



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

TRABAJO FINAL ESPECIALIZACIÓN DERECHO PENAL

CASO DE LA "BOFETADA EDUCATIVA"

TUTOR: JAVIER DE LA FUENTE

ALUMNA: VICTORIA BALLVÉ

CARRERA: ESPECIALIZACION DERECHO PENAL

MATRICULA: P000087470

INDICE

CASO DE LA “BOFETADA EDUCATIVA”	4
I. ACCIÓN.....	5
1. Supuestos de exclusión de la acción.....	6
II. TIPICIDAD OBJETIVA.....	7
1. El delito de lesiones.....	7
Bien jurídico protegido	8
Sujetos.....	9
Acción incriminada	12
Resultado:	12
2. Base de imputación.	13
La relación causal.....	13
Teoría de la Imputación Objetiva.....	14
3. Tipo penal.....	18
Lesiones leves. Artículo 89 CP.....	19
a) Acción típica.	19
b) Sujetos.	21
c) Importancia del daño. Teoría de la insignificancia.	21
III. TIPO SUBJETIVO	24
1. Delimitación entre el dolo y la imprudencia.....	25
a) Teorías de la voluntad.....	25
b) Teorías del conocimiento	26
c) Teorías normativas.....	27
IV. ANTIJURICIDAD	31
1. El derecho de corrección en el derecho civil argentino.	31
2. Derecho comparado	35
3. Implicancias de la actual legislación civil argentina en el derecho penal.	39
V. CULPABILIDAD	40
1. Error sobre la existencia de una causa de justificación.....	42
a) Error de hecho y error de derecho. <i>Error iuris nocet.</i>	42
b) La llamada teoría del dolo.	43
c) Teoría de la culpabilidad.	45
2. El error de prohibición.....	46

3. Efectos del error de prohibición en el Código Penal argentino.	47
VI. PUNIBILIDAD.....	48
La solución que propone Roxin.	48
VII. ACCIÓN PENAL.....	49
BIBLIOGRAFÍA.....	54

CASO DE LA “BOFETADA EDUCATIVA”

En la mañana del día 6 de octubre del año 2016 la acusada María, encontrándose en el domicilio familiar, sito en Pozo Alcón (Jaén) recriminó a su hijo de diez años de edad, a través del lenguaje de signo que entendió dicho hijo, que no había hecho los deberes del colegio, a lo que éste respondió tirándole una zapatilla y corriendo a encerrarse en el cuarto de baño, yendo tras él la acusada quien, a pesar de la oposición del menor, consiguió abrir la puerta, cayendo éste al suelo, el cual se levantó agarrándolo del cuello dándole seguidamente cuando se hallaba sobre el lavabo un tortazo por detrás de la cabeza, lo que hizo que se golpeará en la nariz y sangrara. Nada más llegar a su clase su tutor percibió rastros de sangre en la nariz del niño y preguntándole qué le había pasado éste le contó que su madre le había agarrado del cuello y dado un bofetón, por lo que observando que tenía además el cuello un poco morado lo llevó a la Dirección del Centro que a su vez lo trasladó al Centro de Salud de la localidad, emitiendo la Doctora que lo atendió un parte médico que reflejaba contusiones y hematomas en cuello y mejilla aparentemente inferidas por su madre al sujetarlo del cuello y restos flemáticos en la nariz, lesiones que necesitaron una sola asistencia facultativa, tardando tres días en curar, sin impedimento para sus ocupaciones habituales.

Para resolver el presente caso, se partirá de la concepción tripartita del delito, que lo define como acción típica, antijurídica y culpable.

Se abordarán los principales problemas que presenta en cada uno de los niveles y en cada uno de ellos se expondrá la solución que, según el análisis efectuado, se considera adecuada a situación planteada.

I. ACCIÓN.

Para determinar si estamos en presencia de una acción penalmente relevante, debe verificarse si en este caso nos encontramos ante un comportamiento originado en la voluntad y que, por lo tanto, sea evitable.

El primer filtro de análisis para la imputación personal lleva a distinguir el hecho propio del ajeno y del meramente natural.

La acción como conducta humana, como comportamiento exterior evitable, exige que se trate de una acción proveniente de un ser humano, no de la naturaleza.

Por la modalidad de comisión, la acción puede entrañar un comportamiento activo (cuando hay movimiento) u omisivo (cuando hay pasividad corporal). Ambas formas de comportamiento demandan capacidad causal y deben surgir de la consciencia y voluntad del sujeto. Sin un mínimo componente subjetivo no hay acción.

Debe tratarse de un comportamiento que haya producido la modificación en el mundo exterior que lesione o pueda lesionar bienes jurídicos, pues el mero pensamiento no delinque (*cogitationis poenam nemo patitur*). Esta exigencia, por cierto, enlaza la teoría de la acción con el principio del hecho y el de lesividad.

En definitiva, son ajenos al concepto de acción los actos meramente internos, que no trascienden al exterior, ni los comportamientos de animales o los fenómenos puramente naturales. La acción requiere, por tanto, un suceso humano exteriorizado o exteriorización de la voluntad libre.

Sentado ello, se puede adelantar que, en este primer nivel de análisis, nada aparece dudoso ni problemático en cuanto a la acción, pues se verifica:

- a) **Proposición de un fin:** María se propone corregir al hijo, reprimirlo porque no quiere hacer los deberes, porque que le arrojó una zapatilla y luego se encerró en el baño.
- b) **Selección de los medios:** María se dirige detrás del niño, abre la puerta del baño y usa sus manos para ejercer la violencia física.
- c) **Puesta en marcha de la causalidad:** María toma con fuerza del cuello al niño y le da una bofetada en la cabeza.

Como estamos frente a una conducta exteriorizada mediante una acción, debemos analizar si no concurre una causa que la excluya.

1. Supuestos de exclusión de la acción

Las causas de ausencia de acción reflejan situaciones en las que está ausente cualquier elemento psíquico que permita una inicial atribución del hecho a una persona. No hay acción cuando el movimiento corporal se realiza sin dominio de la voluntad, cuando no es propio del autor, no es su obra, sino de lo casual o de lo causal sin domino¹.

Son causas de exclusión de la acción:

a) Fuerza física irresistible.

La fuerza física irresistible es cualquier fuerza que impide a una persona moverse con voluntad, es decir, lo que reduce al cuerpo a una condición mecánica, sea impulsado por una fuerza externa o interna.

b) Estado de inconsciencia o involuntabilidad.

El estado de inconsciencia es un supuesto de ausencia de acción que comprende cualquier situación en la que una persona se encuentra privada de conciencia (coma, sueño profundo, crisis epiléptica, descerebración, estados vegetativos, etc).

Para que no exista acción, la inconsciencia debe ser total, de manera tal que fulmina la posibilidad de afirmar que el acto haya sido voluntario.

La inconsciencia absoluta como causa de exclusión de la acción se diferencia de la inconsciencia que puede afectar la culpabilidad del autor, pues mientras en la primera hay un estado de total inactividad de las funciones, en este último caso simplemente existe un trastorno de la conciencia, pero se mantiene la vida de relación, aunque alterada.

c) Actos reflejos.

Los movimientos reflejos son reacciones corporales provocadas sin la participación de la voluntad. Son procesos en los que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello, aún sin intervención primaria de la conciencia.

En el caso en estudio, no se menciona ni se advierte que María haya actuado gobernada por una fuerza que anule su voluntad. No se encuentra tampoco en un estado de inconsciencia o involuntabilidad, ya que no se encuentra en un estado de coma, sueño profundo, en una crisis o convulsión epiléptica, en un estado vegetativo, obrando en un estado de trance o de sonambulismo, etc. Por último, tampoco actúa impulsada por un acto reflejo.

Por lo tanto, María realiza una acción o conducta humana, ya que su obrar no encuadra en ningún supuesto de exclusión de la acción.

¹ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal Parte general*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 183.

Habiendo concluido que María realiza conducta o acción humana y que esa acción produce una modificación en el mundo exterior, dado que el niño presenta lesiones en el rostro y en el cuello que son constitutivas de una infracción de una norma jurídica vigente en el código penal, pasará al análisis del segundo estrato analítico de la teoría del delito, el tipo penal, a fin de determinar si la acción de María es jurídico penalmente relevante, esto es, si encuadra en el tipo penal de lesiones.

II. TIPICIDAD OBJETIVA

1. El delito de lesiones.

El Código Penal Argentino (CP) dedica el Capítulo II, del Título Primero (Delito contra las personas), del Libro Segundo, al delito de lesiones².

² Precedentes.

1. Proyecto Tejedor (1864).

2. **Proyecto de 1891.** El capítulo “Lesiones” no puede ser separado del título “Delitos contra las personas”, puesto que la lesión ataca directamente a la persona. No se comprende por qué razón ha podido tratarse en dos capítulos separados del Código Penal los delitos contra las personas y las lesiones corporales. Las disposiciones de este capítulo han sido reformadas (...) Una disposición general (el artículo 120) prevé todo daño que se cause en el cuerpo o en la salud, que no sea motivo de una prescripción especial. Esta disposición es análoga a la del artículo 120, inciso 2 del Código Penal, y fija la misma penalidad.

Legislación anterior.

Cód. Penal de 1886. Título II. Libro 2- *Art. 119: Las heridas, los golpes, la administración de substancias nocivas y cualesquiera otras lesiones cometidas voluntariamente, serán castigadas según las siguientes reglas:*

1. *El que sacare a otro los ojos o lo castrare, será castigado con penitenciaría por seis a diez años.*

2. *La mutilación de otro miembro u órgano principal del cuerpo, se castigará con penitenciaría por tres a seis años.*

3. *Con la misma pena, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro principal o notablemente deforme.*

Art. 120: Las lesiones no comprendidas en los artículos anteriores serán penadas:

1. *Con prisión de uno a tres años, si la lesión produce incapacidad para el trabajo por más de un mes;*

2. *Con arresto de un mes a un año, si la lesión no produce incapacidad para el trabajo, o si la produce por un mes o por menos.*

Lev 4189 (21/8/1903). Art. 17. Capítulo II. Lesiones. 1. *Se impondrá la pena de arresto de seis meses a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código.*

2. *Se impondrá la pena de penitenciaría de tres a seis años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un sentido o de un órgano, o una dificultad permanente de la palabra, o si hubiere puesto en peligro la vida del ofendido, o le hubiere inutilizado para el trabajo por más de un mes, o le hubiere causado una deformación permanente en el rostro.*

3. *Se impondrá la pena de tres a diez años de penitenciaría si la lesión produjera una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, inutilidad permanente para el trabajo, pérdida de un sentido, de un órgano o del uso de un órgano, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.*

4. *Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en los incisos 2 y 3 de los Delitos contra la vida, la pena del artículo 1 sobre Lesiones será de uno a tres años de prisión; la del 2 de tres a diez años de penitenciaría; y la del 3 de tres a quince años de presidio.*

5. *Si concurriere alguna de las circunstancias del inciso 4 a) y c) de los Delitos contra la vida, la pena será de seis meses.*

Básicamente hay tres grados de lesiones: lesiones leves (artículo 89), lesiones graves (artículo 90) y lesiones gravísimas (artículo 91). Estos tres tipos de lesiones son lesiones dolosas.

El artículo 92 da lugar a un tipo agravado genérico para cualquier clase de lesiones dolosas y el 93 a uno atenuado.

Por último, los artículos 94 y 94 bis tipifican sus variantes imprudentes, en caso de una violación al deber de cuidado (lesiones culposas).

Bien jurídico protegido.

El bien jurídico protegido es la integridad corporal y la salud de la persona humana, que abarca tanto la anatomía humana, la fisiología, la salud del cuerpo y la salud mental³.

Soler apunta que nuestra ley emplea el concepto de persona en el sentido más limitado y restringido de la persona física por lo que en general todas las figuras en el título “Delitos contra las personas” se dirigen a la tutela de la vida y de la salud en cuanto ciertas acciones ponen directamente causas tendientes a destruir o perjudicar esos bienes jurídicos⁴.

El derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene rango constitucional. El artículo 5.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH, Pacto San José de Costa Rica)⁵, tratado que reviste dicha jerarquía conforme el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Asimismo, el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Estado reconoce el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel de salud física y mental⁶.

El Estado argentino, por tanto, tiene una obligación constitucional de proteger la integridad física y psíquica de las personas frente a ataques ilegales ajenos.

³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal*, 4ª ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, t. III, p.118 y ss.

En idéntico sentido, Zaffaroni afirma, al referirse al art. 89 del CP: “El bien jurídico es la integridad física de las personas, y ello lo derivamos del resultado descrito, a saber “daño en el cuerpo o en la salud” (ZAFFARONI, Eugenio R., “*Responsabilidad médica. Aspectos penales*”, en BUERES y ZAFFARONI, *Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 152).

Para otros autores el bien jurídico protegido es la incolumidad de la persona (CREUS, Carlos *Derecho Penal*, Parte Especial, 7ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 75; D’ALESSIO, Andrés José *Código Penal Comentado y anotado Parte Especial*, Ed. La ley, 2006, t. 2, p.51).

⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed. Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1987, t.III, p. 9.

⁵ Firmado en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Aprobado por Ley 23.054 (Sanc. 1/3/1984; prom. 9/3/1984; B.O. 27/3/1984).

⁶ Aprobado por Ley 23.313 (Sanc. 17/4/1986; prom. 6/5/1986; B.O. 13/5/1986).

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que “el derecho a la integridad personal no sólo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana”⁷.

Sujetos

a) Sujeto Activo.

Se trata de un delito común, no requiere ninguna cualidad especial en las personas. El tipo se refiere al sujeto activo bajo la fórmula “al que...”. En este caso María es quien realiza la acción, pues ella es la que lleva a cabo la conducta prevista en el tipo y domina el hecho.

b) Sujeto Pasivo

La ley, igual que lo prevé en el caso del homicidio, distingue al sujeto pasivo con la expresión “otro”. Dicha expresión alude a un ser humano con vida diferente del autor.

De ello se desprende que el conjunto de delitos agrupados bajo el Título I “Delitos contra las personas”, Capítulo II “Lesiones” requiere, como condición normativa, que toda acción prohibida se describa como dirigida contra una persona distinta del propio autor.

De otro modo, se estaría criminalizando la autolesión lo cual, dentro del ordenamiento jurídico instituido por la Constitución Nacional, no es admisible. Una derivación directa del mandato constitucional referido al significado público que deben portar las acciones seleccionadas por la ley (CN, 19), como supuesto de hecho, y la exclusión de la facultad estatal de castigar a las acciones privadas de las personas en tanto no sean perjudiciales de derechos ajenos, prohíben cualquier posibilidad de criminalización de conductas expresivas de un sentido meramente autolesivo.

En razón de dicho imperativo constitucional, toda prohibición comprendida bajo el Título I en el CP argentino debe abarcar exclusivamente comportamientos con significado heterolesivo, por lo que las autolesiones no están abarcadas por el delito de lesiones.

Para explicar el concepto, Jakobs destaca que la autolesión de personas responsables, hasta la autodestrucción “no puede constituir un injusto, como tampoco puede serlo la participación en ella, ni siquiera la heterolesión con consentimiento o participación a propio riesgo del lesionado. Una lesión que no se produce por arrogación del ámbito de organización de otro, sino que, en cambio, también constituye una autoorganización de esta otra persona responsable, sólo de manera aparente vulnera algún bien personal; en realidad, se trata de una forma (más o menos habitual o inusual, pero en todo caso privada) de modelar la vida de cada uno, que no sólo puede llevarse a cabo de propia mano, sino también en el régimen de división

⁷ Fallos 328:1146.

de tareas... El injusto de los delitos contra las personas consiste en arrogarse un ámbito de organización; por consiguiente, es imposible que haya injusto cuando la persona que tiene derecho a actuar en ese ámbito de organización participa de manera imputable en la organización: en ese caso, ningún otro participante se arroga nada frente a él⁸.

La expresión con la que la ley penal define el sujeto pasivo del delito, invita también a analizar la extensión de la protección penal o de la punibilidad en estos casos, para lo cual hay que determinar *desde y hasta* cuándo se es “otro”.

En una primera aproximación, se puede decir que la protección se extiende desde el comienzo de la vida hasta el momento de la muerte. Ahora ¿cuándo comienza la vida? ¿Cuándo se produce la muerte?

