

TEMA TRES: PROYECTO INTEGRAL DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

TÍTULO: LA DENOMINADA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA.

Autor: Ab. María Laura Coronel.  
Universidad Católica de Santiago del Estero, Jujuy.  
Tel: 0388- 154 076 555 / 4226953.  
Domicilio: Belgrano 1335, 3° Piso, Dpto. "A", San Salvador de Jujuy. Jujuy.  
Código Postal: 4600.  
Correo Electrónico: coronelaura@hotmail.com.  
Año 2007.

## **I. PROEMIO.**

La inminente reformulación de los parámetros normativos que ofrece el actual proyecto de reforma al código penal argentino, amerita efectuar una serie de reflexiones.

Tras el reconocimiento de principios rectores que rigen la vida humana de relación, plasmados en las cartas magnas de los estados, especialmente la revalorización del principio de dignidad humana ínsito en los textos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, se ha ido adecuando a la realidad óptica del ser humano, de manera paulatina y constante el sustrato material del principio de culpabilidad.

El principio de culpabilidad es el presupuesto para la aplicación de una pena, instaurando un derecho penal de hecho o de acto. Una persona sólo debe responder por los hechos que haya cometido bajo ciertos presupuestos: hechos controlables por ella y motivados en el conocimiento de la norma. Se afirma que una de las grandes funciones que recae sobre este principio es la de evitar que el “debate sobre los contenidos de la culpabilidad dentro de la teoría del delito destruya las exigencias básicas que constitucionalmente justifican que una persona deba responder penalmente por su hecho”<sup>1</sup>.

No obstante estas enseñanzas, se advierte en el derecho penal argentino que la culpabilidad -no ya como enunciado rector, sino como estrato de la teoría del delito- ha transitado un largo camino por dos sendas paralelas: una, la de la legislación vigente y la otra, conformada por los criterios jurisprudenciales y doctrinarios, que hicieron suyos el principio de dignidad humana al que se hizo referencia anteriormente. Ambas sendas buscan la síntesis en el actual proyecto de reforma al Código Penal Argentino, a través del reconocimiento de la denominada “imputabilidad disminuida” reclamada por la jurisprudencia y doctrina ante el ensordecedor eco producido frente al profundo vacío legal del derecho positivo vigente.

En el presente, se tratará de mostrar este tránsito paralelo hacia la confluencia del tratamiento igualitario por la doctrina y jurisprudencia de acuerdo a criterios de lege ferenda.

## **II. TEXTO LEGAL ARGENTINO:**

El texto legal vigente en el Código Penal Argentino trata a la imputabilidad en el Título 5, artículo 34°. Al respecto establece que “no son punibles... inc. 1) El que no haya podido en el

momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Acto seguido, los artículos 40° y 41°, señalan pautas para la mensuración de las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad. Estos criterios, de carácter enumerativo no-taxativo, son parámetros que el juzgador debe valorar y fundamentar al momento de la individualización de la pena. En estos artículos confluyen –al mismo tiempo- criterios de culpabilidad y peligrosidad, lo que ha devenido en una gran profusión de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales antagónicas al respecto: unos al sostener la peligrosidad como “correctivo atenuante” de la conjugación de la pena resultante de la relación delito-pena; otros, afirmando la peligrosidad entendida como resabio de los postulados del positivismo criminológico de inicios del siglo pasado.

Estas normas, vigentes desde el año 1921, se mantuvieron incólumes durante el transcurso del siglo XX, tiempo en el que la doctrina hizo sus avances a pasos agigantados siendo la jurisprudencia receptiva de esta evolución.

### **III. EVOLUCIÓN EN EL PENSAMIENTO DOCTRINARIO ARGENTINO:**

La culpabilidad como estrato analítico del delito, es analizada una vez firme el estudio del injusto penal conformado por el tipo y la antijuricidad. Por lo que “no cabe culpar del mismo a su autor por haberlo realizado éste en unas determinadas condiciones psíquicas”<sup>2</sup>. Estas condiciones se encuentran vinculadas al concepto de imputabilidad penal.

