

CAPÍTULO TERCERO

LA PUNIBILIDAD

§ 37.	Primera Parte: LAS PENAS LEGALES	128
§ 38.	Segunda Parte: AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE LA PENALIDAD	131
§ 39.	Tercera Parte: PUNIBILIDAD SUBSIDIARIA. (CONCURSO DE LEYES)	133
§ 40.	Cuarta Parte: CRIMEN, DELITO, FALTA	135

LA PUNIBILIDAD

Primera parte: LAS PENAS LEGALES

§ 37

I. Para cada *clase (y subclase) de delitos* establece la ley una pena de tal modo firme que, en principio, solamente es aplicable la *pena legal contenida en la correspondiente disposición*. Cuando ésta se refiere a una clase de pena sin fijar máximo ni mínimo, se entienden aplicables el máximo y el mínimo *generales*, comp. más arriba, § 5, III, 3, 4, IV y, como ejemplo, C. P., 242 (“prisión” = prisión de 1 día a 5 años). En ciertos casos, se añaden penas accesorias, ver, p. ej., C. P., 32, 248.

II. Para determinar la pena que corresponde en las *figuras accesorias*, es necesario siempre y ante todo establecer la que corresponde para la clase (o sub-clase) de delito, en la que aquélla se apoya en cada caso.

1. En la *tentativa*, esa pena no se aplica sin variaciones (como en el Derecho franco-prusiano: “*La tentative est le crime même*”) sino que (siendo menor la importancia objetiva que en el hecho consumado) se reduce a una *pena menor*. Regla fundamental para calcularla: unidad máxima de medida menor que la prevista como máxima para el delito consumado (C. P. 44, I);

mínimo, la cuarta parte del mínimo aplicable al delito consumado (44, IV). Regulación especial en § 44, II, III. Ver también Ley de Imp., 360, II.

2. Para el *instigador*, se aplican *sin variación* las penas del hecho principal, C. P., 48, II.
3. Para los *cómplices*, la pena se calcula en la misma forma que *para la tentativa*, ello es, disminuída, C. P., 49, II (ver, sin embargo, Ley de Imp., 361).

Con respecto a los casos 2 y 3: si el hecho principal sólo llega al grado de tentativa, debe lógicamente tomarse como base para determinar la pena de los cómplices la pena calculada conforme a lo expuesto al número 1°. (Ejemplos: complicidad de B en una tentativa de homicidio cometida por A: para A, disminución de la pena del § 212 conforme al § 44; después de ello, para B, disminución de esta pena ya disminuída, conforme al § 49, II, 44).

Para los cómplices secundarios (complicidad de complicidad) la pena debe calcularse sobre la base de la pena de los cómplices primarios, y disminuirse nuevamente, conforme al § 49, II.

III. Las penas *normales* en el sentido expuesto sub I y II, bajo ciertas circunstancias, son suplantadas por otras.

1. Las penas propiamente aplicables deben *substituirse*:
 - a) por una *menor*, cuando el autor sea un *menor* (púber), conforme a especiales medidas de la Ley de T. de M., § 9. (Por el contrario, sordomudez no importa ninguna diferencia con respecto a la pena aplicable).

b) por una *mayor*, cuando concurre alguna de las *causas generales de agravación del derecho penal militar* (p. ej., “ante tropas reunidas”), según C. P. M., 55 y 53.

Las penas aquí correspondientes (*a* y *b*) son cuantitativamente variables (ello es, que varían conforme a las disposiciones a las cuales se adaptan). Las circunstancias conforme a las cuales se articulan (minoridad, etc.), se designan como *formas accesorias variantes de la pena*.