El primer interrogante tiene particular importancia, pues las injerencias (lesiones) sobre el feto no están abarcadas por los tipos penales de lesiones⁹ de manera tal que son impunes.

Esta desprotección legal ha generado diversos cuestionamientos, en razón de los cuales, tanto el Anteproyecto de Código Penal de 2014 (artículo 96)¹⁰ como por el Anteproyecto de 2018 (artículo 95 al 97)¹¹ incluyeron en el Título correspondiente, las lesiones causadas al feto. Sancinetti opina, en este sentido, que la obligación de proteger la vida humana en germen y el valor intrínseco de que esa vida en germen pueda fructificar libre de injerencias arbitrarias, así como también la protección del libre desarrollo de la personalidad futura, haría imperioso introducir un tipo penal referido a conductas de lesión del nasciturus¹². Creus, por su parte, destaca la necesidad de revisar las restricciones del sujeto pasivo de las lesiones y extender la protección legal al feto¹³.

⁸ JAKOBS, Gunther, *La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte*, en *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

⁹ Donna considera que las lesiones al feto son atípicas puesto que el sujeto pasivo del delito de lesiones es el ser humano con vida independiente. Además, destaca que “cuando el legislador quiso incriminar la acción contra la persona por nacer, lo hizo expresamente a través del delito de aborto”.

¹⁰ Art. 96.-Lesión al feto. 1- Será reprimido con prisión de UNO (1) a CINCO (5) años, el que causare a un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave tara física o psíquica. 2. El que causare la lesión por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, será penado con prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o hasta CIEN (100) días de multa. 3. La mujer no será punible conforme a este artículo.

¹¹ LESIONES A LA PERSONA POR NACER. ARTICULO 95.- Se impondrá prisión de UNO (1) a CUATRO (4) años, al que causare a una persona por nacer una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en él una grave afectación física o mental.

ARTÍCULO 96.- Se impondrá prisión de SEIS (6) meses a DOS (2) años o de SEIS (6) a VEINTICUATRO (24) días multa, al que por imprudencia o negligencia, impericia en su arte o profesión, o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo causare la lesión o enfermedad del artículo 95.

ARTÍCULO 97.- Las lesiones a una persona por nacer causadas por la mujer embarazada no son punibles.

¹² SANCINETTI, Marcelo; DIAS, Leandro; y NASCIMBENE, Juan, *Introducción al delito de lesiones*, en *Transferencia de la justicia penal ordinaria en el proceso de autonomía de la CABA*, en <http://editorial.jusbaires.gob.ar/descargar/156.pdf>.

¹³ CREUS, Carlos, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, t. I, p. 79.

Desde una tesis que le da preponderancia al derecho civil, se hace coincidir el término “otro” con el de “persona” previsto en el Código Civil y Comercial. Según esta concepción se es “otro” cuando se da la completa separación de la madre y del recién nacido (algunos exigen que se corte el cordón umbilical, otros se conforman con la expulsión total del feto).

Por el contrario, quienes privilegian para interpretar el término a la ley penal alegan que es la misma ley la que aportaba un criterio cierto para la definición en la figura del infanticidio, que atenuaba el homicidio cuando la madre mata al hijo *durante el nacimiento* para preservar la honra. Afirman, en consecuencia, que se puede ser “otro” antes de que se perfeccione la separación de la madre. Para la ley penal se es persona (que se diferencia de feto) a partir del momento en el que empieza el nacimiento el cual, podemos decir, comienza cuando se da inicio al *parto*.

Se replica a esta tesis que el delito de infanticidio fue derogado, que no es válido como criterio de interpretación y que debe definirse el término a la luz de las previsiones de la ley civil¹⁴.

En nuestra opinión, la postura más convincente es la que podríamos llamar “tesis penal”. Pues es muy sólida la pauta de interpretación que aporta la figura del infanticidio -considerado por la mayoría de la doctrina un homicidio atenuado- al establecer que se puede ser “otro” aún cuando todavía el sujeto pasivo del delito no haya sido separado en forma completa del vientre materno.

En apoyo de esta posición, González Roura afirma “Cuando el feto empieza a nacer, como quien dice a cambiar de residencia, es para la ley penal algo más que una simple esperanza; es ya una vida en actividad, una vida cierta, y desde ese momento cabe el homicidio, de manera que el infanticidio no es, en definitiva, otra cosa que un homicidio calificado por la razón del móvil, el tiempo y la calidad de los agentes. Tan es así, que faltando cualquiera de estas condiciones, la calificación que corresponde es la de homicidio”¹⁵.

Además, si bien es cierto que el infanticidio no forma parte del catálogo de delitos actual, como sostiene la opinión contraria a la acá se defiende, no lo es menos que de los antecedentes parlamentarios de la ley 24.410 que lo deroga surge que “la honra” ya no tiene el mismo valor o entidad que en 1921 y que, por tanto, ya no tiene relevancia tal como para justificar la atenuación de la pena de un suceso tan grave; el bien vida es superior a la protección legal de la honra pública de una mujer¹⁶. En la exposición de motivos que acompañó al proyecto, se explica que la derogación respondió al hecho de que “los cambios sociales operados no provocaban la censura ni el repudio que otrora acarrea la maternidad

¹⁴ AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *¿Homicidio, aborto o nada?*, en La Ley, Sup. Penal 2006 (julio), 19-DJ 18/10/2006, 467.

¹⁵ GONZÁLEZ ROURA, Octavio, Derecho Penal, Parte especial, Abeledo Editor, Buenos Aires, 1925, t. III, p. 7.

¹⁶ Fundamentos del dictamen de comisión, Cámara de Senadores, sesión del día 30 de junio de 1993.

irregular”¹⁷. Sin dificultad se advierte que el fundamento de la reforma resulta ajeno a la temática en trato, pues no se hizo ninguna consideración de relevancia sobre el momento en el que se activa la protección de la ley penal (*durante el nacimiento*).

Goerner concluye, en este sentido, que la derogación del tipo penal de infanticidio -homicidio atenuado-, en modo alguno permite inferir una modificación en los restantes elementos del tipo objetivo de la figura básica -homicidio- por lo que tanto el sujeto pasivo de este delito como el de lesiones, permanece inalterado no obstante la reforma producida por la ley 23.410¹⁸.

En consecuencia, se mantiene incólume el análisis a partir del cual se sostiene que la protección de la persona, para la ley penal, comienza a partir del parto. Desde ese momento se puede ser sujeto pasivo del delito de lesiones.

Para establecer el momento de la muerte que opera como límite máximo de protección del bien jurídico, hay que remitirse a la Ley de Transplantes de Órganos, Tejidos y Células (27.447), cuyo artículo 36 reza: “El fallecimiento de una persona puede certificarse tras la confirmación del cese irreversible de las funciones circulatorias o encefálicas”. Muerte, en consecuencia, es sinónimo de muerte cerebral.

En este caso, el **sujeto pasivo es el niño**, pues es titular del bien jurídico protegido. También es la persona sobre la cual recae la acción.

Acción incriminada: es un delito de comisión que puede ser perpetrado por acción u omisión. La acción típica puede consistir tanto en causar un daño en el cuerpo o en la salud. Es un delito de resultado.

No se exige ningún medio especial de comisión del delito; es indiferente que el autor lesione con su propio cuerpo o utilice otras armas o instrumentos idóneos. Sólo son tenidos en cuenta los medios de perpetración para las figuras calificadas previstas en el art. 92.

En este caso, María toma con fuerza del cuello al niño, y le da una bofetada en la cabeza.

Resultado: el tipo requiere un resultado separado de la acción típica, una mutación física del mundo exterior separada en el tiempo y el espacio de la acción del autor (delito de resultado y de lesión). En este caso hay un resultado porque el niño presenta contusiones y hematomas en cuello y mejilla.

¹⁷ NUÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte Especial, 3ª ed. actualizada, Lerner, Córdoba, 2008, p. 19.

¹⁸ GOERNER, Gustavo, CARNOVALI, Anelise, *La delimitación del sujeto pasivo en los delitos de aborto, lesiones y homicidio*, en La Ley DJ 1998-2, 880.

Como el tipo requiere un resultado, hay que analizar si entre el resultado y la conducta de María existe una relación de causalidad y de imputación objetiva para determinar si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar a María como obra suya, pues sólo así podremos afirmar que María ha lesionado en el sentido de la ley.

2. Base de imputación.

La relación causal.

El primer presupuesto de la realización del tipo es que el autor haya causado el resultado. Para que se configure el tipo de un delito de resultado en su modalidad comisiva es imprescindible que se dé una relación de causalidad entre la acción del sujeto y el resultado.

En el desarrollo de la dogmática penal numerosas teorías abordaron la cuestión referida a la relación de causalidad.

Podría decirse que la que ha triunfado es la *teoría de la equivalencia de las condiciones*¹⁹ (*condictio sine qua non*) que postula que todas las condiciones que contribuyen al resultado son equivalentes, y todas pueden considerarse causa del resultado. Según este razonamiento, para saber si una condición contribuyó al resultado, se suprime mentalmente esa condición y si el resultado desaparece, es condición. En definitiva, se sirve de una fórmula hipotética, contrafáctica.

De acuerdo con esta teoría, el carácter de condición que el accionar de María reúne respecto del resultado dañoso provocado sobre el cuerpo de su hijo es incuestionable, pues si suprimimos la conducta de María de agarrar a su hijo del cuello y de pegarle una bofetada en la cabeza, el resultado desaparece. Por tanto, la conducta de María es causa del resultado.

Sin embargo, este vínculo causal entre la acción y el resultado (causalidad) que se ha verificado, no resulta suficiente para afirmar que María lesionó a su hijo; hay que complementar la causalidad con consideraciones normativas; analizar si hay una conexión o vínculo normativo entre la acción y el resultado.

En este sentido, enseña Roxin que la tarea de la imputación al tipo objetivo consiste, en primer lugar, en informar sobre las circunstancias que hacen de una causación una acción típica (en este caso, de una causación de hematomas y contusiones en una acción de lesiones jurídicamente relevante). Para ello hay que determinar si la acción creó un riesgo jurídicamente

¹⁹ Se critica que la teoría de la equivalencia de las condiciones falla en los llamados casos de causalidad sobredeterminada o sobrecondicionada, esto es, en casos en los que dos o más condiciones operan al mismo tiempo toda vez que, suprimida una de las condiciones, el resultado se produce igual. Se responde que son pocos los casos en los que se dan estas situaciones y que pueden corregirse utilizando excepcionalmente la teoría de la causalidad adecuada. Se le achaca también que presenta dificultades para separar, como irrelevante, las contribuciones al hecho que están muy alejadas del momento de la acción. Por ese motivo quienes parten de esta teoría restringen luego la punibilidad a los nexos relevantes jurídicamente.

desaprobado para la producción del resultado y, luego, si ese riesgo y no otro es el que se concreta en el resultado²⁰. Para ello, recurrimos a la teoría de imputación objetiva.

Teoría de la Imputación Objetiva.

La función de la teoría de la imputación objetiva es precisar los presupuestos que, en el plano del hecho objetivo, han de concurrir para que la causación natural de un determinado resultado se convierta en una acción típica según el sentido que normativamente corresponde al delito de que se trate.

De acuerdo con ella, no basta con la constatación de la relación de causalidad -como "vínculo naturalístico u ontológico"- sino que es preciso que se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que el resultado es objetivamente imputable a la acción, por mediar entre ambos un "vínculo normativo".

Desde la perspectiva de la imputación objetiva, se sostiene que un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo²¹.

La imputación al tipo objetivo, en definitiva, presupone: a) que la acción cree un riesgo no permitido o eleve el riesgo previamente existente; b) que el resultado sea la realización del riesgo desaprobado creado por la acción y c) que el resultado esté abarcado por el alcance del tipo.

a) Creación de un riesgo no permitido.

Las consecuencias provocadas causalmente deben suponer la realización de un riesgo creado por el autor y que ese riesgo se corresponda con el riesgo desaprobado por el correspondiente tipo penal²². El autor debe haberse comportado de una forma tal que en la ejecución de la acción exista una posibilidad cierta o una probabilidad de producción del resultado.

Se crea un riesgo desaprobado cuando el comportamiento, conforme a las valoraciones del ordenamiento jurídico, precisamente por el peligro inherente al mismo, no debe tener lugar con carácter general.

Sólo se puede descartar la imputación de aquellas conductas de las que ya *ex ante* puede afirmarse que reducen (disminución del riesgo) o que no elevan en modo alguno el riesgo de que el resultado se produzca. Falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de

²⁰ ROXIN, Claus, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, 2ª ed., Ed. Grijley, Lima, 2014, p. 78.

²¹ CANCIO MELIA, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p 41.

²² FRISCH, Wolfgang *La imputación objetiva del resultado*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 60.

imputación, si el autor modifica un curso causal que reduce el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.

En este caso, el comportamiento de María crea un riesgo, no desactiva ni minimiza el riesgo creado por otro.

Asimismo, cuando el autor no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable, debe descartarse la imputación al tipo objetivo. Queda abarcado en estos supuestos cualquier invitación o propuesta a realizar actividades normales de la vida social como pasear por la ciudad, subir escaleras, subir a la montaña, entre otras. Aún cuando en ocasión de tales actividades se produzca un suceso lesivo, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados inherentes a ellas, por lo que no sería imputable la causación del resultado producida por tales actividades. Destaca Roxin que como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción típicamente delictiva, aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico²³.

Una conducta que no pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, por tanto, sólo podrá acarrear por casualidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de ese modo.

En el caso en análisis, no se advierte que María haya creado un riesgo de producción del resultado que se presente *ex ante* como muy remoto o insignificante, o que permita afirmar la existencia de un **curso causal extraordinario** o completamente imprevisible, esto es, fuera de la experiencia general de vida, que conduzca a afirmar que la acción que lo genera no puede ser vista como la creación desaprobada de un riesgo, pues tomar con fuerza el cuello de un niño, o bofetearlo contra una superficie dura, son acciones que, por el contrario, usualmente pueden causar lesiones.

Riesgo permitido.

Existen conductas que, a pesar de crear importantes peligros de lesión de un bien jurídico, se encuentran socialmente admitidas o toleradas.

Este criterio nos remite simplemente a la experiencia general de la vida y ésta nos indica, por una parte, que hay una gran cantidad de formas de comportamiento a través de las cuales se somete a otras personas a distintos riesgos propios de la vida moderna y de la técnica.

El funcionamiento de aeronaves, vehículos, trenes, centrales nucleares, por ejemplo, son actividades que traen consigo cursos causales que pueden desencadenar graves consecuencias que no siempre son evitables por completo. El que aún así quienes llevan a cabo estos comportamientos o quienes lo permiten no puedan ser responsabilizados por la producción de resultados lesivos se explica por razones normativas; la creación de estos

²³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2015, p. 367.

riesgos se considera permitida por su utilidad o necesidad social, pues de no permitirse estas actividades el mundo estaría paralizado. Sin embargo, algunas actividades se encuentran reglamentadas o reguladas de algún modo para reducir los riesgos que le son propios, por lo que se toleran, pero con límites.

En esa inteligencia, los riesgos que comporta ya el propio contacto social se encuentran permitidos (riesgo permitido, riesgo general de la vida, riesgo vital).

Y en los casos de actividades riesgosas que estén sujetas a determinadas condiciones de cumplimiento, podría haber imputación cuando se haya creado un riesgo que supere el umbral de lo permitido, por ejemplo, infringiendo las normas establecidas para reducir a un mínimo tolerable el peligro que para los demás entraña una actividad peligrosa genéricamente autorizada (normas del ordenamiento jurídico, normas técnicas; regulaciones informales como las reglas de la “*lex artis*” de la medicina, o incluso estándares establecidos para la fabricación de productos).

En los ámbitos en los que no hay normas establecidas, para determinar si una conducta se encuentra dentro del riesgo permitido deberá estarse al modelo de comportamiento de una persona prudente que se desenvuelva en ese tipo de actividad.

Según este postulado, se puede afirmar que la producción de algunas lesiones (entendidas como daño en el cuerpo o daño en la salud) se encuentran adecuadas socialmente, pues quedan incluidas en el concepto de riesgo vital, siempre que se respeten los estándares establecidos por la actividad correspondiente.

Ahora, en este punto de análisis, cabe preguntarse si es correcto afirmar que la conducta de María se mantiene en el ámbito del “riesgo permitido”, atendiendo a la finalidad correctiva o educativa ensamblada al deber de los padres de cuidar y educar a sus hijos.