La imputabilidad (capacidad psíquica de culpabilidad<sup>3</sup>) como exigencia mínima “para atribución de responsabilidad penal a su autor”<sup>4</sup>, ha sufrido ella misma una evolución en el campo de las ciencias penales. En efecto, “ha sido definida de muy diferentes maneras y, en consecuencia, también se le asignaron ubicaciones dispares dentro de la teoría del delito y aun fuera de ella”<sup>5</sup>.

En un primer estadio de la cuestión, en el derecho argentino, la imputabilidad se sustentaba en un criterio bio-psicológico: un dato naturalístico que, con ayuda de las ciencias médicas-forenses, de acuerdo a un catálogo cerrado de alteraciones psíquicas/mentales permitían ubicar al sujeto como inmerso en una u otra categoría (imputabilidad-inimputabilidad). De acuerdo a la ubicación dentro de esta nómina, se podría luego, reprocharle o no, haber realizado un injusto penal. No era permitida, dentro de los parámetros del Código penal, otra alternativa.

Así lo entendió NÚÑEZ: en el “sistema del Código penal la imputabilidad existe o no existe. Los casos llamados de imputabilidad disminuida, que, en virtud de trastornos de las facultades o de la conciencia, acusan una disminución de la capacidad intelectual o volitiva, no tienen una regulación particular”<sup>6</sup>, encontrando para estos casos los tribunales “una causa de agravación de la pena”<sup>7</sup>. Este dato fue reconocido por ZAFFARONI: “aunque no cabe interpretar así el texto legal argentino (...), muchas veces ha sido ésta la interpretación judicial, lo que habla por sí mismo del tremendo potencial habilitador de poder punitivo de cualquier manipulación del concepto de imputabilidad”<sup>8</sup>.

En este contexto, surgió el actual Código penal argentino. Y en este contexto siguió vigente, en un real atraso con respecto a las ciencias penales, que refrescaron estos conceptos y los adecuaron a criterios humanitarios que reconocieron la realidad óptica del ser humano, materializando los ejes rectores del poder estatal de castigar: “el ámbito de autodeterminación del sujeto como única base axiológicamente posible”<sup>9</sup> para reprocharle un injusto penal, en pleno reconocimiento de la dignidad humana.

FRÍAS CABALLERO enfrentó aquella tesitura considerando no sólo el aspecto bio-psicológico, sino que agregó el criterio ético-social, enrolado en una postura eminentemente normativista: reprochabilidad de la conducta del autor, de acuerdo a circunstancias socio-culturales y “jurídico-valorativo”<sup>10</sup>. El juez al momento de la aplicación de la pena debe “determinar si, efectivamente, se encuentra frente a una genuina ‘persona humana’ con capacidad personal de reprochabilidad ético-social en el momento del acto”<sup>11</sup>. Existen ciertas “situaciones o estados personales de carácter bio-psicológico, denominados ‘causas de inimputabilidad’... que aniquilan la capacidad personal de reprochabilidad”<sup>12</sup>. No obstante estas situaciones, “en manera alguna tienen como función la selección ‘científico-natural’ de sanos por una parte y enfermos por otra”<sup>13</sup>. Debe estarse a la posibilidad de reprochar la conducta conforme a la mayor o menor comprensión del sujeto al momento del hecho.

Al introducirse el juicio de reproche al sujeto por no haber adecuado su conducta a la norma en el ámbito de la culpabilidad, se posibilitó cuantificar la culpabilidad del mismo de acuerdo al grado de comprensión que tuvo al momento de realizar su conducta, traducida, a la postre, en la cuantificación de la pena.

ZAFFARONI afirma que la mayor o menor comprensión al tiempo de cometer el injusto está relacionada con “el grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuricidad de su conducta, sin importar si ésta es normal o patológica”<sup>14</sup>. Esta relación se logra con un análisis inversamente proporcional: a mayor esfuerzo, menor capacidad psíquica de culpabilidad y a menor esfuerzo, mayor capacidad psíquica de culpabilidad, luego, traducido en la reprochabilidad al sujeto por el injusto cometido. El esfuerzo de comprensión que realiza el individuo, debe ser valorado por el juez, aportando el perito un “simple dato informativo”<sup>15</sup>. Finaliza agregando que “entre la capacidad y la incapacidad psíquicas no hay una diferencia tajante. Tratándose de medir un esfuerzo, se plantea una cuestión de grado”<sup>16</sup>. De allí, al reconocer la cuantificación del reproche, anhela la reubicación de “la imputabilidad en la punibilidad, con un sentido por completo diferente del que tuvo en su época con el positivismo y el neoidealismo”<sup>17</sup>.

