

“Un plan imperfecto” – Elaboración de un *caso* para el estudio del Derecho Penal

Por Mariela Anahí Paladini y Rocío Constanza Russo

Abogada, Auxiliar de Segunda en la asignatura “Teoría del Delito y Sistemas de la Pena”, del Ciclo Profesional Orientado, dictada por el Dr. Daniel Morín, cátedra Sancinetti, en la Facultad de Derecho (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBACyT “La posición de garante del funcionario policial”, bajo la dirección del Dr. Marcelo D. Lerman.

Abogada Ayudante de Segunda en la Cátedra del Dr. Marcelo Sancinetti Ayudante en la materia Teoría del Delito y Sistema de la Pena, Cátedra del Dr. Daniel Morín en la Facultad de Derecho de la UBA.

UN PLAN IMPERFECTO

Darío, Juana y Luis planean robar el banco ICBC, sucursal “San Nicolás”, que se emplaza en la Avda. Roque Sáenz Peña nro. 567 de CABA. Según el plan que idearon, ingresarían al establecimiento gracias a la forzada colaboración de Pedro, el gerente del banco, a quien han amenazado con matar a su familia –a la que habían secuestrado un día antes–, si no dejaba desactivadas las alarmas del local. Salvado este obstáculo, reducirían a José, el guardia de seguridad, para concretar el acceso y la sustracción del dinero. Asimismo, acordaron que Luis se quedaría en la puerta para alertar a sus compañeras ante cualquier eventualidad, mientras que Darío y Juana se dedicarían a reducir a José llevando sendas armas de fuego, y abrirían con explosivos la caja fuerte.

El día del hecho –22 de mayo de 2009–, y siendo las 19.00, Pedro cumple con su parte del trato. El atraco comenzaría a las 22.00, aprovechando que en ese horario la zona se torna casi desierta, al estar constituida en mayor medida por oficinas.

En el ínterin, y siendo ya las 20.45, Pablo, subgerente de la sucursal, regresa al banco por haber olvidado allí su celular. Al ingresar, nota que las alarmas se encuentran desactivadas, y en ese instante recuerda haber escuchado una sospechosa conversación telefónica entre Pedro y otra persona, como así también lo ha notado extraño durante los últimos días. Advirtiendo que la falta de alarmas no era casual, sino que respondería a un plan criminal que involucraba al gerente,

Pablo se comunica telefónicamente con él y le exige que le entregue la mitad de su parte del botín, a cambio de no activar nuevamente el sistema de alarmas.

Al no saber cómo responder y temiendo por la integridad física de su familia, Pedro decide no aceptar sino mantenerse en el plan original y no revelar el secuestro al que aquella había sido sometida, por miedo a que la policía también tomara conocimiento de ello, poniéndola en riesgo. En consecuencia, Pablo activa la alarma y se retira del lugar, a las 21.15.

Cuarenta y cinco minutos después, Darío, Juana y Luis ingresan al banco confiando en que el sistema de alarmas no se activaría. Sin embargo ello no fue así, y el sonido del mismo alertó inmediatamente a la policía, que en cinco minutos se hizo presente en el lugar.

En ese lapso, e intentando evitar que se frustrara por completo el plan, Darío y Juana intentan apoderarse rápidamente de todo el dinero que pudieran de las cajas de atención al público, aprovechando que José ese día había faltado a su trabajo, y se disponen a salir inmediatamente del lugar.

Luis fue capturado al instante por los efectivos policiales. A su vez, Juana es aprehendida al salir por la puerta trasera –luego de haberla traspasado– con la suma de \$ 5.000 en efectivo en su poder. En cuanto a Darío, logró escapar por los techos llevándose \$ 2.000.

A diez cuadras del lugar del hecho, y ya fuera del alcance de la policía, Darío aborda un taxímetro –con el pasamontañas aún colocado– y solicita a Manuel, su chofer, que la traslade a Triunvirato nro. 4230, en donde la esperaba su hermana para cenar, desconociendo el asalto que había protagonizado.

CONSIGNAS

1. Evaluar qué rol cumple cada interviniente en el hecho, desde la perspectiva de la "Autoría y Participación" (autoría, coautoría, participación secundaria o necesaria, instigación)
2. Evaluar en relación al tema "Tentativa", cuál es el comienzo de ejecución (justificar por qué, de acuerdo con las teorías existentes), y si el hecho se encuentra o no consumado.

Cada grupo de alumnos deberá juzgar qué tipos penales se aplicarían al caso y fundamentar la elección.