Previo a dar respuesta a este interrogante, me parece prudente no pasar por alto la distinción que hace Roxin al analizar la teoría de la adecuación social de Welzel²⁴, entre los casos de adecuación social como riesgo permitido (tráfico ferroviario o aéreo, competencias deportivas, etc.), en los que se excluye el tipo porque está ausente la creación de riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico o, en palabras del autor, casos en los que “la teoría general de la imputación permite obtener reglas para la limitación de la responsabilidad mucho más exactas que si planteara la cuestión de si la conducta ... es “socialmente adecuada”²⁵; de un segundo grupo (dentro del cual se encontraría el famoso caso del cartero que recibe dádivas a fin de año; o el de las injurias proferidas en la intimidad del ámbito familiar, etc), referido a la adecuación social como principio de insignificancia como máxima de interpretación típica, que excluye del tipo las acciones insignificantes y socialmente toleradas en forma general.

²⁴ Sobre la teoría de la adecuación social cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal, Parte general*, Traduc. por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 63-66.

²⁵ ROXIN, Claus, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2015, p. 295.

En lo que respecta a este segundo grupo, Roxin aprueba la conclusión de Welzel en cuanto a que en estos casos no se realiza el tipo, pero sostiene que la fundamentación de que ello obedece a la adecuación social de las conductas descriptas es demasiado inespecífica. Por ello, argumenta que lo que respalda la solución es la idea de que no es lesionado el bien jurídico protegido por el precepto legal, y es por ese motivo que no se considera el hecho como infractor de la prohibición. En esa línea argumental, la solución correcta se produce en cada caso, interpretando en forma restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido, pues así se evita el peligro de tomar decisiones por el mero sentimiento jurídico o de declarar a generalmente extendidos²⁶.

Habiendo hecho esta aclaración, volviendo al análisis del caso objeto de este trabajo, considero que no es correcto afirmar que María obró dentro de los límites del riesgo permitido.

Es cierto que en el ámbito familiar podemos encontrar acciones que formalmente realizan el tipo penal pero que, por haber sido realizadas en determinado contexto, no generan un riesgo no permitido, por ejemplo, podrían considerarse atípicos golpes o empujones que entre sí se causan padre e hijo en el contexto de un juego.

Sin embargo, ello no puede afirmarse en el caso de lesiones causadas por los padres a los hijos menores en un contexto de corrección pues no puede predicarse, en tales supuestos, que nos encontramos ante acciones útiles socialmente de modo general o global, que necesiten de la vulneración de la integridad física en el ejercicio de la actividad correctora o educativa, ni tampoco que las lesiones físicas carezcan de disvalor penal del resultado²⁷.

Por ese motivo, no es correcto sostener que el derecho de corrección está comprendido en el criterio dogmático de riesgo permitido.

Por el contrario, el ordenamiento jurídico actual -cuestión que analizaré en extenso al tratar la antijuricidad- precisamente intenta desterrar esa tolerancia social y evitar que la aceptación social generalizada de determinados comportamientos en estos ámbitos que lesionan bienes jurídicos -como la integridad física-, conduzca a su consideración como social y penalmente insignificantes.

Se puede afirmar, entonces, que María con su acción consistente en tomar del cuello y propinarle una bofetada en la cabeza al niño de diez años en el interior del baño, frente al lavatorio, creó un riesgo no cubierto por el riesgo permitido.

b) Realización del riesgo no permitido.

La imputación al tipo objetivo presupone, asimismo, que en el resultado se haya realizado el riesgo no permitido creado por el autor. No es suficiente que la conducta haya causado el resultado y que haya elevado en forma típicamente relevante el riesgo de su producción por encima de lo permitido en general. Debe darse un requisito adicional: que sea

²⁶ ROXIN, op. cit. p. 297.

²⁷ BOLDOVA PASAMAR, *¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, n 5, 2011, p. 82.

precisamente ese riesgo jurídicamente desaprobado y típicamente relevante el que se concreta en el resultado. Dicho de otra forma, que ese riesgo permita explicar la producción de ese resultado.

En este caso, el riesgo no permitido creado por María, sin dudas es el que se ha concretado en el resultado toda vez que las lesiones del niño son la consecuencia del riesgo no permitido creado por la conducta violenta de María.

c) El alcance del tipo.

Mediante esta expresión Roxin hace referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva (que se diferencia del fin de protección de la norma referido al alcance de “la norma objetiva de cuidado” de los delitos imprudentes) y sostiene que si bien con la realización de un peligro no cubierto por un riesgo permitido se da la imputación al tipo objetivo, en algunos casos la imputación puede fallar porque el fin de protección de la norma del tipo (que en este caso sería la prohibición de lesionar) no abarca resultados como los producidos²⁸. Cuando el tipo no está destinado a evitar tales sucesos, se excluye la imputación.

El caso bajo análisis no resulta problemático en este punto, pues el fin de protección de la norma del tipo penal abarca de manera palmaria el resultado producido. La madre es quien ejecuta la acción contra el hijo, que tiene de 10 años; esa acción crea un riesgo no permitido por su potencialidad para dañar la integridad física del niño -que, además, por el vínculo de parentesco que mantienen tiene el deber de proteger-; y ese riesgo no permitido -y no otro- es el que se concreta en el resultado. La norma que prohíbe lesionar procura evitar resultados como el que se ha verificado en el presente caso.

3. Tipo penal

En función de las consecuencias lesivas producidas en la víctima, la subsunción del comportamiento de María debe circunscribirse a los siguientes tipos penales:

Artículo 89: “Se impondrá prisión de un mes a un año, al que causare a otro, en el cuerpo o en la salud, un daño que no esté previsto en otra disposición de este Código”²⁹.

Artículo 92: “Si concurriere alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 80 la pena será: en el caso del art. 89, de seis meses a dos años...”.

²⁸ ROXIN, Claus, *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*, 2ª ed., 2ª reimpr., Ed. Grijley, Lima, 2014, p.125.

²⁹ Precedente.

Proyecto de 1906. El delito de lesiones tiene (en el Código de 1886) como *mínimum* seis meses de arresto y esta pena tiene que ser forzosamente aplicada, cualesquiera que sean el número y calidad de las atenuantes y aunque se trate de una contusión levísima. La comisión tiene, acerca de esta penalidad, el juicio de muchos funcionarios judiciales y ninguno discrepa en cuanto a la necesidad de disminuirla a términos más moderados. Si este mismo delito de lesiones es cometido por un marido contra su mujer, la pena no baja hoy de un año de prisión, y no son pocos los casos en que un simple golpe de puño entre marido y mujer ha dado lugar a la aplicación de esta pena.

Lesiones leves. Artículo 89 CP.

La figura en trato contiene dos conceptos distintos pero equivalentes por cuanto cualquiera de ellos es suficiente para configurar el delito: consiste en un *daño en el cuerpo* o en un *daño en la salud*. Esta equiparación de los dos tipos resulta de la propia definición legal del artículo 89 del Código Penal.

No obstante, en ambas formas de daño se exige que se trate de algún género de daño en el cuerpo o en la salud *que no esté previsto en otra disposición*.

Es una figura residual que queda excluida, por especialidad, por las lesiones graves y gravísimas (art. 90 y 91 del Código Penal) y por cualquier otro delito cuya acción contenga un daño en el cuerpo o en la salud.

a) Acción típica.

Lesiona el que causa un daño en el cuerpo o en la salud de otro. Es un delito de lesión y de resultado material.

La tipicidad abarca cualquiera de las dos modalidades, aunque suele ocurrir que el mismo hecho importe simultáneamente un daño en el cuerpo y en la salud del sujeto pasivo.

Daño en el cuerpo es toda alteración en la estructura física del organismo, que afecta la anatomía del cuerpo humano. Soler entiende que hay daño en el cuerpo toda vez que se destruya la integridad del cuerpo o la arquitectura y correlación de los órganos y tejidos. Para este autor lo que la ley protege es la integridad anatómica del organismo como tal, por lo que es indistinto que se ocasione o no dolor³⁰.

Donna señala que puede tratarse de lesiones internas (ruptura de órganos o tejidos internos) o externas (cortaduras visibles, quemaduras, mutilaciones, etc.). Coincide con Soler al decir que para que el hecho constituya lesión no es necesario que el sujeto pasivo sienta dolor, así como tampoco es necesaria la emanación de sangre. En cambio, sí es necesario que el hecho deje secuelas de cierta duración en el organismo de la víctima³¹.

Para Nuñez, el daño en el cuerpo exige una alteración en la incolumidad estructural de la persona sin atender a las consecuencias producidas, siempre que recaiga en una parte susceptible de *afectar la eficacia de su actividad vital*. Sostiene que la disposición legal viene a velar por la vitalidad de las personas y en tanto ello es así, ninguna alteración que no afecte esa vitalidad, podrá constituir daño. En su opinión, una alteración corporal puede presentarse desde un punto de vista médico como una contusión, excoiación, herida, mutilación, fractura, etc. Pero considera que la vitalidad de las personas no puede ser afectada por alteraciones de partes físicas naturalmente destinadas a ser cortadas en favor de esa vitalidad como ocurre

³⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed. Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1987, t.3, p. 118-119.

³¹ DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 263.

con los cabellos, la barba, el pelo o las uñas, por lo que únicamente constituirá lesión el daño que produce la pérdida o que afecta la esencia normal de estas partes³².

Fontán Balestra define el concepto como cualquier modificación, más o menos duradera, en el organismo de la víctima. Refiere que es un concepto anatómico que abarca también el caso de modificaciones plásticas. La lesión puede ser interna o externa y no tiene importancia que sea o no apreciable exteriormente. Remarca que la modificación debe ser más o menos duradera, motivo por el cual quedan excluidas de la figura una torcedura o una presión violenta, pues una vez que cesa la fuerza que las provoca, vuelven a su estado normal. No se requiere que haya emanación de sangre o que se experimente dolor³³.

Creus señala que daño en el cuerpo es toda alteración en la estructura interna o externa del sujeto pasivo, sea por una extirpación de parte de esa estructura, destrucción de tejidos, cambio de conformaciones o de pigmentaciones. No se exige que redunde en un perjuicio estructural o funcional de la víctima; aún cuando lo favorezca configurará el delito, pues cada persona tiene derecho a conservar su estructura corporal, aún cuando defectuosa, como objeto de la protección. En su opinión, cualquier parte del cuerpo del cuerpo desempeña una actividad vital y su afectación constituye lesión, incluso el pelo y las uñas, por lo que sostiene que la distinción que hace Nuñez al respecto le parece ociosa³⁴.

La expresión ***Daño en la salud***, no repara en la anatomía humana, sino que contempla la fisiología, el equilibrio funcional del organismo. Es toda alteración en el funcionamiento del organismo de la persona y se refiere al aspecto fisiológico de la persona.

Existirá el delito de lesiones por daño en la salud, tanto si se contagia una enfermedad, o se causa fiebre, como si se provocan vómitos o diarrea, mientras la alteración de las funciones fisiológicas sean prolongadas o relativamente durables, pues sólo así podrá invocarse que se ha causado un daño en la salud.

Soler define la salud como un estado de equilibrio que comprende tanto la salud del cuerpo como la salud mental, por lo que la alteración del psiquismo constituye también delito de lesiones en tanto se trate de una alteración patológica durable o relativamente pasajera, como el desmayo³⁵.

Con relación al daño psíquico, Donna sostiene que no sólo se incluyen los casos en que se causa una enfermedad a la víctima, sino también cuando se la afecta psicológicamente. Sin

³² NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., 2ª reimpression, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 1988, t. III, vol. I, p.186-187.

³³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed. actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 91.

³⁴ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 76.

³⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed. Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 119-120.

embargo, para el autor, el mero agravio moral sufrido queda excluido de la figura, pues debe haber un real daño psíquico sobre el damnificado³⁶.

b) Sujetos.

Sujeto Activo: Es un delito común, que no exige cualidades especiales en el autor. Puede ser cualquier persona, pero debe tratarse de un ser humano distinto del que sufre la lesión.

El art. 92 prevé mayor pena por razones de parentesco, esto es, cuando el delito se comete contra un ascendiente, descendiente o cónyuge.

Toda vez que María es la madre del niño, debe aplicarse la agravante contenida en el artículo 92 del CP, en función de lo previsto en el inciso 1 del 80 del citado cuerpo normativo, dada la calidad de ascendiente que media entre la autora y el damnificado.

Sujeto Pasivo: Debe ser una persona nacida y obviamente debe tratarse de un sujeto con vida. En este caso es el hijo de María.

c) Importancia del daño. Teoría de la insignificancia.

La ley sólo exige la causación de un daño en el cuerpo o en la salud, sin referirse a la medida o entidad del daño.

Ello ha suscitado controversias en doctrina y jurisprudencia al responder si los daños al cuerpo o a la salud muy leves, como, por ejemplo, un rasguño, o una ligera equimosis, quedan abarcados por la figura.

Soler entiende que, en principio, no puede negarse que sea lesión cualquier daño en el cuerpo o en la salud, por leve que sea³⁷.

Fontán Balestra coincide al sostener que, del modo como está redactado el artículo 89 del CP, cualquier daño, por leve que sea, está comprendido en la figura de lesiones³⁸.

Levene expone que en ocasión de sancionarse la ley 13.569 (Proyecto Coll Gómez), el 21 de septiembre de 1948, su art. 2 establecía que "*La lesión producida sin uso de arma, que no ocasionara otra consecuencia que la de incapacitar a la víctima para sus ocupaciones habituales por un término que no exceda de tres días y que cure espontáneamente, no está sometida a sanción*" en miras a exculpar los casos de "lesiones levísimas". Sin embargo, el Poder Ejecutivo, el 13 de octubre de 1949, vetó especialmente esta disposición legal, por lo

³⁶ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. I, 2008, p. 265.

³⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed. Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1987, p.125.

³⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed. actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 92.

que ya no puede haber ninguna duda en cuanto a que, por más leve que sea la lesión, entra en la categoría de lesión leve³⁹.

Donna⁴⁰, opina que por más mínima que sea la lesión es indudable que en alguna medida el bien jurídico ha sido vulnerado; la acción viola la norma y mínimamente lesiona la integridad física de la víctima, por lo que tales casos quedan comprendidos en la figura en trato.

Otro sector de la doctrina recurre a la **teoría de la insignificancia**, que exige cierta gravedad o entidad en la afectación del bien para que una conducta sea considerada delito.

Se sostiene, desde esta posición, que la lesión debe reunir ciertos requisitos mínimos de intensidad o permanencia, negando que la conducta se adecúe a la descripción de la figura.

Virgolini⁴¹, ha publicado un reconocido trabajo en el que aborda puntualmente este tema y allí destaca la importancia del juicio de tipicidad en sus dos niveles. En el primero, se determina si el hecho en sí satisface formalmente la descripción típica; y en el segundo nivel, se pondera la afectación efectiva y suficiente del bien jurídico, decisiva dentro del derecho penal.

El autor señala que, en casos insignificantes desde el primer nivel de análisis, el texto legal del art. 89 del CP no parece ser insuficientemente descriptivo al individualizar la conducta prohibida y que, según la descripción de la conducta prohibida que ofrece, la producción de, por ejemplo, contusiones y excoriaciones, aún superficiales, satisfacen el concepto formal de *daño en el cuerpo* propio del resultado típico del delito de lesiones. Por ello, en principio, tal conducta se encuentra abarcada en la prohibición.

Pero destaca que en el segundo nivel del juicio de tipicidad es donde puede advertirse el déficit; o sea, en el análisis de la afectación efectiva y suficiente del bien jurídico, cuya relevancia deviene palmaria a la luz de lo normado en el art. 19 de la Constitución Nacional, que impone que cualquier tipo de injerencia estatal supone un daño al bien jurídico⁴². Afirma que la finalidad de la legislación penal no es sancionar la violación pura de los deberes jurídicos sino proveer a la seguridad jurídica; se busca otorgar protección penal a ciertos bienes jurídicos cuando la tutela que le otorgan otras ramas del derecho es insuficiente o inadecuada (*ultima ratio*).

Comparte la visión de Zaffaroni, al decir que este segundo paso en el juicio de tipicidad apunta a determinar si la conducta es antinormativa, o sea, a definir si por lesionar

³⁹ LEVENE, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Víctor de Zavallia Editor, Buenos Aires, 1978, p. 113.