Ante el tratamiento extremo del código penal, en su redacción literal, surgió la necesidad de dar respuesta efectiva al planteamiento de aquéllos casos en los que el sujeto se encuentra en una situación de “imputabilidad disminuida”. No obstante ello, y a pesar del vacío legal de la actual redacción del texto penal argentino, ZAFFARONI afirma que hay “claros casos de imputabilidad disminuida, como la emoción violenta del inc. 1° del art. 81 y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el caso del parricidio, del art. 80”<sup>18</sup>. Al estar ya legisladas por el texto legal argentino y haciendo uso de la analogía *bonam partem*, este jurista, afirma que debe considerarse que es aplicable a cualquier delito en que sea admisible<sup>19</sup>. A similares conclusiones arriba MIR PUIG.

Otros, afirman que una justa solución frente a esta problemática se logra a partir de las pautas de mensuración de la pena receptadas en los artículos 40° y 41° del Código Penal. A diferencia de lo que afirmara NÚÑEZ -en un momento signado por el positivismo clásico con resabios peligrosistas- la tendencia es la de disminuir la pena en razón de la menor culpabilidad, dando espacio suficiente al juego del principio de proporcionalidad y su consecuente prohibición de exceso: la pena debe ser proporcional al delito cometido, teniendo en cuenta las especiales circunstancias que influyeron en el autor –al momento del hecho- para adecuar su conducta con un mayor o menor esfuerzo a la norma, dando lugar, a la primacía del dogma de la culpabilidad por el hecho. Para BACIGALUPO “el valor justicia determina que la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho y que ésta a su vez dependa de la reprochabilidad del autor”<sup>20</sup>.

#### **IV. JURISPRUDENCIA RECEPTIVA.**

Conteste con la evolución del pensamiento doctrinario penal, las agencias judiciales han

encontrado respuesta satisfactoria a la problemática de la “imputabilidad disminuída” a través de la mensuración de la pena. El fin del presente acápite es traer a colación, un ejemplo paradigmático en el que se demuestra claramente la evolución del mencionado pensamiento.

El día 19/04/06, por Auto Interlocutorio N° 74, en autos Letra “L”-433-06, el Juez de Control, a cargo del Juzgado de Control N° 6 de la ciudad de Córdoba, dispuso la inmediata libertad del imputado –como co-autor responsable del delito de Robo y Robo Agravado (arts. 45, 164, y 166 inc. 2° tercer párrafo, 1° supuesto del Código Penal), en razón de lo dispuesto por el art 281 inc. 1° - a contrario sensu- del CPP. Para así decidir el juez estimó que el imputado no presentaba insuficiencia ni alteración morbosa de sus facultades mentales, ni podía inferirse que al momento de comisión de los hechos que se investigaron haya estado impedido de comprender la criminalidad de sus actos o de dirigir sus acciones; que presentaba un retraso leve de desarrollo juntamente con mecanismos y conductas antisociales, entre ellos el consumo de sustancias e impulsividad. Este diagnóstico forense, le permitió afirmar que se trataba de un caso de imputabilidad. Pero sin embargo, el retraso leve de desarrollo y su inestabilidad emocional –padecida por la muerte de su padre- más dos intentos de suicidio a los pocos meses de aquél fallecimiento, llevaron al sentenciante a sostener que el imputado había actuado al momento del hecho con una “imputabilidad disminuída”. Afirmó el judicante que el silencio legal del ordenamiento jurídico en torno a esta problemática específica, obligó a la doctrina a propiciar soluciones dogmáticas adecuadas al principio de culpabilidad y proporcionalidad, derivados del principio de protección de la dignidad de la persona humana, emergente de la Constitución Nacional y de los Pactos a ella incorporados. Agregó que ante el vacío legal denunciado, existe consenso en considerar estos supuestos desde el punto de vista de los criterios de graduación de la pena contemplados en los artículos 40° y 41° del Código Penal.