2. En una *cantidad de figuras delictivas* la ley determina que la pena propiamente aplicable puede o debe cambiarse por otra menor cuando concurren “*circunstancias atenuantes*” (del Derecho francés, *circonstances atténuantes*), p. ej., C. P., 113, II; 228; 243, II; 246, II; 263, II, etc. Ver para esto § 74.
3. Apartándose del principio según el cual la pena para el *instigador* y el *cómplice* debe calcularse accesoriamente sobre la pena que corresponde al hecho principal (arriba, II, 2, 3), el C. P., 50 determina algo especial para los casos en que la ley establece diferencias en las penas, de acuerdo a “*calidades o relaciones personales*” (p. ej., arriba, III, 1, a; C. P., 244 en comparación con 242; 215 con 212; 342 con 123). En tales casos, la pena básica del cómputo para el instigador y el cómplice se determina de acuerdo a *su* calidad personal, etc. (Ejemplo en el parricidio: si el hijo H es autor y un extraño E instigador, H es punible conforme al § 215, E sólo es punible conforme al § 212; si E es autor y H instigador, E es punible conforme al § 212 y H conforme al 215).

Segunda parte: AUMENTO Y DISMINUCIÓN DE LA PENALIDAD

§ 38

I. Se llaman *causas de aumento y de disminución de la pena* aquellas por efectos de las cuales se cambia por otra la pena que sin ellas correspondería, según que, respectivamente, hagan aplicable una pena mayor o una menor. Tal es la designación empleada por la ley para esas circunstancias, ver C. P., 50; C. P. M., 55; C. de P. P., 263, 265, II, 267.

Es uso muy corriente y vulgar hablar aquí de circunstancias de *agravación* y de *atenuación* de la pena, y llamar circunstancias atenuantes y agravantes a las bases para la *graduación* de la pena (abajo, § 74), aun cuando la ley *no emplea* para ello tales nombres. Es indudable que esto conduce a confusiones; mantener esas designaciones no sólo carece de objeto, sino que es equívoco.

Para el Derecho penal común pueden usarse como sinónimas las expresiones "*calificación*" para el *aumento de pena* y "*privilegio*" para la *disminución de pena*.

II. Tales causas de aumento y de disminución provienen:

1. en parte, de circunstancias *generales*, que *no se hallan incluidas dentro de las figuras particulares de delito* (ver arriba, § 37, III);
2. en parte, las emplea el legislador para la construcción de *sub clases de delitos* ("*calificados*" o "*especiales*" o "*agravados*" o, por otra parte,

“privilegiados”), delitos que, junto con el “*delito genérico*” (o “delito básico”) constituyen una *familia de delitos*.

Dentro de esas familias de delitos se diferencian las diversas clases de modo que:

- a) a veces, la subclase (calificada o privilegiada) tiene un *delito-tipo* que restringe el del delito genérico por un elemento *especial* (p. ej., parricidio, C. P., 215 en comparación con el delito genérico de homicidio, 212);
- b) a veces, todas las clases tiene *el mismo delito-tipo*; pero las subclases calificadas o privilegiadas se fundan a) o bien en una circunstancia *puramente objetiva*, o bien, β) en un *elemento psíquico especial* (ver arriba § 27). (Ejemplo para b α: el delito de “homicidio preterintencional” calificado por el resultado objetivo grave, C. P., 226, comparado con el delito genérico “lesión dolosa”, 223; ejemplo para b β: la falsedad documental grave del C. P., § 268, comparado con el § 267).

En los casos sub *a*, corresponde la pena por la subclase calificada sólo cuando el dolo del autor comprende también la circunstancia agravante, C. P., 59, I (ejemplo: no es punible conforme al § 215 sino sólo conforme al § 212, quien no supo que el muerto era su ascendiente). Por el contrario, el mal comprendido § 59, no se refiere a las circunstancias enumeradas sub *b*.

3. El legislador a veces agrupa figuras delictivas distintas y con penas distintas, pero unidas entre sí por un idéntico delito-tipo, y lo hace de

modo que ninguna de ellas es técnicamente el delito genérico, p. ej.,: 211, homicidio doloso con premeditación; 212, homicidio doloso sin premeditación; 222, homicidio imprudente. Es discutible el alcance que en los hechos tenga la diferencia formal entre los casos sub 2 y sub 3 (p. ej., para C. P., 50, arriba 37, III, 3).