⁴⁰ DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. I, p.284.

⁴¹ VIRGOLINI, Julio, *Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia*, en DOCTRINA PENAL, Año 8, número 29,1985, p. 119-129.

⁴² En este sentido, una correcta interpretación del artículo 19 de la CN lleva al reconocimiento de la vigencia del bien jurídico en la elaboración de los tipos penales, excluyendo la intervención del poder estatal de juzgar las acciones que “de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”. Debe reconocerse entonces que el bien jurídico cumple una función garantizadora como principio implícito en la Ley Fundamental. Asimismo, la norma excluye la facultad estatal de castigar las acciones privadas de las personas, en tanto no sean perjudiciales de derechos ajenos.

efectivamente un bien jurídico estamos en presencia de una conducta prohibida. Desde este enfoque, el análisis de antinormatividad supone corregir el alcance del ámbito de prohibición. De este modo, en los casos de afectación insignificante del bien jurídico se excluye del ámbito de prohibición a aquellas conductas que sólo producen una mínima lesión del bien jurídico, porque la finalidad general del orden normativo, por razones de seguridad jurídica, únicamente prohíbe y previene conductas socialmente intolerables; y lo son las que tienen una cierta entidad mínima en el menoscabo del interés jurídico.

Se explica en el trabajo que esta razón de seguridad jurídica surge ante la inseguridad que crea la imposición de sanciones penales por conductas que, por su nimiedad, parecen inmerecedoras de tan grave consecuencia. Corresponde determinar, entonces, la cuantía de afectación del bien jurídico tutelado en cada caso para que la reacción penal no sea injusta, preservando de este modo el sentimiento público de seguridad. Para ello postula, como criterio objetivo de valoración, la evaluación de la proporcionalidad de la pena conminada a la conducta o al resultado producido. Se trata de establecer si la pena aparece manifiestamente excesiva y rigurosa atendiendo a la cuantía del daño producido.

Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar, en consonancia con la teoría de la tipicidad conglobante que defienden, sostienen que no son típicas las afectaciones insignificantes al bien jurídico. Afirman, en este sentido, que “los casos de lesiones insignificantes de bienes jurídicos fueron relevados como atípicos por Welzel, conforme a su teoría de la adecuación social de la conducta. Posteriormente, el viejo principio de *minima non curat Praetor*, sirvió de base para el enunciado moderno del llamado principio de insignificancia o de bagatela según el cual las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva. La consideración conglobada de las normas que se deducen de los tipos penales, es decir, su análisis conjunto, muestra que tienden en general, como dato de menor irracionalidad, a prohibir conductas que provocan conflictos de cierta gravedad. No se trata sólo de una manifestación del principio de ultima ratio, sino del propio principio republicano del que se deriva directamente el principio de proporcionalidad, como demanda de cierta relación entre la lesión al bien jurídico y la punición”⁴³.

Este punto de vista es criticado por Donna, quien sostiene que la teoría de la insignificancia es contradictoria. Según el autor, la afectación al bien jurídico existe o no existe; se da o no se da; no hay “medias tintas”. Por más mínima que sean la lesión es indudable que en alguna medida el bien jurídico ha sido vulnerado. La solución que propone para casos extremos en los que la lesión provocada sea realmente insignificante, sería invocar el principio

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.

de razonabilidad (CN, 28) y declarar inconstitucional la pena en ese caso concreto por no guardar relación con la gravedad del hecho⁴⁴.

En consonancia con la postura de Zaffaroni, el Anteproyecto de Código Penal de 2014 prevé una causal de exención de pena en el artículo 19.1 que establece “Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes”.

Creo que, en este caso, la discusión carece de sentido, toda vez que contusiones, sangrado nasal, hematomas en cara y cuello en un niño de diez años, no pueden definirse como “insignificantes”. El tipo básico castiga todo “daño que no esté previsto en otra disposición de este código” y, tal como lo indica su denominación, abarca lesiones de carácter leve, como lo son las constatadas en el niño -que demandan para su curación un lapso de tres días, sin impedimento para sus ocupaciones habituales-.

En efecto, el enunciado informa que el niño, al examen médico, presenta “contusiones” y “hematomas” en cuello (zona muy sensible del cuerpo, más en un niño de diez años) y mejilla. Además, se menciona que hubo sangrado de nariz, cuyos rastros fueron advertidos por el tutor quien, alarmado por las marcas que observó en el pequeño, lo condujo a la Dirección del Centro, lugar desde donde después fue trasladado a un Centro de Salud. Ciertamente todo ese despliegue no hubiera tenido lugar si el tutor hubiera notado en el niño, por ejemplo, una mera descamación epitelial o un pequeño raspón.

En esa inteligencia, se entiende que dichas lesiones, aún cuando por el tiempo de curación pueda considerarse que no revisten mayor importancia o entidad, entrañan alteraciones en la anatomía definidas como *daño en el cuerpo* en la figura básica del delito. Resaltamos que el legislador en su oportunidad (Proyecto Coll) ha intentado eliminar este tipo de “lesiones más leves” dentro de la categoría en razón del tiempo de curación, pero sin éxito, lo cual conduce a afirmar que son, por tanto, típicas.

III. TIPO SUBJETIVO.

En este nivel, el caso presenta un problema, pues no hay ninguna duda de que María realiza voluntariamente la acción y que en el momento del hecho comprende perfectamente la relación causal del suceso. Pero no menos cierto resulta que el resultado no fue específicamente buscado por ella. ¿María obró con dolo eventual o estamos frente a un caso de imprudencia? ¿Cómo se distingue el dolo eventual de la culpa consciente?

⁴⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 283-286.

Para dar respuesta a estos interrogantes considero oportuno hacer una breve reseña de la discusión doctrinaria actual sobre la conceptualización del dolo.

1. Delimitación entre el dolo y la imprudencia.

Se pueden reconocer tres posiciones dominantes en la dogmática moderna sobre el tema. Cada una de ellas parte de un concepto diferente de dolo y, por lo tanto, diferencia de manera distinta el dolo de la imprudencia.

a) Teorías de la voluntad.

Según las teorías de la voluntad⁴⁵, el dolo, en cualquiera de sus formas, se define como la voluntad de realización de un tipo penal con el conocimiento de todas sus circunstancias fácticas; supone un “saber y querer la realización del tipo”. Para esta concepción, es a partir de la voluntad propia del dolo que se puede diferenciar el dolo de la imprudencia; obviamente para que haya voluntad, tiene que haber conocimiento.

El dolo está integrado, por tanto, por dos elementos. El primero de ellos es el conocimiento de los presupuestos objetivos del tipo. Para determinar qué es lo que debe conocer el autor se deben analizar los elementos del tipo penal.

El segundo elemento del dolo es la voluntad, que no se reduce a un mero querer o tener la intención subjetiva de provocar determinado resultado; es un elemento que tiene un contenido objetivo importante, pues es sinónimo de “dominabilidad objetiva”. En este sentido, se afirma que la voluntad busca un resultado a través de la dominabilidad causal, esto es, procura dirigir la causalidad hacia un determinado resultado.

La forma básica de dolo, la que mejor refleja los postulados de las teorías de la voluntad, es el dolo directo. Las otras formas de dolo se presentan como una forma reducida o imperfecta de dolo (voluntad disminuida)⁴⁶.

El dolo eventual, en las concepciones más modernas de las teorías de la voluntad requiere conocimiento de la posibilidad de que ocurra el resultado y, además, un elemento de la voluntad: exige que el autor se resigne o conforme frente al riesgo de producción del resultado creado con su conducta. El autor, en estos casos, quiere concretar su plan a pesar del riesgo de que se produzca el resultado.

El criterio dogmático para diferenciar el dolo eventual de la imprudencia consciente, el elemento clave para la diferenciación, radica en la confianza de la evitación del riesgo.

Cuando el autor se representa el riesgo de producción del resultado y, no obstante, lleva a cabo su conducta sin confiar especialmente en su evitación, nos encontramos frente a un autor que obra con dolo. Si confía en su evitación se tratará de un autor imprudente.

⁴⁵ WELZEL, *Derecho Penal...* p. 73 y ss; ROXIN, *Derecho Penal...* t. I, p. 412 y ss; WESSELS... *Derecho Penal...* p. 131 y ss, CEREZO MIR, *Derecho Penal...* p. 430 y ss.

⁴⁶ ESER, Albin; BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal*. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Colex, Madrid, 1995, p.160.

Ahora, la confianza de evitación del riesgo, según estos autores, no debe entenderse como confianza subjetiva sino como confianza normativa. Roxin sostiene que debe tratarse de una confianza *objetivamente racional* y en este sentido expresa “Mediante la ponderación general y racionalmente controlada de los indicios que apuntan en favor de tomar en serio el peligro o de la confianza en la no producción de la lesión del bien jurídico se sustrae esta doctrina a la arbitrariedad de la que recelan sus críticos”⁴⁷.

Otros autores, partiendo de la concepción de la teoría de la acción de evitación de Armin Kaufmann⁴⁸, sostienen que hay confianza en la evitación del riesgo sólo cuando hay una auténtica voluntad de evitación, cuando el autor atribuye a su propia dominabilidad la evitación del resultado.

Hassemer señala que el dolo es decisión a favor del injusto. Los elementos externos que caracterizan el dolo se ordenan en tres secuencias: el peligro de la situación para el bien jurídico (secuencia externa), la representación del autor sobre este peligro (secuencia interna) y su decisión a favor de la realización del mismo (secuencia interna). Estos son los pasos que conducen sistemáticamente hacia una imputación subjetiva. Sólo la situación de peligro contiene datos observables por lo que las otras dos secuencias deben deducirse de indicadores o elementos externos de caracterización. En este sentido, expresa que quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión; este conocimiento permite deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico⁴⁹.

b) Teorías del conocimiento.

Una segunda concepción dogmática está representada por las llamadas teorías del conocimiento⁵⁰, que defienden la idea del dolo como conocimiento. Estas teorías prescinden del elemento volitivo del dolo. La diferencia entre dolo e imprudencia, entonces, pasa exclusivamente por el elemento cognoscitivo.

En sus versiones más modernas, las teorías del conocimiento se relacionan con la teoría de la imputación objetiva. Conforme esta última se afirma que, en los delitos de resultado, el tipo objetivo se configura básicamente con la creación o incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado, y luego se exige que ese riesgo se concrete en el resultado. Consecuentemente,

⁴⁷ ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2015, p. 447.

⁴⁸ Kaufmann busca un criterio adicional que defina lo doloso y lo halla en la ausencia de voluntad de evitación. Postula de este modo que, si el dolo implica voluntad de realización, éste no concurrirá cuando el sujeto actúe con el propósito de evitar dicha realización (en RAGÜES I. VALLÉS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, p.110).

⁴⁹ HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, trad. Española de María del Mar Pita, en *Anuarios de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 912, publicado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46378.pdf>

⁵⁰ JAKOBS, *Derecho Penal...*, p. 308 y ss.

el dolo se define como el conocimiento serio del autor del riesgo que genera con su conducta. Si el autor se representa seriamente el riesgo de su conducta, actuará con dolo; caso contrario se tratará de un obrar imprudente.

La diferencia entre dolo eventual e imprudencia, para estas teorías, reposa en la representación seria de producción del resultado por parte del autor.

La forma básica de dolo, a diferencia de la de las teorías de la voluntad, ya no es el dolo directo sino el dolo eventual. El dolo directo o indirecto constituyen formas especiales de dolo exigibles cuando el delito requiere alguna modalidad de dolo en particular (por ej. en el delito de estafa, en el femicidio vinculado, en el homicidio *criminis causa*, etc.).

c) Teorías normativas.

Por último, la tercera conceptualización de dolo la aportan las teorías normativas u objetivas del dolo, según las cuales es decisivo establecer ciertos estándares normativos para diferenciar el dolo de la imprudencia. La nota distintiva de estas teorías es la de proponer que el dolo deje de ser un problema psicológico, subjetivo, o interno del autor y fijar criterios normativos para establecer la diferencia entre el dolo y la imprudencia.

Desde este enfoque, se sostiene que hay que abandonar la concepción psicológica interna del dolo, pues no se trata de analizar lo que el autor quiso o se representó porque es imposible de demostrar en la práctica; el dolo no se puede demostrar empíricamente.

Según estas teorías, el dolo es un criterio de imputación normativa. La determinación de su existencia no depende de lo que el autor quiere o conoce, sino del derecho. En esa inteligencia, hay que establecer estándares normativos que permitan diferenciar racionalmente el dolo de la imprudencia.

Puppe afirma, en este sentido, que no es el autor quien decide si hay o no hay dolo en razón de lo que quiere o se representa en el hecho. Para la autora, el dolo es una forma de imputación que queda fuera del mundo del ser; no es algo empírico que pueda ser objeto de demostración, sino que es una forma de imputación penal, por lo que es el orden jurídico -es el Estado- el que lo define⁵¹.

Para diferenciar entre dolo e imprudencia debe abandonarse el análisis de lo que el autor quiso o conoció. No hay que reparar en la subjetividad del autor sino en diferenciar, mediante estándares objetivos, si nos encontramos normativamente ante un *riesgo propio de dolo* o a un *riesgo propio de imprudencia*.

Se entenderá que habrá *riesgo propio de dolo* cuando se trate de un riesgo objetivamente descubierto.

Habrá *riesgo objetivamente descubierto* cuando, en función de sus características, objetivamente no haya razones para confiar que con ese riesgo generado no se produzca el

⁵¹ PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 91.

resultado; cuando no haya objetivamente razones para considerar que con ese riesgo pueda evitarse el resultado.

El riesgo será propio de imprudencia cuando se trate de un *riesgo objetivamente cubierto*, y lo será cuando haya razones objetivas para confiar o pensar que no se producirá el resultado.

Puppe habla de *riesgos intrínsecamente idóneos o no idóneos* para provocar el resultado, y afirma que será doloso cuando en sí mismo considerado sea especialmente idóneo para provocar el resultado y será imprudente cuando no sea especialmente idóneo para causar el resultado⁵².

En resumen, según las teorías normativas, un riesgo será doloso cuando según la experiencia media de nuestra época no haya razones para pensar que con ese riesgo no se producirá el resultado. Si es razonable pensar que con ese riesgo no se producirá el resultado será imprudente.

El dolo, en consecuencia, supone la realización consciente de un riesgo doloso y la imprudencia, la realización de un riesgo imprudente, o sea, un riesgo que no es propio de dolo.

Si bien estas posiciones se definen como objetivas, en su mayoría no lo son en forma absoluta, pues si el sujeto debe representarse o saber que está llevando a cabo la acción que normativamente se entiende propia de riesgo doloso; si la imputación a título de dolo exige que el autor sea consciente de las características de su accionar, que son las que normativamente permiten encuadrar ese actuar en un riesgo propio de dolo y no en uno propio imprudencia, no se prescinde en forma absoluta del componente subjetivo.

Los representantes de las teorías normativas creen que este criterio de diferenciación es más racional que las otras propuestas dogmáticas coexistentes en las que el juez, para probar el dolo, tiene que interpretar qué pensó o qué quiso el autor, lo cual es terreno fértil para la arbitrariedad.

Para evitar los problemas que genera la prueba del dolo en el proceso penal, cuando el juez acude a criterios subjetivos o psicológicos difíciles de probar, Ragüés⁵³ elabora criterios normativos. Parte de la idea de que para definir el dolo debe atenderse a las condiciones de aplicabilidad del concepto, lo cual demanda ahondar en los criterios que deben emplearse en el proceso para determinar cuándo un sujeto ha actuado con los conocimientos requeridos por la imputación dolosa. Entiende que hacer depender la determinación procesal del dolo de la averiguación de determinados datos psíquicos presentes en el momento del hecho típico, prácticamente anula la posibilidad de condena por delito doloso, porque es difícil probar la realidad psíquica del autor en el momento del hecho.

⁵² PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.

⁵³ RAGÜÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1999.

Tampoco soluciona el problema que dependa de la convicción a la que arribe el juez sobre los conocimientos del autor, pues también en este caso se establece como criterio decisivo un factor subjetivo o irracional, que podría generar varias soluciones en un mismo caso, según sea el magistrado que lo juzgue. Además, alerta que puede darse alguna divergencia entre el suceso probado y el que realmente ocurrió, dando lugar a un riesgo de instrumentalización del acusado.