## **V. LEGISLACIÓN Y DOCTRINA COMPARADA:**

En el ámbito del derecho comparado, el código penal alemán receta de manera expresa en su artículo 21° la imputabilidad disminuida. Al respecto establece que “cuando la capacidad del autor para apreciar y comprender la ilicitud del hecho o de obrar conforme a esa apreciación y conocimiento estuviere, al tiempo de su comisión, considerablemente disminuida por alguna de las causas mencionadas en el art. 20°, *podrá* atenuarse la pena...”<sup>21</sup>. El código penal español legisla sobre circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal en el artículo 21°. En efecto, el inciso 1° determina que entre estas circunstancias se encuentran “las causas expresadas en el capítulo

anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”<sup>22</sup>.

Frente a la expresa regulación legal, han surgido en la doctrina extranjera diversas consideraciones de interés.

MAURACH afirma que el concepto de imputabilidad disminuida es un concepto desgraciadamente equívoco: “no se trata aquí de un caso límite, en el que domina la duda acerca de si el autor es imputable o no (...), ni tampoco de un grado intermedio entre la plena capacidad de imputabilidad o la falta de ella”<sup>23</sup>. Se trata de casos de plena capacidad de imputabilidad. La cuestión radica en que “para lograr el mismo resultado de comprensión y dirección que un individuo mentalmente normal, debe poner en práctica una fuerza de voluntad incomparablemente mayor”<sup>24</sup>, de manera tal que al sucumbir en el delito, demuestra “una capacidad de resistencia frente a los impulsos del *pathos*... inferior a la normal”<sup>25</sup>. La relación que existe entre la imputabilidad disminuida y la incapacidad de imputabilidad –según este autor- está dada por idénticos criterios biológicos.

Ahora bien, esta falta de resistencia, tiene consecuencias al nivel de la medición de la pena. Esto se traduce de la siguiente manera: “esta carencia del poder determina una disminución del grado de reprochabilidad y, con ello, también una disminución del grado de culpabilidad”<sup>26</sup>. Consecuentemente, la culpabilidad repercute en la medición de la pena: “debe ser tratado como una simple regla de medición judicial de pena”<sup>27</sup>. Sin embargo, y pese a esta íntima relación, MAURACH ve la inconsecuencia del texto alemán: la atenuación de la pena por el juez, debiera ser en todo caso obligatoria y no sólo facultativa. De esta manera, se satisfecería el principio de la pena justa, proporcional a la culpabilidad del autor.

ROXIN, se pregunta “qué es lo que realmente fundamenta en el aspecto material el reproche de la culpabilidad, es decir, por qué caracterizamos como ‘culpable’ o no culpable’ una conducta ilícita si concurren determinados requisitos positivos y negativos”<sup>28</sup>. Propone un concepto de culpabilidad, partiendo de un criterio de asequibilidad normativa: “Hay que afirmar la culpabilidad de un sujeto cuando el mismo estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma según su estado mental y anímico, cuando (aún) le era psíquicamente asequibles ‘posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la norma’...”<sup>29</sup>. Agrega que esta posibilidad de atender el llamado de la norma, puede verse disminuido en el caso concreto, repercutiendo en consecuencia, sobre la medida de la culpabilidad. El artículo 21° del

código penal alemán no trata sobre una “forma autónoma de ‘semiimputabilidad’ (...), sino un caso de imputabilidad”<sup>30</sup>, el sujeto es –en términos de este autor- todavía asequible a la norma. Afirma que “la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma”<sup>31</sup>. Al ser la capacidad de culpabilidad graduable se trata en definitiva “de una causa de atenuación de la pena”<sup>32</sup>. Finalmente estima que la atenuación facultativa de la pena debe ser entendida como precepto obligatorio a fin de evitar la vulneración del principio de culpabilidad, al sostener que “el contenido de la pena no puede ser superior ni inferior a lo que corresponde como retribución justa de la culpabilidad”<sup>33</sup>. Concluye que “una inimputabilidad [*imputabilidad*] notablemente disminuida debe comportar también una pena notablemente disminuida”<sup>34</sup>. Finalmente, agrega que las penas justas son “aquellas que no sobrepasan los límites al justo castigo que surgen del principio de culpabilidad, la prevención especial y la general”<sup>35</sup>.