CRITERIOS DE EVALUACIÓN

- 1- Redacción, ortografía y estructura de análisis: debe respetar cada uno de los niveles de la teoría del delito y los sub ítems dentro de cada uno de ellos.
- 2- Identificación del grado de autoría o participación –según el caso– de cada personaje;
- 3- Identificación de la existencia de un caso de tentativa de participación, y en tal caso si es punible;
- 4- Detección de la problemática relativa a la justificación de la conducta de Pedro;
- 5- Solución al problema relativo a si la consumación del hecho en uno de los partícipes afecta al resto de los integrantes o si por el contrario la calificación legal en cuanto al grado de realización del *iter criminis* es individual;
- 6- Detección de la temática relativa al rol de Manuel, el taxista.
- 7- Redacción, ortografía y estructura de análisis: debe respetar cada uno de los niveles de la teoría del delito y los sub ítems dentro de cada uno de ellos.
- 8- Identificación del grado de autoría o participación –según el caso- de cada personaje;
- 9- Identificación de la existencia de un caso de tentativa de participación, y en tal caso si es punible;
- 10- Detección de la problemática relativa a la justificación de la conducta de Pedro;
- 11- Solución al problema relativo a si la consumación del hecho en uno de los partícipes afecta al resto de los integrantes o si por el contrario la calificación legal en cuanto al grado de realización del *iter criminis* es individual;
- 12- Detección de la temática relativa al rol de Manuel, el taxista.

FICHA TÉCNICA

Objetivos generales

- Que el alumno pueda aplicar los contenidos teóricos aprendidos durante toda la cursada, en un caso concreto.
- Que el alumno detecte las distintas problemáticas que se suscitan en el mismo, distinguiendo cuáles de ellas resultan relevantes para el Derecho Penal y cuáles no.
- Que logre integrar los diferentes contenidos vistos en un caso particular, que incluye diversas problemáticas que pueden irse presentando en distintos estratos de análisis de la Teoría del Delito.

Objetivos específicos

- Aplicación del concepto de "plan común" y otras categorías que hacen a la "Autoría y participación", en casos con más de un interviniente.
- Analizar el alcance de la posición de garante, y pertinencia o no de la aplicación de participación por omisión.
- Aplicar el contenido teórico estudiado respecto de las causales de justificación.

Destinatarios

Alumnos de último año de la carrera de Abogacía, con orientación en Derecho Penal.

Tiempo estimado

3 horas

Modalidad de aplicación

Es un caso que puede ser empleado tanto como parcial domiciliario, así como también como caso para ser evaluado durante clase, pero luego de haber sido investigado y trabajado por los alumnos previamente.

Conocimientos mínimos requeridos

Conocimiento la estructura completa de la Teoría del Delito, tentativa, autoría y participación.

GLOSARIO Y LEGISLACIÓN

Tentativa

Art. 42 C.P.: El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44.

Art. 44 C.P.: La pena que correspondería al agente si hubiera consumado el delito se disminuirá de un tercio a la mitad.

Secuestro coactivo

Art. 142 bis: Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho años.

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

1. Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho años de edad; o un mayor de setenta años de edad.
2. Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.
3. Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.
4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.
5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.
6. Cuando participaran en el hecho tres (3) o más personas.

La pena será de quince a veinticinco años de prisión o reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esfuerza de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad.

Robo con armas

Art. 166: Se aplicará reclusión o prisión de CINCO a QUINCE años:

1. Si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91.
2. Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda.

Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo.

Extorsión

Art. 168 C.P.: Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a diez años, el que con intimidación o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición o a la de un tercero, cosas, dinero o documentos que produzcan efectos jurídicos.

Incurrirá en la misma pena el que por los mismos medios o con violencia, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito.

Art. 169 C.P.: Será reprimido con prisión o reclusión de tres a ocho años, el que por amenaza de imputaciones contra el honor o de violación de secretos, cometiere alguno de los hechos expresados en el artículo precedente.

Encubrimiento

Art. 277 C.P.: Será reprimido con prisión de seis meses a tres años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

- a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de esta.
- b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.
- c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o participe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

e) Asegurarse o ayudarse al autor o participe a asegurar el producto o provecho del delito.

2.- En el caso del inciso 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

b) El autor actuare con ánimo de lucro.

c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

d) El autor fuere funcionario público.

La agravación de la escala penal, prevista en este inciso solo operará una vez, aun cuando concurrieren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inciso 1, e) y del inciso 3, b) y c).

Participación necesaria

Art. 45 C.P.: Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

Comienzo de ejecución del hecho de los coautores

"...en virtud del dominio en común del hecho, la tentativa comienza en forma uniforme para todos los coautores, entonces, cuando uno de ellos se pone inmediatamente a realizar el

tipo..." Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 409

Coautoría

"Básicamente se mencionan dos requisitos para la coautoría: la decisión común al hecho y la realización común (con "división de trabajo") de esta decisión. La decisión común al hecho fundamenta y delimita la unidad de la coautoría (...) la decisión común produce ante todo una conexión entre las partes del hecho de varios intervinientes en un delito, que permite gravar a cada uno de ellos también con la parte hecha por los otros (...) La coautoría no solo requiere la intervención en la decisión común al hecho sino también un aporte objetivo al hecho. [Esto] está fuera de discusión en caso de realización de propia mano de al menos una parte de la acción ejecutiva descrita en el tipo". Stratenwerth, Günter *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 398/403.