Por tanto, propone una solución que hace depender la determinación procesal del conocimiento exigido por el dolo, del significado social de una conducta y de las circunstancias que la acompañan⁵⁴, y elabora criterios para la atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento. Para ello, afirma que “existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal”⁵⁵.

El autor postula los siguientes criterios en los que, desde un punto de vista social, debe basarse la correcta atribución a una persona de un determinado grado de conocimiento:

- 1) la condición de imputable lleva a atribuir al autor todos los conocimientos cuya falta sólo se explica por sufrir alguna perturbación psíquica o sensorial configurativa de una causal de inimputabilidad. Por esta vía se imputan los “conocimientos mínimos en sentido estricto”.
- 2) El hecho de que una persona haya sido normalmente socializada permite la imputación de todos los conocimientos cuya ausencia sólo se explica en personas sustraídas del contacto con la civilización occidental. Se imputan por esa vía los “conocimientos mínimos en sentido amplio”.
- 3) Si se acredita que, a la persona, con anterioridad al suceso objetivamente típico, se le transmitieron determinados conocimientos (“transmisión previa”), éstos le serán atribuidos en el momento de la realización del hecho, si por la entidad de tales conocimientos y/o el breve lapso temporal entre la transmisión de éstos y la realización típica, no es posible asumir que el sujeto haya dejado de tener dichos conocimientos en el último momento. De igual modo ocurre cuando es el sujeto el que, antes del suceso, exterioriza que cuenta con ciertos conocimientos (“exteriorización previa”).
- 4) Las “exteriorizaciones de conocimientos” llevadas a cabo por el individuo durante o después de la ejecución de un comportamiento objetivamente típico (“exteriorizaciones simultáneas o posteriores”) sólo sirven para imputarle tales conocimientos cuando el hecho de haber contado con ellos le perjudique.
- 5) Se imputará a quien tenga determinadas “características personales” o “posiciones sociales” todos los conocimientos cuya ausencia sería impensable, desde el punto de vista social, en quien reuniera esa condición.

⁵⁴ RAGÜÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, p.520.

⁵⁵ RAGÜÉS I VALLES, op. cit., p. 521.

6) Para poder imputar a un sujeto el “conocimiento situacional” es necesario que pueda probarse que los factores objetivos de la situación se encontraban ubicados espacialmente en forma tal que el sujeto necesariamente tuvo que aprehender con sus sentidos su existencia y ubicación.

7) Cuando un sujeto ha llevado a cabo una “conducta especialmente apta” para producir un determinado resultado lesivo, conoce la peligrosidad genérica de tal conducta, y cuenta con un perfecto “conocimiento situacional”, debe atribuírsele el conocimiento de que su conducta era apta para producir el resultado, y procede afirmar su dolo respecto al resultado.

8) Cuando el sujeto realiza una “conducta arriesgada neutra” para producir el resultado, sólo corresponde imputarle el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de una conducta si, conociendo en abstracto su peligrosidad, contando con “conocimiento situacional”, concurre alguna de estas circunstancias: a) exteriorizó durante o después de actuar, haber sido consciente de la aptitud lesiva de la conducta cuando la realizaba; b) en el momento del hecho percibió signos inequívocos de que era próxima la producción del resultado y, a pesar de ello, siguió adelante con la ejecución; c) la forma en la que ocurrió el hecho torna impensable que no haya integrado los factores que conocía aisladamente en un juicio de concreta aptitud lesiva⁵⁶.

Habiendo resumido las principales doctrinas sobre el dolo y posicionados en las teorías de la voluntad, tenemos que verificar, en primer término, si María al actuar, se representó la posibilidad de lesionar, esto es, si se representó que, al tomar con fuerza del cuello a su hijo y luego darle una bofetada en la cabeza, podía lesionarlo.

En este sentido, es posible afirmar que María, en el momento del hecho, tuvo consciencia del riesgo que generaba el apretar o presionar con la mano el cuello del niño porque como madre sabe que es una zona del cuerpo sensible a esa edad; tiene conocimiento de que la anatomía de un niño de 10 años es más vulnerable, la piel es más frágil, por lo que presionarla con fuerza puede provocar daños en la zona, entre ellos, hematomas como los que se presentaron.

Además, fue consciente de que se encontraba en el interior de un baño y de que su hijo, cuando le propina la bofetada, estaba posicionado con su cara enfrentada al lavabo, que es una estructura sólida y rígida, por lo que un choque contra la misma podía lastimar. También sabía que, con la bofetada en la cabeza, por la fuerza que imprime el golpe y su dirección, la cabeza se desplazaría hacia adelante y que la cara de su hijo impactaría contra el lavabo. María, entonces, se representó el riesgo (primer elemento del dolo).

En segundo lugar, debe analizarse si María se conformó o resignó frente a ese riesgo, para lo cual habrá que establecer si María confió racionalmente en la evitación del riesgo, pues

⁵⁶ RAGÜÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1999, p.521-523

la confianza en la evitación del riesgo es el elemento clave en la diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente.

En este sentido debe afirmarse que María, se conformó o resignó frente al riesgo de producción del resultado lesivo pues no podía pensar racionalmente que dar una bofetada a un niño posicionado frente a un lavabo no iba a provocar que se golpeará la cara contra el mismo, del mismo modo que no podía asumir que una fuerte presión en el cuello de un pequeño no podía generar un daño a la integridad física como el causado.

De este modo, se dan los dos elementos del dolo (dolo eventual) lo que lleva a afirmar que María actuó con dolo eventual.

Al mismo resultado se llega analizando el caso por las otras dos teorías, sólo que por distintos fundamentos.

Es posible, entonces, afirmar la coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, y por lo tanto afirmar la tipicidad. María resulta ser autora de una acción típica, tipificada en el artículo 89 del Código Penal.

IV. ANTIJURICIDAD.

Comprobado que la acción de María es típica, no podemos ya concluir que es “ilícita”; resta determinar si no existe algún “permiso” que impida que tenga lugar la ilicitud. Pues una conducta típica es antijurídica, si no hay una causa de justificación que excluya la antijuricidad.

En el presente caso, tomando en cuenta las circunstancias del hecho, y el vínculo de parentesco de quienes lo protagonizaron, corresponde analizar si la conducta de María se encuentra amparada hoy por el orden jurídico pues, históricamente, este tipo de comportamientos fueron legitimados al reconocerse a los progenitores el *derecho de corrección* respecto a los hijos, que opera como causa exonerativa de responsabilidad por las lesiones producidas. En concreto, hay que determinar si la acción típica verificada, se encuentra amparada por la causal prevista en el **artículo 34, inciso 4, del CP, que excluye la antijuricidad de la conducta cuando el autor obrare “en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su derecho, autoridad o cargo”**.

Se trata de una causa de justificación abierta que remite a todo el ordenamiento jurídico, de modo que lo relevante aquí es analizar cuáles son los estándares que rigen en el ejercicio del derecho correspondiente, en particular, el llamado “derecho de corrección” de los padres.

Para dar respuesta a esta cuestión, considero necesario analizar el derecho vigente y su trasfondo histórico.

1. El derecho de corrección en el derecho civil argentino.

El Código Civil sancionado en 1871 en el art. 264 disponía que “*La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos*”

legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”, consagrando, en el plano legal, la autoridad marital representada por el marido como “dueño” de su mujer e hijos legítimos. La mujer es considerada una incapaz de hecho, la madre no tiene el ejercicio de la patria potestad y los niños/as no son considerados sujetos de derechos.

En consonancia con esa superioridad masculina propia de la tradición patriarcal arraigada a nuestra ley civil, el art. 278 consagraba el poder de corrección parental al prescribir *“Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres”*.

En 1919, la ley 10.903, presentada por el diputado Agote, modificó el art. 264 del Código Civil y redefinió la patria potestad al disponer que *“es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no se hayan emancipado. El ejercicio de la patria potestad de los hijos corresponde al padre; y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla, a la madre. El ejercicio de la patria potestad del hijo natural corresponde a la madre o al que reconozca al hijo o a aquel que haya sido declarado su padre o su madre”*. En la nueva redacción, se nota que la ley incluye la noción de obligaciones al hablar de patria potestad y, también, se suprime la referencia a los hijos legítimos.

Durante la vigencia de la conocida como “Ley de Patronato” o “Ley Agote”, el art. 278 mantuvo el texto original y, con ello, la facultad de corrección de los padres.

En 1985, la ley 23.264 reformuló el régimen jurídico de las relaciones paterno-materno filiales y el concepto de patria potestad (art. 264), que pasó a definir como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”*.

El art. 278 también fue alcanzado por la reforma -que procura limitar el poder de corrección parental hasta entonces establecido- y, en su nueva redacción, pasa a disponer que *“Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deben resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes, si correspondieren”*.

Finalmente, a partir de 2014 nos rige el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994), que trae modificaciones representativas de un verdadero cambio de paradigma en el ámbito de las relaciones de familia.

En particular, el art. 638 conceptualiza la responsabilidad parental, que pasa a definirse como *“el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la*

persona y bienes del hijo para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

Se abandona, de este modo, el concepto de patria potestad acuñado en la normativa derogada reemplazándolo por una denominación que da cuenta de los cambios operados en la relación entre padres e hijos, sobre todo con la incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque constitucional (CN, 75, inc. 22), que reconoce al niño o niña como verdadero sujeto de derechos.

Sin dudas, el documento más importante en la materia es la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁷ (CDN) que reconoce expresamente a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho, y que obliga a los Estados parte adoptar *“todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”* (artículo 19).

Asimismo, una acabada aplicación de los imperativos de la Convención impone que los derechos, principios y garantías que contempla, sean integrados con la restante normativa interna e internacional vigente, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵⁸; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH Pacto San José de Costa Rica)⁵⁹; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶¹; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶²; la ley 24.419 de Protección contra la Violencia Familiar⁶³; la ley 26.061⁶⁴ de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las

⁵⁷ Aprobada por ley 23.849 (Sanc. 27/9/1990; prom 16/10/1990, B.O. 22/10/1990).

⁵⁸ Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Art. 1 *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*; Art. 3 *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*.

⁵⁹ Aprobada por ley 23054. Art. 17.4 dispone que, en caso de disolución del matrimonio, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Art. 19 *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

⁶⁰ Aprobado por ley 23.313 Art. 10.3 *“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”*.

⁶¹ PIDCP Art. 24.1 *“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”*.

⁶² Aprobada por ley 23.179.

⁶³ Promulgada el 28 de diciembre de 1994. De aplicación en la C.A.B.A. y territorios federales. Reglamentada por Decreto 295/96 del 7 de marzo de 1996.

⁶⁴ Sancionada el 28/9/2005, promulgada el 21/10/2005. Esta ley deroga la ley 10.903 (ley de Patronato o ley Agote).

Mujeres, ley 114 (C.A.B.A) de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras reglas.

Al exponerse los fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial actual, se detalla tanto el método como los principios que lo inspiran y, al abordar el Título VII del Libro Segundo, se destaca que la regla de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes ha permitido pasar de una noción de potestad o poder de los padres sobre los hijos a la de responsabilidad, que requiere una dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos que le son reconocidos.

Se menciona también que el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, razón por la que se considera necesario reemplazar la expresión “patria potestad” por la de “responsabilidad parental”, toda vez que la primera se conecta con el poder que evoca a la “*potestas*” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica, mientras que el vocablo “responsabilidad” implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente.

De hecho, se elige la expresión “responsabilidad” tomando en cuenta el art. 5 de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), que alude directamente a las “responsabilidades” de los padres; el art. 18 de la CDN, que establece el principio de coparentalidad, cuya finalidad es la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño, el art. 16.1.d de la CEDAW y el art. 7 de la ley 26.061 que se refiere a la “responsabilidad familiar”.

Asimismo, se anuncia que se deroga el llamado “poder de corrección” por ser una facultad más acorde con la noción de “patria potestad”, y se regula el derecho deber de los progenitores de “prestar orientación y dirección”.

Queda claro que la incorporación al ordenamiento jurídico argentino de la Convención de los Derechos del Niño impactó en forma directa sobre toda la normativa infraconstitucional relacionada con los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que el Comité de los Derechos del Niño, órgano de seguimiento de la CDN, de manera categórica dictaminó que *“En cuanto al castigo corporal, pocos países tienen leyes claras sobre esta cuestión. Ciertos Estados han tratado de distinguir entre la corrección de los niños y la violencia excesiva. En realidad, la línea divisoria entre las dos es artificial. Es muy fácil pasar de una a la otra. Es también una cuestión de principio. ¿Si no es permisible golpear a un adulto, por qué debería serlo golpear a un niño? Una de las contribuciones de la Convención es llamar la atención sobre las contradicciones en nuestras actitudes y culturas”*⁶⁵.

⁶⁵ Declaración final al Comité de los Derechos del Niño en el Debate general sobre lo Derechos del niño en la familia de octubre de 1994 citado en “Acabar con la violencia legalizada contra los niños y niñas”. Informe para la Consulta Regional de América Latina en el marco del Estudio del Secretariado General de las naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños publicado por Save The Children. Suecia.

Más elocuente aún ha sido el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General 8 sobre “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes” al manifestar la preocupación al observar que “*en muchos Estados hay disposiciones jurídicas explícitas en los códigos penal y/o civil (de la familia) que ofrecen a los padres cierto grado de violencia a fin de “disciplinar” a los niños. Por ejemplo, la defensa del castigo o corrección “legal” o “razonable” o “moderado” ha formado parte durante siglos del common law inglés, así como el “derecho de corrección de la legislación francesa... El Comité insiste en que la convención exige la eliminación de toda disposición... que permita cierto grado de violencia contra los niños (por ejemplo, el castigo o la corrección “razonable” o “moderado”) en sus hogares o familias o en cualquier entorno*”.

A su vez, la incorporación de la Argentina al sistema interamericano de derechos humanos obliga a un control de convencionalidad de su legislación interna, para adecuarla a los lineamientos interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶.

Uno de los ámbitos de mayor injerencia ha sido el vinculado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues finalmente se les ha reconocido jurídicamente su condición de sujetos de derecho; su superior interés es guía para el efectivo goce y disfrute de sus derechos y se les reconoce la autonomía progresiva, que instala el fenómeno denominado “democratización” de las relaciones familiares, más acentuado en el ámbito de las relaciones filiales.

De este modo se procura abolir los postulados de una sociedad en su génesis patriarcal que concentraban la autoridad y el poder en los mayores -principalmente en el padre-, cuyas “órdenes” no admitían cuestionamiento ni explicación alguna.

En concordancia con el espíritu y fundamentos que guiaron la reforma, el art. 647 del Código Civil y Comercial vigente reza “**Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado**”.

La ley civil argentina que nos rige en la actualidad, por tanto, no sólo no tolera ni justifica ningún tipo o clase de maltrato infantil sino que lo prohíbe.

2. Derecho comparado

En materia de castigo físico aplicable a niños, niñas y adolescentes, se podría decir que existen tres tipos de legislaciones:

1. Las que prohíben el castigo corporal de manera expresa. Son las que reconocen el derecho que todo niña, niño y adolescente tiene a que se respete su integridad física y se le

⁶⁶ HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2ª ed., 2016, t.II, p. 466.

brinde buen trato y expresamente prohíben el castigo corporal. La prohibición abarca todas las formas de castigo corporal o malos tratos. Algunas de ellas también definen qué se entiende por castigo físico o corporal y cuál es el ámbito de aplicación de la prohibición.

2. Las que reconocen el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de violencia, pero, a su vez, permiten la aplicación de castigos corporales por parte de los padres o responsables con la finalidad de “orientar” su conducta. Reconocen el derecho a que se respete la integridad personal y se les brinde buen trato, destacan el deber del Estado de brindarles asistencia y protección, pero expresamente autorizan el derecho de los padres de corregir a sus hijos de manera moderada, razonable o adecuadamente. Este tipo de legislaciones brindan menor protección a los niños, niñas y adolescentes pues permiten que sean cometidos actos de violencia como método disciplinario, vulnerando sus derechos a la integridad personal y a no ser objeto de violencia. En estos casos, el Estado se limita a proteger a quienes hayan recibido castigos corporales visiblemente graves.