En el mismo sentido MIR PUIG, sostiene que “el concepto de normalidad es relativo –refiriéndose a la normalidad motivacional del sujeto- y depende no tanto de consideraciones estadísticas como de lo que en cada momento histórico-cultural se considera como ‘normal’: no se trata de un concepto naturalístico, sino normativo o cultural”<sup>36</sup>. En relación con las denominadas eximentes incompletas del código penal español, refiere que el artículo 21º inciso 1º, son circunstancias atenuantes de la pena, “requiere que se produzca en forma no plena pero notable el efecto psicológico correspondiente que afecta la normal motivación del sujeto...”<sup>37</sup>. Finalmente, y fuera del mencionado texto, el régimen español trata también sobre las atenuantes ordinarias. Estas “disminuyen la posibilidad de imputación personal del hecho, por disminuir la imputabilidad”<sup>38</sup>; estas son, las atenuantes de adicción y de estado pasional.

Finalmente, CEREZO MIR, afirma que “la culpabilidad es un elemento esencial del concepto de delito en el nuevo código penal español”<sup>39</sup> y el principio de culpabilidad “no hay pena sin culpabilidad y de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, es un principio fundamental del Derecho penal moderno”<sup>40</sup>. Ésta, se conforma en su materialidad de acuerdo a los parámetros fijados por la Constitución Española: “nuestra Constitución, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, se basa, sin duda en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a criterios normativos”<sup>41</sup>. No obstante ello, la “capacidad de obrar de otro modo puede estar disminuida, en ciertos casos, por las circunstancias anormales en que se llevó a cabo la acción u omisión típica y antijurídica”<sup>42</sup>, no se trata de exclusión de culpabilidad, sólo de disminución de la misma. “Nuestro Código penal –español- prevé la aplicación de una pena atenuada para los semiimputables, bien mediante la apreciación de una eximente incompleta (...), o de una atenuante (...)”<sup>43</sup>. Esta disminución de la

culpabilidad consiste en una merma de “capacidad de comprender el carácter ilícito de la conducta o de obrar conforme ese conocimiento”<sup>44</sup>. Finalmente concluye que “a pesar de las críticas formuladas, creo que debe mantenerse el sistema de la doble vía, es decir de la aplicación de una pena adecuada a la gravedad de lo injusto culpable y de una medida de seguridad para hacer frente a la peligrosidad del delincuente”<sup>45</sup>.

De esta manera, y sin fantasías de exhaustividad, se ha pretendido mostrar las opiniones científicas extranjeras en materia de imputabilidad y la divergencia de tratamiento que propugnan unos u otros en el sistema alemán y español.

## **VI. ACTUAL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO.**

Atendiendo a la evolución doctrinaria y jurisprudencial tanto nacional como extranjera, se ha evidenciado la necesidad de dar respuesta a los innumerables casos que se presentan en las agencias judiciales en atención de la denominada “imputabilidad disminuida”.

Cabe mencionar, que el proyecto citado, no es el primero en tratar de manera clara y precisa esta circunstancia. Anteriormente, ha sido vislumbrada esta cuestión por los proyectos Tejedor, el de 1881, el Código de 1886, el proyecto de la comisión Técnica Mixta del Senado de la Nación de 1988-1989. También lo previó el proyecto de reforma del año 1960. No es este el momento para profundizar sobre los criterios políticos criminales por los que, cada cual, previó en su oportunidad, la posibilidad de atenuación de la pena frente a la menor culpabilidad del agente.

El proyecto aquí tratado, prevé en el artículo 34° las eximentes de responsabilidad jurídico penal. Establece que no es punible... “inc. h) **El que a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica permanente o transitoria no haya podido, al momento del hecho, comprender su criminalidad o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión**”. Inmediatamente después, establece en el artículo 35° que la pena se disminuirá si al momento del hecho el sujeto... inc. e) “...**tuviera considerablemente disminuida la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, por uno de los motivos establecidos en el inciso h) del artículo 34°. La pena será la prevista para la tentativa**”.

El formato del actual proyecto adopta el del mencionado código penal alemán, en cuanto a la terminología utilizada “*capacidad... considerablemente disminuida*”.