Tercera parte: PUNIBILIDAD SUBSIDIARIA (CONCURSO DE LEYES)

§ 39

I. Las leyes penales no están todas dispuestas por el legislador en el mismo rango. Hay entre ellas algunas que quieren pasar inadvertidas cuando el caso es punible de acuerdo a *otra* disposición penal determinada. Aquéllas están, pues, dotadas de una validez sólo “*subsidiaria*”.

1. Conforme a eso, se excluye siempre el delito *genérico* cuando concurre una *subclase calificada o privilegiada* derivada de aquél (*relación de especialidad*), p. ej., no debe atenderse al § 242 del C. P., cuando sean aplicables los §§ 243, ó 370^s; no lo son los §§ 211 y sigs. cuando funciona el 206.
2. Hay leyes penales que (en caso de identidad del actor) “son *consumidas*” por ciertas otras. Algunos modos de conducta, que el legislador ha sometido a pena como figuras delictivas (autónomas o subordinadas), lo son de modo que desaparece su especial valor delictivo cuando el ac-

tor es punible desde otro punto de vista desde el cual aquellas acciones ya están también valoradas. Entonces prácticamente basta designar y tratar ese otro encuadramiento como el *titulus* que funda la punición y no tener en cuenta los otros, tomándolos como “consumidos”. Tales los casos de:

los delitos de *lesiones*, consumidos por los delitos de *homicidio*;

los delitos de *peligro*, consumidos por los correspondientes delitos de *lesión*;

las figuras delictivas “*calificadas*” por un *resultado objetivo grave* (ver arriba, § 27, I), consumidas por aquellas figuras que importan pena *mayor* porque comprenden la *producción dolosa de ese resultado*;

los llamados delitos de *reducción de cosas* (como “*actos posteriores impunes*”) consumidos por los delitos por los cuales el sujeto se ha apoderado de las cosas, toda vez que el legislador, al establecer la pena, ya ha supuesto implícitamente que el actor, con posterioridad al hecho, ordinariamente convertirá la cosa en dinero (así, p. ej.: el hurto consume la apropiación posterior de la cosa, consumada por el autor);

las acciones *preparatorias* (cuando están en general castigadas) y las de *tentativa*, consumidas por el *delito posteriormente consumado* (p. ej., consunción del § 201, C. P., por el § 205);

la *complicidad*, por una *instigación* realizada por el mismo individuo y para el mismo hecho principal y, a su vez, la instigación, consumida por la propia *autoría*.

II. Suele llamarse “*concurso de leyes*” a esta relación que media entre dos leyes penales por la cual se excluye la una cuando la otra se aplica. Los casos de concursos de leyes se dilucidan por la interpretación del contenido de la ley penal; el *texto* de la ley pocas veces da base para ello (comp., p. ej., C. P., 49, a).

Cuarta parte: CRIMEN, DELITO, FALTA

§ 40

Con fines de técnica legislativa (ver C. P., 4 y sigs.; 27 a, 27 b, 43, 49, 49 a, 67, 74, 257, etc.), el Código Penal, § 1, divide la totalidad de las clases y subclases de delitos en “*crímenes*”, “*delitos*” (*propia mente dichos*) y “*faltas*” (la llamada división tripartita del Derecho francés —*crimes, délits, contraventions*)— y lo hace conforme a la medida de las penas legales que corresponden al caso normal (sin atender a las disminuciones que importan la minoridad y las circunstancias atenuantes. Así un hecho que en sí mismo sea “*crimen*”, lo sigue siendo siempre, aun cuando sea cometido por un menor o con circunstancias atenuantes).

El carácter de “*crimen*”, etc., se proyecta inalterado de la clase delictiva especial correspondiente en cada caso a las formas accesorias tentativa, instigación y complicidad.