3. Las que reconocen el derecho de los niños, niñas y adolescentes a no ser objeto de violencia, pero no lo prohíben de manera expresa y no regulan la aplicación de castigos corporales por parte de los padres o responsables. Esta categoría de legislaciones contempla disposiciones referidas a la protección de niñas, niños y adolescentes contra el maltrato y reconocen su derecho a no ser objeto de violencia, pero no prohíben de manera expresa el castigo corporal o lo prohíben en ámbitos específicos -por ejemplo, en establecimientos educativos-⁶⁷.

En **América Latina**, además de nuestro país, prohíben expresamente el castigo corporal Bolivia (art. 146 Código Nina, Niño y Adolescente -Derecho al buen trato-); Brasil (art. 18.A Estatuto da Crianca e do Adolescente); Costa Rica (art. 24 bis Ley 8654 “Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes a la Disciplina sin castigo ni trato humillante” que reformó el Código de la Niñez y la Adolescencia y el Código de Familia); Colombia (art. 18 Código de la Infancia y la Adolescencia); Honduras (art. 162 Código de la Niñez y la Adolescencia); Nicaragua (art. 5 Código de la Niñez y la Adolescencia; y art. 280 Código de Familia), Perú (art. 1 Ley que prohíbe el uso del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes); Uruguay (art. 12 bis Código de Niñez y Adolescencia), Venezuela (art. 32.A Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y Chile (Ley 21.013 que modifica el Código Penal y tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial -arts. 403 bis, ter, quáter, quinquies, sexies y septis-).

⁶⁷ Esta es una distinción que realiza el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, organismo especializado de la OEA encargado de promover y contribuir a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la Américas. En *Propuesta de norma modelo para prohibir el castigo corporal contra todo niño, niña y adolescente en todos los ámbitos de su vida*, 2017, ver http://www.iin.oea.org/pdf-iin/2016/publicaciones/Norma_Modelo_Prohibicion_Castigo_Corporal.pdf

Por ejemplo, Uruguay, al sancionar la ley 18.214 a fines de 2007, agrega al Código de Niñez y adolescencia como artículo 12 bis una disposición referida a la “Prohibición de castigo físico” la cual expresa “Queda prohibido a padres o responsables como a toda persona encargada del cuidado, tratamiento, educación o vigilancia de niños y adolescentes, utilizar el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante como forma de corrección o disciplina de niños, niñas o adolescentes (...)”.

A su vez, Venezuela, dicta la nueva Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (10/12/2007), que en su artículo 32.A expresa que “(...) *El padre, la madre, representantes, responsables, tutores, tutoras, familiares, educadores y educadoras, deberán emplear métodos no violentos en la crianza, formación, educación y corrección de los niños, niñas y adolescentes. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de castigo físico o humillante*”. Además, agrega que “*El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar políticas, programas y medidas de protección dirigidas a la abolición de toda forma de castigo físico o humillante de los niños, niñas y adolescentes*”.

El Salvador, en cambio, reconoce a los padres el derecho de corrección pues en el último párrafo del artículo 38 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia dispone que “Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente”.

Cuba faculta a los padres a reprender y corregir adecuada y moderadamente a los hijos bajo su patria potestad (art. 86 Código de Familia). También faculta al tutor a reprender y corregir a los menores sujetos a tutela (art. 152 Código de Familia).

En los países de **Europa** es diversa la forma en la que se aborda legislativamente la temática en trato, por lo que se hará una breve referencia sobre algunos países:

- SUECIA: Fue el primer país europeo en prohibir el castigo físico. En 1979, el Parlamento Sueco aprobó una modificación al Código de los Niños y los Padres que prohibía todas las formas de castigo físico u otro tratamiento emocionalmente abusivo en la niñez. Esta decisión hizo de Suecia el primer país del mundo que prohibía explícitamente que los progenitores usaran el castigo corporal u otro tratamiento humillante en la crianza de los hijos⁶⁸.
- FINLANDIA: en el año 1983, al introducir varias reformas legislativas en materia de infancia y adolescencia -Ley de Menores y Ley de Familia- se abolió el castigo corporal en tanto se estableció que “*El niño debe ser traído al mundo con un espíritu de comprensión, seguridad y amor. No debe ser subestimado, corporalmente castigado o humillado. Su crecimiento debe*

⁶⁸ En https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Child-Victims/Report_in_Spanish.pdf

*estar orientado a la independencia y la responsabilidad y debe ser estimulado, apoyado y asistido hacia la adultez*⁶⁹.

- DINAMARCA: en mayo de 1997, estableció en la ley sobre Custodia y Cuidado Parental que *“El niño tiene derecho al cuidado y a la seguridad. El o ella deberán ser tratados con respeto como individuos y no deberán ser sometidos al Castigo corporal ni a otras formas de tratamiento degradante”*⁷⁰. Se considera que la custodia parental implica la obligación de proteger al niño contra la violencia física y psicológica, así como de cualquier otro tipo de humillación.

- NORUEGA: en enero de 1987 se realizó una enmienda a la Ley de Padres e Hijos, mediante la cual se estableció que las personas menores de edad no deben ser expuestas a violencia física o a cualquier trato que atente contra su salud física o mental.

- AUSTRIA: el 15 de marzo de 1989, el Parlamento austríaco se pronunció a favor de la introducción de enmiendas a la ley familiar y al Acta de Bienestar Juvenil, que fueron aprobadas por unanimidad y sin mediar controversia, en el sentido de calificar como ilegal *“el empleo de la violencia y la infracción del sufrimiento físico y mental”* en la crianza de los niños⁷¹.

- ALEMANIA: en este país se fueron sucediendo diversas modificaciones en su Código Civil cada vez más restrictivas con el derecho de corrección, siendo la más reciente la del 2 de noviembre de 2000, a través de la “Ley para la proscripción de la violencia en la familia” que dio una nueva redacción al texto del Código Civil (§1631 II BFB), que ahora reza *“Los niños tienen el derecho a una educación no violenta. Los castigos corporales, las lesiones psíquicas y otras medidas degradantes, son ilícitas”*. De ese modo se prohíbe la corrección física de los hijos a los padres u otros miembros de la familia. Ya no existe un derecho paterno de corrección como causa de justificación para las lesiones físicas en la forma en que antaño se reconocía⁷². Roxin⁷³ explica el trasfondo histórico de la reforma y refiere que el originario texto rezaba “El padre puede emplear medios adecuados de corrección contra el hijo en virtud del derecho de educación”. Por tanto, en él estaba expresamente regulado un derecho de corrección. La ley para la igualdad de derechos entrada en vigor el 1 de julio de 1958 derogó esa disposición. No obstante, desde ese momento se derivó del derecho general de educación, un derecho de corrección de ambos progenitores, para la madre de hijo extramatrimonial, para los padres adoptivos y para el tutor. Luego, la ley sobre derecho de guarda (1/1/1980), completó la regulación con la prohibición de medidas degradantes de educación. En consonancia con las propuestas de una comisión antiviolencia instituida por el gobierno federal, la ley de reforma de

⁶⁹ HERRERA, Marisa; SPAVENTA, Verónica, *Vigilar y castigar...: el poder de corrección de los padres*, en Revista jurídica de la Universidad de Palermo.

⁷⁰ HERRERA, M., op. cit.

⁷¹ HERRERA, M., op. cit.

⁷² ROXIN, Claus, *La calificación jurídico-penal de la corrección paterna*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2ª Época, n 16, 2005, p. 233-242.

⁷³ ROXIN, C., ob.cit.

la filiación (12/71998) prohibió todo maltrato de los hijos y el § 1631 II BGB pasó a rezar “Las medidas degradantes de educación, especialmente los maltratos físicos y psíquicos, son ilícitas” lo cual permitía la posibilidad de excluir del concepto de maltrato pequeños castigos físicos con fines educativos. Pero el legislador quería establecer legalmente, de forma más evidente, el programa para una educación sin violencia, de ahí que, en el año 2000, en conexión con la ley sueca de progenitores, redactara el § 1631 II BGB en la forma actual.

- ESPAÑA: luego de ratificar la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas el 30 de noviembre de 1990, la ley 54/2007 -de Adopción Internacional- modificó el artículo 154⁷⁴ del Código Civil, eliminando formalmente el derecho de corrección de padres. En el apartado IV de la Exposición de Motivos de la ley se expresa “*Se completa la Ley con la modificación de determinados artículos del Código Civil (...) Por otro lado, se aprovecha el evidente vínculo que une a la adopción con la protección de menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código civil. Además de mejorarse la redacción de estos preceptos, se da respuesta de este modo a los requerimientos del Comité de Derechos del Niño, que ha mostrado su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta ahora se reconoce a los padres y tutores pueda contravenir el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989*”. La reforma introdujo la obligación de respetar la integridad física y psicológica de los hijos en el ejercicio de la patria potestad y también eliminó el inciso que preveía que los padres en el ejercicio de su potestad “*podrán también corregir moderada y razonablemente a los hijos*”. Sin embargo, aún operada esta reforma legal, dicho derecho se ha mantenido en otros Derechos del territorio nacional (Derecho foral), generando un problema de interpretación sobre si existe o no actualmente en el Derecho español un derecho de corrección de los padres, así como cuál es su contenido y límites. No obstante, al suprimir el derecho de corrección del Código Civil y añadir al catálogo de la ley penal los delitos del maltrato de obra, injurias leves, coacciones y amenazas en el ámbito familiar, se han dado señales de que la tendencia legislativa en España se inclina por la prohibición del uso de métodos violentos en la educación de los menores. Sin embargo, los tribunales penales continúan justificando ciertas conductas de los padres que configuran maltrato.

3. Implicancias de la actual legislación civil argentina en el derecho penal.

Como ha quedado expuesto, el derecho de corrección de los padres a los hijos ha sido antiguamente reconocido en el derecho civil y su ejercicio fue tradicionalmente considerado en el ámbito penal como una causa de justificación en virtud de la cual los padres no eran

⁷⁴ La redacción anterior fue impuesta por la Ley 11/98 de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que eliminó la facultad de castigar y dejó la de corregir, pero con límites.

responsabilizados por comportamientos que, en principio, podían valorarse como típicos cuando fueran realizados con un fin educativo o correctivo, dentro de los límites razonables.

Sin embargo, el nuevo Código Civil y Comercial -vigente al momento del hecho- prohíbe expresamente cualquier “*hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes*” (art. 647) por lo que el derecho de corrección como causa de justificación para las lesiones físicas, en la forma en que históricamente se reconocía, hoy ya no existe.

En consecuencia, no podrá interpretarse -ni justificarse- como un ejercicio legítimo de un derecho de los progenitores, el llevar a cabo acciones violentas que causen un daño o en la salud de sus hijos, porque tal derecho a corregir con violencia ya no se reconoce ni implícita ni explícitamente en el ordenamiento jurídico.

Tampoco puede invocarse en estos casos el cumplimiento del deber de los padres a educar a los hijos que el Código Civil y Comercial argentino le reconoce (art 646) pues si, según la opinión pedagógica hoy absolutamente dominante, el castigo físico de los hijos ya no es de ninguna manera educativamente legítimable, no puede estar tampoco abarcado por el deber de educación. Los padres no pueden establecer por su cuenta, sin control estatal, los límites de su deber de educación⁷⁵.

Es necesario tener en cuenta que la causa de justificación del cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4, C.P.) tiene un carácter abierto y remite al régimen jurídico aplicable respecto del deber o derecho pertinente. En consecuencia, no puede justificarse el comportamiento cuando no se respetan los límites que rigen el deber o derecho de que se trate. En lo que aquí interesa, como vimos, es imprescindible tener en cuenta los estándares y límites que rigen en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Por tanto, toda vez que la acción llevada a cabo por María no está justificada o autorizada por el orden jurídico, además de típica, es antijurídica.

V. CULPABILIDAD

La culpabilidad, como categoría dogmática, importa un juicio de reproche. Se la define formalmente como la reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica. Es un juicio de atribución del hecho a su autor. El fundamento de la reprochabilidad radica en la capacidad del individuo de obrar de otro modo, de obrar acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico.

Una acción típica y antijurídica, por tanto, sólo es culpable si le podía ser reprochado al autor, en la situación concreta en que se hallaba, que hubiera obrado en contra de las exigencias del ordenamiento jurídico.

⁷⁵ ROXIN, Claus, *La calificación jurídico-penal de la corrección paterna*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED, 2ª Época, nro. 16, 2005.

En consecuencia, en este nivel se analizan elementos negativos, es decir, la imposibilidad de haber actuado de otra manera.

Esta imposibilidad se puede fundar en dos razones; por una parte, cuando existen características físicas o psíquicas que impiden que el autor comprenda la ilicitud de su acción o que pueda dirigir sus acciones conforme a esa comprensión. Es lo que llamamos "inimputabilidad". Se trata de alteraciones físicas o psíquicas que producen como efecto el que no se le pueda reprochar al autor la realización de la acción porque no tenía posibilidad de actuar de otra manera.

Como señala Cerezo Mir, la culpabilidad supone, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas condiciones biopsíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. La inimputabilidad o capacidad de culpabilidad es, por ello, un presupuesto de la culpabilidad⁷⁶.

La capacidad de culpabilidad o inimputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pero no basta por sí sola para poder afirmar que la conducta es culpable; además, el autor debe tener conciencia o conocimiento actual o posible de la antijuricidad de la conducta, pues de otro modo no actúa culpablemente. Si una persona, en el momento del hecho, no sabía ni podía saber que su conducta no estaba permitida, que era contraria al derecho, no se le puede reprochar que haya actuado de esa manera, pues sólo puede actuar culpablemente cuando conoce o puede conocer la ilicitud de su comportamiento. Se puede castigar sólo cuando exista la posibilidad de motivarse conforme a la norma.

El caso analizado en este trabajo no plantea problemas en cuanto a la capacidad de culpabilidad, pues no surge del enunciado que medie alguna causal de inimputabilidad, esto es, no se verifica que exista alteración de la conciencia, ni minoridad, ni insuficiencia de las facultades o alteraciones morbosas de las mismas.

Si bien puede reconocerse que, por la desobediencia y afrenta de su hijo -que en forma irrespetuosa le tiró una zapatilla y se encerró en el baño- María pudo haber obrado bajo un estado pasional de arrebato, enojo o excitación fugaz que haya influido en sus facultades de determinación, limitándola, no nos encontramos frente a una alteración psíquica que la haya privado por completo de su capacidad de comprender su obrar contrario al ordenamiento jurídico, por lo que ese estado del ánimo no excluye la culpabilidad, únicamente la atenúa.

A su vez, tampoco se menciona en el enunciado que María haya actuado con error sobre la antijuricidad de su conducta que incida en la culpabilidad.

Sin embargo, si se partiera de la hipótesis que afirma que María obró creyendo que estaba autorizada por el derecho civil a realizar la conducta; que actuó amparada por el llamado "derecho de corrección", históricamente invocado en casos como el aquí sometido a

⁷⁶ CEREZO MIR, José *Derecho Penal. Parte General*. Euros Editores, Buenos Aires, 2008, p.767.

análisis, estaríamos frente a un supuesto de error sobre la antijuricidad de la conducta; frente a un error de permisión que entraña la suposición errónea de una causa de justificación que no existe; que se da cuando una persona invoca una causa de justificación que el Derecho no reconoce.

1. Error sobre la existencia de una causa de justificación.

Han sido numerosas las teorías formuladas acerca de la relevancia de la cognoscibilidad de la antijuricidad de la conducta para la responsabilidad penal. Haré un breve repaso de las más destacadas.

a) Error de hecho y error de derecho. *Error iuris nocet*.

En un primer momento, partiendo de fuentes romanas, la doctrina diferenció el error de hecho y el error de derecho, pero se reconoce sólo al primero relevancia para eximir de responsabilidad penal en caso de que se trate de un error invencible, y se responde por imprudencia cuando fuera vencible. El error de derecho, en cambio, no exime de responsabilidad penal, carece de relevancia alguna a tal fin, y por eso se afirma que “perjudica”.

Luego, las grandes transformaciones de la vida estatal y social y la concurrencia de leyes que no se fundaban en los grandes conceptos morales generales, llevaron a admitir la relevancia del error de Derecho extrapenal, pero se mantuvo la teoría del *error iuris nocet* en caso de error de derecho penal, por entender que era inverosímil que no se conociera un derecho basado en normas de la ética social vigentes en la sociedad.