Con respecto a la disminución de la capacidad y la necesidad de que ésta sea considerable, ROXIN afirma que “la delimitación entre la disminución ‘notable’ y la menos notable de la imputabilidad naturalmente deja un espacio amplio a la valoración judicial”<sup>46</sup>. Para la aplicación de la atenuación de la pena, -agrega-, “se habrá de exigir básicamente que la constitución psíquica del sujeto se aparte claramente de la media de la normalidad y se aproxime a la inimputabilidad”<sup>47</sup>. MAURACH, estima que “la determinación de tal grado relevante es en lo esencial una cuestión de hecho, para cuya precisión debe tenerse en cuenta la especie del delito concreto”<sup>48</sup> no pudiendo establecerse reglas vinculatorias.

Finalmente, y a diferencia del texto germánico que prevé la atenuación facultativa de la pena –tan criticada desde los ámbitos científicos-, este proyecto determina que la pena a aplicar por el juez, será la prevista para la tentativa, siendo este marco legal referencial un claro parámetro del gran avance de este proyecto: no sólo de la recepción expresa de la denominada imputabilidad disminuida, sino que también refleja las consecuencias que esta “menor capacidad psíquica de culpabilidad” trae aparejada: la reducción de la escala penal para el delito de que se trate.

Finalmente, el inciso “e” del artículo 8° del mismo proyecto establece que **“La determinación de la pena se fundamentará en la culpabilidad del autor o partícipe. Además se tendrá especialmente en cuenta: ...inc. e) La mayor o menor comprensión de la criminalidad del hecho y la capacidad de decisión, valorando las demás circunstancias personales, en particular las económicas, sociales y culturales del responsable”**.

## **VII. REFLEXIONES FINALES.**

Sentadas las bases del principio de culpabilidad en el derecho penal de un estado social y democrático de derecho en virtud de las cuales no puede castigarse a quien realiza un injusto penal sin culpabilidad, en el que el concepto de “normalidad no puede basarse en meras consideraciones psicológicas; depende de una decisión normativa, en la que junto a consideraciones de igualdad, humanidad, resocialización o proporcionalidad, influyen las necesidades preventivas vigentes en un contexto determinado y limitadas por el principio de intervención”<sup>49</sup> debe analizarse cuál es la función de la denominada “imputabilidad disminuida”.

El camino recorrido en el tratamiento de la imputabilidad o “capacidad psíquica de culpabilidad”, se ha demostrado muy pedregoso. Actualmente, se encuentra transitando rutas más tranquilas. Al tratarla desde la óptica de un concepto conformado por criterios bio-psicológicos,

pero también marcada por las tendencias valorativas jurídico-sociales de una determinada praxis social, permite valorar la conducta del sujeto desde un criterio político respetuoso de los derechos humanos, en especial, de la dignidad humana.

La culpabilidad entendida ya no como un mero postulado formal del derecho penal, sino materializada en el respeto de la personalidad humana, obliga a cuantificar el reproche que puede caber a un sujeto que con su accionar, cometió un injusto penal. Este reproche, sólo puede dirigirse a una persona que fue psíquicamente capaz de culpabilidad al momento de la comisión del delito. La imputabilidad, como realidad psico-social, no se adecua solo a parámetros médicos forenses, sino que se entronca en un concepto cultural, social y jurídico penal determinado.

Por todo ello, la denominada “imputabilidad disminuida” ha venido a hacer explícita una realidad que necesitaba ser entendida como tal. Existen casos en los que el reproche que puede dirigirse a un sujeto, es un reproche menor, en razón de su menor imputabilidad. Era necesario esta visión, de expresa mención, para desalojar de manera definitiva los viejos resabios biologists, que aún, lamentablemente se mantienen aferrados en la praxis judicial. Así ha quedado plasmado este reconocimiento a través del texto del artículo 35° inciso “e” del proyecto en estudio: “considerablemente disminuida su capacidad de comprensión de la criminalidad...”.

