitación material, p. 137.



Sin embargo, de acuerdo al desarrollo efectuado de los principios que irradian la aplicación e interpretación del derecho penal, se advierte que no contemplar una disminución de la pena en aquellos casos donde la persona se ha visto en una situación que disminuye su capacidad de imputabilidad, se presenta violatoria de la proporcionalidad que debe regir la aplicación de toda pena, viéndose a su vez desconocido el principio de culpabilidad como límite al poder punitivo, exigiendo una valoración de la posibilidad plena de motivación y poder de direccional la conducta del sujeto frente al suceso y la norma, como pauta para la imposición de pena.

Ciertamente, en aquellas situaciones donde el sujeto haya visto disminuida su imputabilidad la aplicación de las penas estandarizadas en las distintas figuras penales presenta el inconveniente que los mínimos establecidos por el legislador en forma rígida no resulta ajustados a la culpabilidad, presentando desproporcional la aplicación de la pena conminada en abstracto, lo que a su vez la transforma en una penal cruel y que se aparta de la humanidad que debe regir el sistema de enjuiciamiento penal.

Para dar respuesta a esta particular situación, donde la legislación no aporta una recurso normativo que contemplé la imputabilidad disminuida, podría seguirse la solución propuesta por un sector de la doctrina, quien considera que los mínimos legales de las penas conminadas en abstracto solo deben ser tenidos en cuenta a los fines meramente **indicativos** y de manera alguna como un límite taxativo.

Esta forma de resolver los conflictos que se generan a las agencias judiciales en la aplicación de las penas cuando las mismas son groseramente irracionales sus mínimos fue seguida por un fallo novedoso y trascendente en materia de narcotráfico.

Concretamente la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en la causa “**Ríos**” (16.04.2013, causa16261), se apartó del mínimo legal establecido por el artículo 5 inciso “c” de la ley 23.737, por entender que se encontraba frente a un hecho de tráfico menor, es decir venta al menudeo, pero haciendo especial referencia a la situación personal de los autores del hecho. En dicho precedente con cita de Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, se indicó que “*los límites mínimos de las escalas legislativas penales*”, *tiene el valor de regla general, no significa que los tribunales deban respetarlos cuando fuentes de superior jerarquía señalen que el mínimo es irracional en el caso concreto. Por ello, lo*

*concreto es asignarles valor indicativo, que opera cuando el mínimo de la escala legal no se topa en el caso concreto con los otros parámetros legales de mayor jerarquía, en cuyo supuesto corresponde reducirlos hasta compatibilizar la pena con estos.*<sup>48</sup>

Agregando más adelante que *“la culpabilidad por el acto constituye el límite de la sanción imponible, el individuo no puede ser sometido a innecesarias severidades”,* y que *“los topes establecidos por el legislador en modo alguno pueden contradecir principios rectores de una justicia democrática y republicana, como son los de lesividad, proporcionalidad y humanidad”* de modo que *“el proceso de criminalización se torna irracional cuando la afectación de derechos que supone la imposición de la pena no se corresponde con la lesión infringida al bien jurídico, por lo que la sanción en modo alguno puede superar dicho valladar.”*

## V CONCLUSIONES

A los efectos de concluir el presente trabajo de investigación resulta conveniente recordar el interrogante planteado desde un principio: **¿Es posible en el ordenamiento jurídico penal argentino reducir las penas cuando nos encontramos en presencia de una situación de imputabilidad disminuida?** Conforme se expuso al momento de desarrollar el marco normativo que rige en la legislación nacional, no existe una norma general que prevea situaciones de imputabilidad disminuida, sólo se contempla la misma exclusivamente para los delitos de homicidio y emoción violenta.

Ahora bien, también se examinó la legislación vigente en Alemania y España, donde sus ordenamientos jurídicos penales prevén en forma genérica distintas situaciones que inciden en la capacidad de imputabilidad, las cuales si bien no

---

<sup>48</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar Derecho Penal Parte General, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000, § 64, La Normativa Vigente, II, Límites Penales, Penas Naturales y Penas ilícitas, p. 996.

alcanzan para eliminarla, deben ser tenidas en cuenta como pauta mensuradora de la pena conminada en abstracto para cualquier tipo de delitos sin distinción alguna.

Incluso esta situación, fue considerada en el último proyecto de reforma del código penal, donde se tiene en cuenta las circunstancias que disminuyen la imputabilidad de una persona en un caso concreto a los fines de disminuir el monto de pena que corresponde aplicar.