"Habrá que distinguir así, entonces a la coautoría:

- a. *Existencia de un acuerdo;*
- b. *Distribución de funciones que consistan en un aporte objetivo;*
- c. *Que ese aporte objetivo atribuya el co-dominio del hecho, es decir, el dominio en combinación con el aporte del otro u otros coautores"* Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, pág. 670.

Estado de necesidad justificante

Art. 34 C.P.: No son punibles (...) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño.

Autoría mediata

"Restan los casos en los cuales alguien induce a otro a cometer un delito mediante la creación o utilización de una situación de coerción psíquica o de dependencia psíquica, como instrumento que obra sin libertad. Si se sigue el principio de responsabilidad, una vez más entrará en consideración la autoría mediata, solo si la culpabilidad del agente directo no solo está disminuida sino excluida (...) Tal coacción puede conducir incluso a que la conducta forzada del afectado esté justificada por estado de necesidad; entonces será un instrumento que actúe conforme a derecho..." Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 390.

Accesoriedad interna del partícipe

*Todos los elementos del tipo objetivo del autor y todos los elementos del tipo subjetivo del autor (dolo y componente subjetivos especiales) tendrían que integrar el correspondiente tipo objetivo del partícipe. A este, al tipo objetivo del partícipe, solo se le agregaría la acción propia del instigador o cómplice (...) El tipo subjetivo (dolo) del partícipe requeriría el conocimiento de los elementos del tipo objetivo del partícipe, es decir, el conocimiento de lo que él hace y el reconocimiento de que el otro actúa de modo tal o cual y con dolo (...) Naturalmente algo análogo sucedería en el ámbito de las causas de justificación (...) aquí todo el ámbito del tipo objetivo del partícipe está colmado por los elementos objetivos de justificación del autor y por los elementos subjetivos de este. En el tipo subjetivo del partícipe se hallará el conocimiento de las circunstancias que imponen la necesidad de acción y las tendencias especiales que, para el autor, impusiera eventualmente una causa de justificación particular. Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, pág. 763/765.*

Postura contraria: Ilícito personal de los autores y del partícipe

*(...) si fuera verdad que el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la justificación del autor integran en conjunto el tipo objetivo de la justificación del partícipe (...) entonces la teoría de la accesoriedad limitada, en la medida en que parte de la base de que el ilícito del autor se traslada al partícipe, no podría ofrecer una solución justa (...) El partícipe intervino aquí en un homicidio en el que había necesidad de defensa. El partícipe conoció perfectamente la necesidad de su colaboración en un homicidio para salvar la vida de alguien agredido injustamente. Si conoció esta necesidad tuvo su elemento subjetivo de justificación. Entonces por qué exigir más para que quede justificado? (...) no tiene sentido pretender la punibilidad de un partícipe que colaboró en una acción objetivamente necesaria para salvar un bien jurídico y conociendo, además, esa necesidad..." Sancinetti, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1991, pág. 768/769.*

Participación por omisión

"La participación activa exige siempre un aporte real al hecho. Correspondientemente, una participación cometida por omisión tendría que consistir en no intervenir impidiendo el hecho de otro (...)" Stratenwerth, Günter, "Derecho Penal. Parte General I El hecho punible.", Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 496.

"En el delito de omisión tiene que ser suficiente con el hecho de que la acción mandada al menos habría disminuido el peligro de su producción... el dolo de omitir requiere el

conocimiento del peligro que podría producirse el resultado típico, y de la posibilidad del autor de impedirlo" Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 484.

Tentativa de participación

*No existe intervención en un ilícito efectivamente cometido cuando el hecho principal ni siquiera alcanza el estadio de la tentativa punible, es decir, cuando no se desarrolla hasta el ilícito típico, o cuando ya la acción de participación misma no produce efectos, es decir, cuando no le aporta al ilícito absolutamente nada. Se habla de participación frustrada o sin resultado (...) Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 432.*

Comienzo de ejecución

Teoría formal objetiva: *"Para que haya tentativa tendría que darse al menos un tramo parcial de aquella acción que lógicamente ya recaiga como adecuada al tipo y sea alcanzada por el verbo allí empleado"* Stratenwerth, Günter, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 4ta. Edición, año 2000, pág. 340.

Teoría material objetiva: se entiende que el comienzo de ejecución implica el "ponerse inmediatamente a realizar el tipo penal", esto es, que no exista nada entre la acción del/los autor/es y el tipo penal.