En nuestro país, la primera distinción realizada por la doctrina entre error de hecho y error de derecho se refleja en el artículo 34, inciso 1 del Código penal, que únicamente menciona el “error o ignorancia de hecho”, lo cual dio pie a afirmaciones tales como el error de derecho no exime; la ley se presume conocida, el desconocimiento de la ley no excusa, basadas, por supuesto, en el texto del artículo 20 del Código Civil, según el cual “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por ley”.

Se consideraba, entonces, como error de hecho al error de derecho extrapenal, esto es, al que recaía sobre las características jurídicas estructurantes del hecho delictivo⁷⁷; se excluye al error sobre el derecho penal.

Esta teoría es fuertemente criticada, argumentándose en su contra que resiente el principio de culpabilidad pues, si se acepta que la conciencia de lo ilícito es presupuesto de la culpabilidad, el error sobre la antijuricidad de la conducta, en ciertos casos, puede excluir el juicio de reproche.

⁷⁷ de la FUENTE, Javier, *Error sobre los presupuestos objetivos de justificación*, en www.juridicas.unam.mx

A su vez, se afirma que la distinción entre error de derecho penal y extrapenal no es clara y en algunos casos puede conducir a situaciones absurdas⁷⁸.

Más allá de las críticas, en lo que atañe a la culpabilidad, para esta teoría, los casos de error sobre los presupuestos objetivos de justificación, en definitiva, constituyen supuestos de error sobre los hechos por lo que, según sus postulados, se acepta la exclusión del dolo en el autor cuando el error es invencible y cuando es vencible se responde por imprudencia. Pero niega relevancia al error sobre la misma prohibición (error de prohibición directo), o sobre la existencia o límites de la causa de justificación (error de prohibición indirecto)⁷⁹.

b) La llamada teoría del dolo.

Ante los problemas que suscitaba la teoría del *error iuris nocet*, sobre todo porque, al negar toda relevancia al error sobre la ilicitud de la conducta, castigaba a quien incurría en un error sobre la antijuricidad, sin culpa, esta teoría fue desplazada por la llamada teoría del dolo. Se funda en la dogmática de Binding (1919) y von Liszt, y fue adoptada y desarrollada por Mezger, Nagler, Sauer y Schröder, Schmidhäuser, Bauman, entre otros⁸⁰.

Según esta teoría, el dolo es un elemento de la culpa que abarca no sólo el conocimiento de las características del tipo, sino también el de la antijuricidad. La conciencia de la antijuricidad de la conducta, por tanto, pertenece al dolo del hecho que, para la inmensa mayoría de quienes la sostienen, es una forma de culpabilidad y no un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos.

Desde esta concepción, el dolo, como elemento de la culpabilidad, no exige sólo el conocimiento de los hechos, sino también la conciencia del ilícito. Para actuar en forma dolosa, además de conocer los elementos del tipo, el autor debe saber que su conducta es antijurídica.

Entendida como un elemento del dolo, la conciencia del ilícito también tiene que ser efectiva, presente y actual; no resulta suficiente el conocimiento potencial.

Según esta teoría, un error invencible sobre la antijuricidad de la conducta excluye el dolo; si es vencible, podrá dar lugar a una responsabilidad por culpa o imprudencia.

Pese al auge inicial que tuvo la teoría, la misma presenta serios problemas desde un punto de vista político-criminal en las legislaciones en las que rige el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, pues si el delito no tiene prevista la

⁷⁸GARIBALDI, Gustavo; PITLEVNIK, Leonardo, *Error y Delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995. Se cita en la publicación a Tozzini quien señala lo artificioso de la distinción (error de derecho penal -error de derecho extrapenal), proponiendo imaginar el absurdo de un sujeto que pretenda razonablemente haber actuado con error de derecho e ignorando lo dispuesto en el art. 20 del Cód. Civil. Si esta norma no admite la ignorancia de derecho como excusa, un error sobre la misma sería, evidentemente, un error de derecho extrapenal asimilable al error de hecho. Si tal yerro fuera invencible el error de derecho resultará relevante como error de hecho “y el apotegma *ignorantia iuris non excusat* será derribado por la misma pesada estructura erigida para sostenerlo en pie”.

⁷⁹ de la FUENTE, JAVIER, *Error sobre los presupuestos objetivos de justificación*, en www.juridicas.unam.mx

⁸⁰ GARIBALDI, Gustavo; PITLEVNIK, Leonardo, *Error y delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 112-114.

forma culposa, todos los casos de error “evitable” debían resolverse con la impunidad, generándose así graves lagunas de punibilidad.

Welzel no tardó en apuntar que la teoría del dolo no puede desarrollar seriamente su tesis⁸¹. Explica que el dolo exige un conocimiento real y actual de las características del tipo en el momento del hecho, pero el autor rara vez tiene un conocimiento real y actual de la antijuricidad, y le falta completamente en hechos graves de carácter afectivo y en hechos rápidos concebidos en el momento. Por tanto, toda vez que para la forma de conocimiento del dolo no basta un saber inactual, si se exige una representación actual de la antijuricidad del hecho en el momento de su realización, difícilmente habría hechos dolosos en ese sentido. Apunta el autor alemán que la teoría del dolo debería conformarse con un saber inactual de lo injusto, en todo momento actualizable, y tener en cuenta que ello no basta para la clase de conocimiento que requiere el dolo del hecho. El dolo exige una representación actual o la percepción en el momento del hecho; mientras que el conocimiento de lo injusto se conforma con un saber inactual.

Concluye que el error decisivo de la teoría del dolo radica en desconocer que el dolo no es parte constitutiva sino el objeto de la culpa y que por eso pertenece a la acción y al tipo de lo injusto, mientras que el conocimiento de la antijuricidad es solamente una parte constitutiva de la reprochabilidad, pues el conocimiento de la antijuricidad no es lo que se reprocha al autor, sino el porqué se reprocha al autor.

Por su parte, Roxin cuestionó la teoría del dolo al decir “es incompatible con la función del Derecho como ordenamiento objetivo el que la teoría del dolo ponga la vigencia de las normas jurídicas ampliamente a disposición de sus destinatarios; basta sólo con no tomar conciencia de un tipo para quedar a salvo de su amenaza de pena. Entonces ya no se castiga lo que el legislador conmina con pena, sino lo que el particular considera prohibido”⁸².

Ante las críticas formuladas a esta teoría, surge la conocida como teoría limitada del dolo, la cual, a fin de subsanar el inconveniente suscitado, si bien mantuvo que la conciencia de la antijuricidad es un elemento del dolo, postuló la ampliación de la punibilidad a aquellos casos en los que, si bien el autor no conoce la antijuricidad, dicho conocimiento le era exigible por el ordenamiento jurídico.

Esta teoría -defendida, entre otros, por Mezger- niega la eficacia exculpatória del error sobre la prohibición si el error depende de una actitud incompatible con una sana concepción jurídica, con un grado tal de indiferencia antisocial, que debe ser castigado como si hubiera actuado dolosamente (“ceguera jurídica” o “hostilidad al derecho”)⁸³. Amplía la punibilidad “por razones de justicia”, a casos de error sobre la antijuricidad del hecho en los que, si bien el sujeto no conoce, le era exigible por el ordenamiento la adquisición de ese conocimiento.

⁸¹ WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte general*, Traduc. por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.

⁸² ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2ª reimpression, 2015, p. 864.

⁸³ NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lerner, Buenos Aires, 1973, p. 222.

Esta posición fue rechazada, principalmente, por atentar gravemente contra la seguridad jurídica pues genera una presunción de que el error del autor es inexcusable sin analizar el contenido de la culpabilidad y, asimismo, alienta el castigo a título de dolo aún cuando no se haya demostrado la existencia de un conocimiento actual de uno de sus elementos.

Se propuso también, para cubrir las lagunas de irresponsabilidad que generaba la teoría del dolo, la creación de un tipo general de “culpa jurídica” para reprimir al autor en caso de error vencible sobre la antijuricidad en aquellos casos en que no se castigaran las conductas imprudentes, lo cual también fue criticado por ir contra la esencia misma de la teoría del dolo, dándole un trato diferente a los supuestos de error sobre los elementos objetivos del tipo y los de error sobre la antijuricidad. Además, porque atenta contra el principio de excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes que deriva del principio de legalidad.

En Argentina, esta ampliación de la punibilidad se defendió al amparo del texto del artículo 34, inciso 1, que establece que no es punible “El que no haya podido en el momento del hecho (...) comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”, pues se interpretó que si quien “no haya podido comprender...” no es punible, quien pudo comprender es punible, aunque de hecho no haya comprendido⁸⁴.

c) Teoría de la culpabilidad.

La teoría de la culpabilidad fue formulada por Welzel para superar los problemas que traía aparejados la teoría del dolo.

El autor exige el abandono de la vieja distinción entre error de hecho y error de derecho que servía de base a la teoría del *error iuris nocet*, y propone sustituirla por la de “error de tipo” y “error de prohibición”, alertando de manera categórica que ambas clasificaciones no son coincidentes⁸⁵.

Partiendo de esta nueva distinción, Welzel postula que la conciencia de la antijuricidad de la conducta no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad; es un elemento de la culpabilidad y por ese motivo el error de prohibición no excluye el dolo. Si el error es invencible, quedarán excluidas la culpabilidad y la responsabilidad penal, y si es vencible simplemente operará una disminución de la culpabilidad.

De este modo, se trazó una clara delimitación entre el dolo y la conciencia del ilícito. El primero pertenece al tipo subjetivo y el segundo es un presupuesto de la culpabilidad y

⁸⁴ GARIBALDI, Gustavo; PITLEVNIK, Leonardo, *Error y delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 114-115.

⁸⁵ Welzel destaca que “La distinción entre error de tipo y de prohibición ha dado lugar a dificultades por su condicionamiento histórico, ya que siempre fue mezclada con los conceptos *error facti* y *error iuris* (...) Por lo tanto, error de hecho y de derecho, por una parte, y el error de tipo y de prohibición por la otra, son dos pares de conceptos de índole totalmente distinta. Hay errores de derecho que son errores de tipo: p. ej. el error sobre características normativas del tipo, como lo ajeno de la cosa; y hay errores de hecho que son errores de prohibición: el error sobre los presupuestos reales de un fundamento de justificación” (WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956, p.178).

representa un juicio acerca de la posibilidad que el autor tenía de reconocer si su conducta estaba permitida.

Ya no se requiere un conocimiento actual, como en el dolo. El autor tendrá conciencia de lo ilícito si tuvo la posibilidad de conocer la desaprobación jurídica de su conducta.

Si el autor se equivoca sobre los presupuestos objetivos o sobre los límites jurídicos de una causa de justificación o considera que concurre una causal de justificación que no está reconocida como tal por el derecho, incurre en error sobre la antijuricidad de su realización dolosa típica, esto es, incurre en un error de prohibición.

En estos casos el autor obra con dolo, sabe que está realizando los elementos objetivos del tipo, pero cree, por un error, que está autorizado a obrar por una causa de justificación.

Expuesta como ha quedado una síntesis sobre los postulados de las principales teorías que se ocupan del error en este nivel, no cabe duda alguna de que el error de permisión es un error de prohibición (indirecto).

2. El error de prohibición.

El **error directo de prohibición** existe cuando el sujeto se equivoca sobre la propia valoración jurídica del hecho típico, esto es, conoce correctamente las circunstancias fácticas del propio hecho, pero desconoce que tal hecho encaja en un tipo penal que lo define como delito.

Hay **error indirecto de prohibición** cuando el autor, conociendo correctamente su propio hecho así como la desvaloración jurídica de sus presupuestos positivos cree, por error, que concurre una causa de justificación inexistente o se equivoca sobre una existente. En cualquiera de sus modalidades entraña un error sobre la valoración jurídica del hecho, no sobre el hecho en sí.

A su vez, el error de prohibición puede ser, al igual que el error de tipo, invencible o inevitable o vencible o evitable.

Será invencible si el autor no podía albergar dudas o tenía razones sensatas para suponer el carácter no prohibido del hecho porque, por ejemplo, hizo una consulta jurídica a un especialista o se basó en otras fuentes de información fidedignas.

El error será vencible o evitable si el autor tuvo razones para pensar en la antijuricidad del hecho, por ejemplo, cuando es consciente de que su conducta lesiona intereses ajenos; también si pudo aclarar la situación, reflexionando sobre el hecho, o acudiendo a fuentes de información jurídica, sobre todo en casos en los que la consulta hubiese podido eliminar el error de prohibición⁸⁶.

⁸⁶ ESSER, Albin; BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal*. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias, Colex, Madrid, 1995, p. 311.

Zaffaroni entiende que la evitabilidad del error se vincula con las condiciones del autor en el caso concreto y destaca tres aspectos a valorar: a) si el autor podía conocer la antijuricidad; si le era posible acudir a algún medio idóneo de información que le permitiera conocer la criminalidad de su obra; b) si el autor tenía la posibilidad de hacerlo y c) si al autor le era exigible que concibiese que su conducta era contraria al Derecho, conforme el standard de sujeto prudente con igual capacidad intelectual⁸⁷.

Partiendo de estas premisas, si lo relevante, en definitiva, es determinar si el autor pudo o no pudo motivarse en la norma, puede afirmarse que María obró con error de prohibición vencible pues su conducta supone la infracción de normas ético-sociales vigentes en una sociedad, causa un daño a la integridad física de otra persona, lo cual, como mínimo, le dio una razón para dudar de la licitud de su obrar y, además, tuvo la posibilidad de acceder a diversas fuentes de información que hubieran eliminado el error.

Sentado ello, se presenta un nuevo problema a resolver: el de determinar los efectos del error de prohibición según la ley penal argentina, para poder individualizar luego la entidad de la reacción estatal que resulta adecuada, en concreto, para el hecho cometido.

3. Efectos del error de prohibición en el Código Penal argentino.

El error de prohibición invencible, sin dudas, fulmina la culpabilidad del autor; configura una causa de exclusión de la culpabilidad y el hecho, por tanto, no es punible.

Conforme el artículo 34, inciso 1, del Código Penal, no son punibles quienes no hayan podido, en el momento del hecho, comprender la criminalidad de sus actos. La falta de consciencia de la antijuricidad conlleva a la no punibilidad de la conducta.

Sin embargo, en el error de prohibición evitable se demanda una tarea más esforzada para definir sus consecuencias en el caso concreto, pues no excluye la culpabilidad, sólo aminora el reproche, lo que conduce meramente a una atenuación de la sanción a imponer.

Ahora ¿en qué medida se reduce la pena?

El Código Penal nada dice al respecto, pues no regula en forma directa y autónoma el error de prohibición; menos aún las pautas a seguir para atenuar la pena en los supuestos en los que el error es evitable. Sin embargo, alguna orientación la encontramos en la doctrina que, por cierto, no es unánime en este punto.

Una parte de los autores recurre a los criterios o circunstancias previstas en el artículo 41 del CP y afirma que, en función de la mayor o menor evitabilidad del error, el juez debe graduar la pena adecuada dentro de la escala penal contemplada para la figura.

Zaffaroni sostiene que en los casos de error de prohibición vencible estamos en presencia de una culpabilidad disminuida, y la imputabilidad disminuida debe reflejarse en el quantum de la pena pues lo contrario resulta violatorio del principio de culpabilidad. La

⁸⁷ D'ALESSIO, Andrés, *Código Penal comentado y anotado. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 266.

atenuación, en esa inteligencia, no es meramente facultativa, es obligatoria. Pero, además, en caso de advertirse que la pena mínima legal no es proporcionada al grado de culpabilidad del autor, debe disminuirse la sanción por debajo del mínimo.

Bacigalupo, por su parte, no opone reparos a la idea de fijar un quantum punitivo por debajo del mínimo previsto y postula que en los casos de error de prohibición evitable la pena se aminore en función de las previsiones del artículo 35 del CP. Si el delito no admite forma culposa deberá estarse a la escala de la figura dolosa, adaptándola según las previsiones del artículo 44 del CP⁸⁸.

De la Fuente considera que el juez debe graduar la pena tomando en cuenta la naturaleza del error y su mayor o menor evitabilidad, y debe aplicar en el caso concreto la pena que refleje el verdadero contenido de culpabilidad del autor⁸⁹.

Se comparte esta posición pues, ante la falta de regulación legal, la reacción estatal, por imperativo constitucional, debe guardar proporción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor.