Frente a esta situación, está claro que el ordenamiento jurídico debería prever una norma de carácter genérico que contemple aquellas situaciones donde si bien el sujeto no se encuentra en un estado de inimputabilidad en los términos del artículo 34 inciso 1 del Código Penal, su capacidad se vea ciertamente disminuida. Esta conclusión no resulta una novedad pues como se dijo el último proyecto de reforma incorpora normas destinadas a respuesta a estas excepcionales situaciones.

Ahora bien, que respuesta debe darse en aquellos casos donde el sujeto actúa en una situación que influye sensiblemente en su capacidad de imputabilidad disminuyéndola, y a su vez no se encuentra comprendida en los casos de emoción violenta del homicidio y lesiones leves.

Esta situación sin lugar a dudas genera una lesión flagrante al principio de proporcionalidad de las penas y al de culpabilidad. Ello así, toda vez que las penas relativas de nuestro ordenamiento penal prevén penas mínimas y máximas entre las que debe mensurar la sanción el Juez.

Por esta situación, hasta tanto se genere una modificación legislativa que incorpore al Código Penal la posibilidad de disminuir las penas en las situaciones de menor imputabilidad, deberían los jueces apartarse de los mínimos establecidos en las distintas figuras penales, Art. 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Ciertamente, esta solución se corresponde con la más moderna y progresista doctrina<sup>49</sup> y posición asumida por algún sector de la jurisprudencia, conforme se desarrolló en los párrafos precedentes. En este sentido, los márgenes solo deberán ser considerados con valor de regla general, y sólo deben ser respetados siempre y cuando no lesionen normas de jerarquía constitucional, por presentarse el mínimo irracional en el caso concreto. En este orden de ideas debe asignársele al mínimo legal un valor meramente **indicativo**, que opera, cuando la pena conminada en abstracto no contradice los principios constitucionales que legitiman la aplicación de una pena

---

<sup>49</sup> Zaffaroni, ob. cit. pág. 996.

(culpabilidad, proporcionalidad, entre otros). En estos supuestos y concretamente en el caso de una culpabilidad disminuida, deberá reducirse la sanción hasta conciliar la pena con la culpabilidad que pueda reprocharse en el caso concreto al sujeto.

## **VI LISTADO DE BIBLIOGRAFIA**

### Doctrina

- Ricardo C. Núñez (1981). Manual de derecho Penal General, 3ra. Edición.
- Ricardo C. Núñez (1999). Manual de derecho Penal Especial, 2da. Edición actualizada.
- Eugenio Raúl Zaffaroni; Alejandro Alagia; Alejandro Slokar, (2002). Derecho Penal Parte General, 2da. Edición.
- Sebastian Soler, (1987). Derecho Penal Argentino, Tomo III.

- Günther Jakobs (1991) Derecho Penal Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación.
- Santiago Mir Puig, (2004) Derecho Penal Parte General, 7ma. Edición.
- Justo Laje Anaya (2006) Observaciones y críticas al Proyecto de Código Penal de 2006.

#### Jurisprudencia

- Cámara Federal de Casación Penal, Causa N° 16261 – Sala II- “Ríos, Mauricio David s/Recurso de Casación”.

#### Legislación

- Código Penal de la República Argentina.
- Código Penal Español.
- Código Penal Alemán.

## **AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Empresarial Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

<b>Autor-tesista</b> <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Fiorenza Jose Maria
<b>DNI</b> <i>(del autor-tesista)</i>	29.255.694
<b>Título y subtítulo</b> <i>(completos de la Tesis)</i>	¿Es posible en el ordenamiento jurídico penal argentino reducir las penas cuando nos encontramos en presencia de una situación de imputabilidad disminuida?
<b>Correo electrónico</b> <i>(del autor-tesista)</i>	josefiorenza@hotmail.com
<b>Unidad Académica</b> <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
<b>Datos de edición:</b> <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	Córdoba, José María Fiorenza, 29 de Mayo del 2013

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21 según el siguiente detalle:

<b>Texto completo de toda la Tesis</b> (Marcar SI/NO) <sup>[1]</sup>	si
<b>Publicación parcial</b> (informar que capítulos se publicarán)	no

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Empresarial Siglo 21.

**Lugar y fecha:**

\_\_\_\_\_ Firma

Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: \_\_\_\_\_  
 \_\_\_\_\_ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

\_\_\_\_\_ Firma

\_\_\_\_\_ Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.