La denominada imputabilidad disminuida no es más que simple imputabilidad. Se disiente con el criterio asumido por LAJE ANAYA quien afirma que “el semi-imputable no es del todo incapaz, ni del todo capaz; no es incapaz del todo, y no es del todo capaz”<sup>50</sup>. El que ha obrado con una considerable disminución de su capacidad de comprensión de la criminalidad de su acto, ha obrado con capacidad psíquica. No obstante, se trata de una capacidad psíquica menor de la normal. Se la denomina “disminuida” en razón de que para lograr el mismo resultado de comprensión y dirección que un individuo mentalmente normal, debe poner en práctica una fuerza de voluntad incomparablemente mayor (MAURACH), o mayor grado de esfuerzo que la persona debe haber realizado para comprender la antijuricidad de su conducta (ZAFFARONI).

Esta menor comprensión del injusto penal, producto del gran esfuerzo que debe realizar el sujeto al momento de hecho para poder comprender el significado antijurídico y disvalioso del mismo, no anula su imputabilidad. Es en razón de ello que puede reprocharse al sujeto no haber conformado su actuación al imperativo de la norma. No obstante, este reproche no puede ser caprichoso: encuentra su límite en la culpabilidad del autor. Al estar ésta reducida, menor será el reproche con el que cargue. La declaración de mayor o menor capacidad de culpabilidad no debe

quedar como una mera declaración formal, sino que, es imperioso encontrar su materialización a través de una respuesta adecuada y limitadora del poder estatal de castigar.

El legislador, bajo el imperio de los principios del derecho penal actual, inmerso en una sociedad pluralista, democrática y respetuosa de los derechos humanos, ha impregnado el proyecto con estos principios. La denominada culpabilidad disminuida está llamada a cumplir con dos grandes funciones: Morigerar el reproche al sujeto cuya capacidad de comprensión de la criminalidad de su acto ha estado considerablemente disminuida y reflejar este menor reproche en la escala penal fijada para el delito cometido reducida conforme la pena establecida para la tentativa.

Para aquellos casos en los que la capacidad de comprensión de la antijuricidad o criminalidad de sus actos no llegue al parámetro establecido en el artículo 35°, esto es, no se encuentre notablemente disminuida, el juez tendrá a su alcance los criterios para la determinación de la pena regulados sabiamente por el artículo 8° del proyecto bajo examen. Este establece que para la mensuración de la pena se deben tener en cuenta entre otras consideraciones, la mayor o menor culpabilidad del autor, entendida como mayor o menor capacidad de comprensión de la criminalidad de su hecho. Esta capacidad mental de culpabilidad también se mide de acuerdo al esfuerzo que realiza el sujeto para comprender el significado antijurídico de su hecho pautado con parámetros personales, en particular económicos, sociales y culturales del responsable. Con la actual redacción del artículo 8°, se ha despojado el criterio para la individualización de la pena, de la “tacha peligrosista” que en algún momento algún jurista e incluso algún juez, hiciera del artículo 41° del texto penal vigente, eliminando términos relacionados con la “peligrosidad del autor”.

Es así como el actual proyecto de reforma al código penal argentino ha llegado al valle en el que descansa la actual ciencia del derecho penal, receptada por la praxis judicial: el reconocimiento de la graduabilidad del reproche con el que puede cargarse a un individuo en razón de su mayor o menor comprensión de la criminalidad de su acto, en una clara recepción al principio de culpabilidad por el hecho y en consecuencia, de la limitación al poder punitivo del estado.

---

#### NOTAS.

1 YACOBUCCI, ob. cit. pág. 295.

2 MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 91.

3 ZAFFARONI, RAÚL E., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 536.

4 BUTELER, JOSÉ A. , *Reproche de Culpabilidad y Exclusión Social en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, ed. Lerner, Córdoba, 2004.