El Anteproyecto de Código Penal de 2014, regula el error de prohibición vencible en el artículo 6 que reza "Se impondrá la pena reducida entre la mitad del mínimo y del máximo previsto: a) al que actuare con error vencible acerca de la criminalidad del acto...", lo cual actualiza la tendencia legislativa sobre la materia⁹⁰.

En el presente caso, no habiéndose constatado que concurra una causa que excluya la culpabilidad -sólo se advierten circunstancias que la atenúan- puede decirse que la acción típica y antijurídica, también es culpable.

VI. PUNIBILIDAD.

No se verifican en este caso causales de exclusión de la punibilidad.

La solución que propone Roxin.

Es interesante, en este nivel de análisis, la opinión de Roxin sobre la corrección parental y las consecuencias a las que puede conducir la criminalización de hechos que lo involucra.

Alerta, en este sentido, que una vez que se constata un hecho punible como lesión física cometido por alguno de los padres contra los hijos, puede ocurrir que una intervención estatal sea contraproducente, por el efecto estigmatizante que supone la apertura de un proceso penal

⁸⁸ de la FUENTE, Javier, *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008, p. 463

⁸⁹ de la FUENTE... op. cit., p. 463.

⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R.; CARLÉS, ROBERTO MANUEL, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014.

y también por el conflicto que puede generar entre padres e hijos. Resalta que “El daño resultante para la paz familiar y para el desarrollo ulterior del hijo puede ser inmensamente mayor que si tras una bofetada -aunque ilícita- todo vuelve a estar bien”⁹¹.

Estima, por tanto, que el legislador debería introducir una causa personal de exclusión de la punibilidad para aquellos casos en los que la finalidad extrapenal se antepone a la necesidad de pena. Concluye que la acción sería delito, la violencia seguiría estando prohibida, pero en ciertos casos “comparativamente inocuos” se renunciaría al castigo por razones extrapenales. Según el autor, sólo así podría la ley cumplir con el doble objetivo de “proscribir la violencia en la educación y la no criminalización de la familia”.

Boldova Pasamar admite que la propuesta del autor alemán es sugestiva e interesante, sobre todo para el Derecho español, cuyo Código Penal tiene previstas graves consecuencias para los malos tratos en el ámbito doméstico. Sin embargo, analiza que, si bien esta causal personal de exclusión de la punibilidad podría asemejarse a la excusa absolutoria del hurto entre parientes contemplada en la ley penal española, no puede soslayarse que la condición para que opere esta última es que no concurra violencia o intimidación. Por tanto, no guardaría coherencia legislativa admitir una nueva excusa absolutoria que supone lesiones y malos tratos. Por otra parte, sostiene que aún en estos casos en los que las consecuencias de los hechos puedan presentarse como desproporcionadas, una excusa absolutoria podría implicar una nueva salida por la puerta trasera de la punibilidad para despenalizar comportamientos violentos o castigos físicos, lo cual implicaría un retroceso⁹².

VII. ACCIÓN PENAL.

El delito de lesiones leves es un delito de instancia privada (CP, 72⁹³). Sin embargo, la ley prevé que se proceda de oficio “cuando mediaren razones de seguridad e interés público”; o “cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador, o que lo fuere por uno de sus ascendientes, tutor o guardador, o cuando existieren intereses gravemente contrapuestos entre éstos y el menor, siempre que resultare más conveniente para el interés superior de aquél”.

Soler señala que la excepción al principio de oficialidad de la acción, en estos casos, obedece a que “el hecho se halla tan estrechamente vinculado con un interés privado y limitado por éste, que bien puede tenerse como indispensable la manifestación de voluntad del

⁹¹ ROXIN, Claus, *La calificación jurídico penal de la corrección paterna*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2ª Época, n 16, 2005, p. 241.

⁹² BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, n 5, 2011, p. 90-91 y 95.

⁹³ Texto según ley 27.455 (B.O. 25/10/18).

internado para que la acción deba considerarse promovida⁹⁴. Refiere que el alcance del delito de lesiones leves preocupó a la doctrina, pues quedaban comprendidas en el tipo lesiones muy insignificantes como un rasguño, o una ligera equimosis y ello causaba un problemático incremento de casos registrados, sobre todo, por hechos culposos de lesiones. Explica que en algún momento se intentó reducir el ámbito de punibilidad de la figura, excluyendo la “lesión producida sin uso de arma que para su curación demandara menos de tres días y que curara espontáneamente” (Proyecto Coll-Ley 13.569), pero el inciso fue vetado. Sin embargo, los inconvenientes de la amplitud del concepto, al decir del autor, fueron resueltos por la ley 17.567, que convirtió las lesiones leves en delitos de instancia privada⁹⁵. Remarca que, no obstante las numerosas modificaciones que experimentó el artículo 72 con posterioridad a la ley 17.567, a partir de la ley 23.847 el delito de lesiones leves -sean dolosas o culposas- queda incluido en el listado de delitos comprendidos en la citada norma⁹⁶.

Donna expresa que la solución que da la ley penal de fondo (CP, 72) procura evitar un desgaste jurisdiccional sobre todo en casos en los que el damnificado no tenga interés de que se sustancie un proceso⁹⁷.

Nuñez, por su parte, afirma que al incorporar la ley 17.567 al delito de lesiones leves en el catálogo de delitos dependientes de instancia privada, el legislador ha tomado en cuenta la ausencia de razones de interés o seguridad públicos. Según esta postura, en los casos en los que se verifique que hay interés público, procede la actuación de oficio. Para el autor existe interés público cuando el conocimiento o juzgamiento del hecho resulta útil, conveniente, o necesario para el orden o bienestar de la comunidad. Cita como ejemplos el caso en el que la lesión es obra de una patota, o en el que la víctima es una autoridad. A su vez, expone que median razones de seguridad pública que justifican la actuación de oficio si, por su naturaleza o circunstancias, el hecho entraña un peligro potencial para la incolumidad de las personas o bienes de terceros en general, por ejemplo, cuando las lesiones son causadas por un conductor ebrio⁹⁸.

Maier entiende que la instancia privada no constituye una excepción absoluta al monopolio del Estado en la persecución penal (oficialidad), como ocurre con los delitos de acción privada. Para el autor, la instancia privada sólo constituye una condición de perseguibilidad de algunos delitos; un obstáculo para el comienzo de la persecución penal estatal, que continúa siendo pública y monopolizada por el ministerio público⁹⁹.

⁹⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed. Parte General, TEA, Buenos Aires, 1987, t. II, p. 530.

⁹⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 4ª ed. Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1987, t. III, p. 125-126.

⁹⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed. Parte General, TEA, Buenos Aires, 1987, t. II, p. 534.

⁹⁷ DONNA, Edgardo, *Derecho Penal. Parte Especial*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. I, 1999, p. 286.

⁹⁸ NUÑEZ, Ricardo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lerner, Buenos Aires, 1973, p. 238-239.

⁹⁹ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 827-828.

En este caso, María es la madre del damnificado por el delito. Por tanto, estamos en presencia de uno de los supuestos en los que la ley (CP, 72) autoriza a proceder de oficio, “siempre que resultare más conveniente para el interés superior del niño”.

Este agregado al artículo 72 fue introducido por ley 27.455 y responde al imperativo del artículo 3.1 de la CDN que reza “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

En consonancia con la CDN, la ley de Protección integral de los derechos del niño, niña y adolescente (ley 26.061), en su art. 3, define qué debe entenderse por "interés superior del niño, niña y adolescente" y en este sentido expresa “A los efectos de la presente ley, se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por "centro de vida" el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia...”. Asimismo, la norma dispone que, en caso de conflicto de derechos, prevalecerán los de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez, la CSJN tiene dicho que la consideración primordial del interés del niño, que la Convención sobre los Derechos del Niño - art. 3°.1- impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a los menores, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución les otorga (Fallos: 341:1733; 339:1534; 334:913; 328:2870; 324:122).

Asimismo, afirma que el principio del "interés superior del niño" establecido en el artículo 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño -aprobada por ley 23.849- obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten (R. 551. XLVIII. RHE “R., B. S.”, 22/12/2015; A. 777. XLVII. RHE “Arteaga”, 27/11/2014).

Corresponderá, entonces, al fiscal evaluar si la judicialización o criminalización de un caso de las características del aquí analizado representa o defiende el interés superior del niño

por el que debe velarse pues, sólo en ese caso el ejercicio de la acción penal quedará justificado.

En esa tarea, deberá tenerse presente que el Estado argentino asumió compromisos ante la comunidad internacional al incluir en su normativa constitucional a la CADH, la CDN, y demás instrumentos ya citados en este trabajo, conforme a los cuales tiene la obligación de arbitrar los medios necesarios para eliminar la violencia en contra de niños, niñas y adolescentes. Ello es cierto. Pero la CDN también dispone que los Estados tienen la obligación de atender al interés superior del niño como consideración primordial en la adopción de cualquier política que los afecte (CDN, art. 3). Ello obliga a no pasar por alto que la reacción penal no siempre es la respuesta adecuada para brindar protección a los intereses de los niños.

Como lo destaca Roxin, en casos de menor importancia “el daño resultante para la paz familiar y para el desarrollo ulterior del hijo puede ser inmensamente mayor”.

A su vez, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación nro. 8 (2006), de manera categórica expresa “El principio de la protección por igual de niños y adultos contra la agresión, incluida la que tiene lugar en la familia, no significa que todos los casos que salgan a la luz de castigo corporal de los niños por sus padres tengan que traducirse en el enjuiciamiento de los padres. El principio *de minimis* -la ley no se ocupa de asuntos triviales- garantiza que las agresiones leves entre adultos sólo lleguen a los tribunales en circunstancias muy excepcionales. Lo mismo se aplicará a las agresiones de menor cuantía a los niños. Los Estados deben elaborar mecanismos eficaces de notificación y remisión. El objetivo debería ser poner fin al empleo por los padres de la violencia u otros castigos crueles o degradantes mediante intervenciones de apoyo y educativas, y no punitivas. El Comité opina que el enjuiciamiento y otras intervenciones oficiales (por ejemplo, separar al niño o al autor) deberían tener lugar sólo cuando se considere necesario para proteger al niño contra algún daño importante y cuando vaya en el interés superior del niño afectado”.

En el mismo sentido, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN), organismo especializado de la OEA encargado de promover y contribuir a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en las Américas, redactó una “*norma modelo para prohibir el castigo corporal contra todo niño, niña y adolescentes en todos los ámbitos de su vida*” como una propuesta inicial para colaborar con los Estados parte en miras a erradicar el castigo corporal o físico perpetrado contra los niños. En dicho documento se sugiere calificar al castigo físico o corporal como delito de lesiones, y también se recomienda a los Estados Miembros que la persecución penal sea de oficio, a cargo del Estado y sea tratado como delito de acción pública (séptima sección de la norma modelo). No obstante ello, en el Capítulo IV “Recomendaciones” se expresa “Es importante poner de resalto que, en este caso, la finalidad de la pena no es sancionar a los padres o responsables lo que podría afectar aún más a los niños, niñas y adolescentes, sino complementar la prohibición de aplicar castigos corporales con otra norma de carácter punitivo, que denote la gravedad y la ilegalidad de la aplicación de

castigos físicos o corporales a niños, niñas y adolescentes en los distintos ámbitos en que se desarrolla ... dar lugar a aquellos ... que fueran víctimas de maltrato de acceder a mecanismos de protección que fueren brindados por los Estados; promoviendo el fortalecimiento de relaciones positivas y los lazos familiares, en un ambiente de respeto y de buen trato, lo que es extensible a todos los ámbitos donde se desarrolle la vida de los niños¹⁰⁰(el resaltado me pertenece).

Las recomendaciones del Comité y del INI recién plasmadas; la edad de la víctima; la escasa entidad de las lesiones; la mínima culpabilidad evidenciada; la ausencia de episodios similares previos; los motivos que llevaron al legislador a incluir a las lesiones leves en la nómina de los delitos de instancia privada; y el principio de intervención mínima, son circunstancias que llevan a concluir que, en este caso, no hay razones de interés y seguridad públicos y, sobre todo, de conveniencia para el interés superior del niño, que habiliten o, más bien, justifiquen racionalmente, la intervención estatal de oficio.

En caso de que la instancia privada ya hubiere sido superada, la persecución penal puede todavía limitarse a través de los criterios de oportunidad, en miras a no criminalizar este suceso, por los mismos fundamentos invocados en el párrafo anterior. Siempre, por supuesto, que esta solución no sea contraria al interés superior del niño.

¹⁰⁰ *Propuesta de Norma Modelo para prohibir el castigo corporal contra todo niño, niña y adolescente en todos los ámbitos de su vida* del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes de la OEA, Edición Revisada 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, *¿Homicidio, aborto o nada?*, en La Ley, Sup. Penal, 19-DJ 18/10/2006, 467.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1987.
- BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *¿Queda algo del derecho de corrección de los padres a los hijos en el ámbito penal?*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª Época, n 5, 2011, p. 55-96.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal. Parte General*, Euros, Buenos Aires, 2008.
- CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007.
- D'ALESSIO, Andrés, *Código Penal comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- DE LA FUENTE, Javier, *El aspecto subjetivo de las causas de justificación*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2008.
- *Error sobre los presupuestos objetivos de justificación*, www.corteidh.or.cr/tablas/a20469.pdf
- DONNA, Edgardo A., *Derecho Penal. Parte General*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. II, 2014.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, t. I, 2008.
- ESER, Albin; BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, 1995.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed. actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003.
- FRISCH, Wolfgang, *La imputación objetiva del resultado*, Atelier, Barcelona, 2015.
- GARIBALDI, Gustavo; PITLEVNIK, Leonardo, *Error y delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.
- GOERNER, Gustavo, CARNOVALI, Anelise, *La delimitación del sujeto pasivo en los delitos de aborto, lesiones y homicidio*, en La Ley DJ 1998-2, 880.

- GONZALEZ ROURA, Octavio, *Derecho Penal, Parte especial*, Abeledo Editor, Buenos Aires, 1925.
- HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, trad. Española de María del Mar Pita, en *Anuarios de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, p. 912, publicado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46378.pdf>
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, trad. Joaquín Cuello Contrera y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed. corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*. Ed. Porrúa, México D.F., 2006.
- LEVENE, Ricardo, *Manual de derecho penal. Parte Especial*, Víctor de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1978.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal*, del Puerto, Buenos Aires, 1997, t.I.
- MALAGARRIGA, Carlos; *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Librería Cervantes, t. II, 1927.
- NUÑEZ, Ricardo, *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª edic., 2ª reimpresión, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 1988, t. III, vol. I.
- *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Lerner, Buenos Aires, 1973.
- *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed. actualizada, Lerner, Córdoba, 2008.
- HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2ª ed., 2016, t.II.
- HERRERA, Marisa; SPAVENTA, Verónica, *Vigilar y castigar...: el poder de corrección de los padres*, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*.
- PINTO, Ricardo Matías, *El delito de lesiones en el Código Penal. Algunas cuestiones problemáticas*, en *Revista de Derecho Penal, Delitos contra las personas*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, t.II.
- PUPPE, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, trad. de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2010.
- RAGÜÉS I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1999.

- *De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico*, en Revista InDret, Barcelona, julio de 2012.
- *Consideraciones sobre la prueba del dolo*, en Revista de Estudios de la Justicia, Nro. 4, Año 2004.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª ed. alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thompson Reuters Civitas, Madrid, 2015.

- *La imputación Objetiva en el Derecho Penal*, 2ª ed., 2ª reimpr., Ed. Grijley, Lima, 2014.
- *La calificación jurídico penal de la corrección paterna*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2ª Época, n 16, 2005, p. 233-242.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed. Parte general; 4ª ed. Parte especial, TEA, Buenos Aires, 1987.

VIRGOLINI, Julio E., *Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia*, en DOCTRINA PENAL, Año 8, número 29, 1985, p. 119-129.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal, Parte general*, Traduc. por Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 46ª edición alemana de Raúl Pariona Arana, Instituto Pacífico, Buenos Aires, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio R.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio R., *Responsabilidad médica* en BUERES, Alberto J. y ZAFFARONI, Eugenio R., *Responsabilidad médica. Aspectos civiles y penales*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio R.; CARLÉS, ROBERTO MANUEL, *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014.