- 
- 5 ZAFFARONI... op. cit., pág. 535.
- 6 NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino, Parte General*. TII, ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1960, pág. 36.
- 7 NÚÑEZ, ob. cit., pág. 37.
- 8 ZAFFARONI, op. cit. pág. 543.
- 9 BUTELER, ob. cit. pág. 2.
- 10 FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social)*, ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 129.
- 11 FRÍAS CABALLERO, idem, pág. 125.
- 12 FRÍAS CABALLERO, idem, pág. 127.
- 13 FRÍAS CABALLERO, ob. cit. pág. 134.
- 14 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 545.
- 15 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 553.
- 16 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 562.
- 17 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 544.
- 18 ZAFFARONI, ob. cit. pág. 562.
- 19 Cfr. ZAFFARONI, ob. cit. pág. 562.
- 20 BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1999, pág. 157.
- 21 ESPÍNDOLA, JULIO CÉSAR, *Código Penal Alemán, Parte General*, ed. Depalma, Bs. As., 1976, pág. 18.
- 22 Código Penal Español, 2da Edición, ed. Textos Legales Universitarios, Madrid, 2000, pág. 21.
- 23 MAURACH, REINHART Y ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal, Parte General*, T.I, ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 628.
- 24 MAURACH, ob. cit. pág. 628.
- 25 MAURACH, ob. cit. pág. 628.
- 26 MAURACH, ob. cit. pág. 628.
- 27 MAURACH, ob. cit. pág. 629.
- 28 ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ed. Reus, Madrid, 1981, pág. 59.
- 29 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, 2º Edición, ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 807.
- 30 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, TI, ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 839.
- 31 ROXIN, ob. cit., pág. 839.
- 32 ROXIN, idem anterior, pág. 839.
- 33 ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ed. Reus, Madrid, 1981, pág. 105.
- 34 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, TI, ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 841.
- 35 ROXIN, CLAUS, *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, ed. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, pág. 225.
- 36 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 4º edición., ed. Tecfoto, S.L., Barcelona 1996, pág. 573.
- 37 MIR PUIG, ob. cit. pág. 626.
- 38 MIR PUIG, ob. cit. pág. 627.
- 39 CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho Penal, Parte General-Lecciones*, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pág. 13.
- 40 CEREZO MIR, ob. cit. pág. 14.
- 41 CEREZO MIR, ob. cit. págs. 36-37.
- 42 CEREZO MIR, ob. cit. pág. 40.
- 43 CEREZO MIR, ob. cit. pág. 97.
- 44 CEREZO MIR, ob. cit. pág. 98.
- 45 CEREZO MIR, ob. cit. pág. 102.
- 46 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, TI, ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 840.
- 47 ROXIN, ob. cit. pág. 840.
- 48 MAURACH, REINHART Y ZIPF, HEINZ, *Derecho Penal, Parte General*, T.I, ed. Astrea, Bs. As., 1994, pág. 630.
- 49 TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal Español*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, ed. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001, pág. 246.
- 50 LAJE ANAYA, JUSTO, *Imputabilidad, Culpabilidad, Participación, Concurso de Delitos*, ed. Alveroni, Córdoba, 2007, pág. 24.

## BIBLIOGRAFÍA.

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, ed. Hammurabi, Bs. As., 1999.
- BUTELER, JOSÉ ANTONIO, *Reproche de Culpabilidad y Exclusión Social en Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, N° 4, ed. Lerner, Córdoba, 2004.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *Derecho Penal, Parte General-Lecciones*, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- Código Penal Español, 2da Edición, ed. Textos Legales Universitarios, Madrid, 2000. –

- 
- ESPÍNDOLA, JULIO CÉSAR, *Código Penal Alemán, Parte General*, ed. Depalma, Bs. As., 1976.
- FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad Penal (Capacidad personal de reprochabilidad ético-social)*, ed. Ediar, Bs. As., 1981.
- LAJE ANAYA, JUSTO, *Imputabilidad, Culpabilidad, Participación, Concurso de Delitos*, ed. Alveroni, Córdoba, 2007.
- MAURACH, REINHART Y OTRO, *Derecho Penal, Parte General, T.I*, ed. Astrea, Bs. As., 1994.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, 4° edición., ed. Tecfoto, S.L., Barcelona 1996
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 1982.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino, Parte General. TII*, ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1960.
- ROXIN, CLAUS, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, ed. Reus, Madrid, 1981.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, 2° Edición*, ed. Civitas, Madrid, 1997.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, ed. Civitas, Madrid, 2000.
- ROXIN, CLAUS, *Transformaciones de la teoría de los fines de la pena*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, ed. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Culpabilidad y prevención: Anotaciones desde el Derecho Penal Español*, en *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, ed. La Lectura-Lerner, Córdoba, 2001.
- YACOBUCCI, GUILLERMO, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, ed. Ábaco, Bs. As., 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL EUGENIO Y OTROS. *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ed. Ediar, Bs. As., 2005.