

EDGARDO ALBERTO DONNA

Doctor en derecho. Profesor titular en la Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano. Profesor ordinario y de posgrado en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Mendoza. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Ex becario de la Alexander von Humboldt-Stiftung, Instituto de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, Universidad de Erlangen-Nürnberg, y de la Deutscher Akademischer Austausch Dienst, Universidad de Köln.

# *Teoría del delito y de la pena*

1

Fundamentación de las sanciones penales  
y de la culpabilidad

*2ª edición actualizada y ampliada*

1ª reimpresión



EDITORIAL ASTREA  
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA  
CIUDAD DE BUENOS AIRES  
2001

## ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la segunda edición</i> . . . . .	V
<i>Agradecimientos</i> . . . . .	IX

### CAPÍTULO PRIMERO

#### EL PROBLEMA DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA

§ 1. Introducción . . . . .	1
§ 2. Fundamento obligatorio de las sanciones jurídico-penales . . . . .	2
a) El Estado de derecho . . . . .	2
b) La ley . . . . .	5
1) Concepto de ley previa . . . . .	6
2) Antecedentes de la ley previa . . . . .	9
c) El principio de legalidad . . . . .	11
d) Consecuencias del principio “nullum crimen nulla pœna sine lege” . . . . .	11
1) Prohibición de la analogía . . . . .	12
2) Prohibición de la retroactividad . . . . .	13
a) El principio del artículo 2º del Código Penal . . . . .	14

	b) La ley más favorable . . . . .	15
	c) Las medidas de seguridad . . . . .	16
	d) Leyes temporales . . . . .	17
	3) Prohibición de fundamentar el castigo en el derecho consuetudinario . . . . .	17
	4) El mandato de certeza. . . . .	18
§ 3.	Fundamento real de las sanciones jurídico-pe- nales . . . . .	19
	a) El delito . . . . .	19
	b) La peligrosidad . . . . .	20
	1) Análisis del Código Penal . . . . .	20
	2) El artículo 34, inciso 1º, del Código Pe- nal . . . . .	20
	3) Lombroso . . . . .	23
	a) Evolución . . . . .	25
	1) El punto de partida . . . . .	25
	2) Teoría atávica . . . . .	26
	b) Teoría morbosa . . . . .	27
	1) Preparación . . . . .	27
	2) Fusión del atavismo y de la locura moral . . . . .	28
	c) La epilepsia como síntesis . . . . .	28
	d) La teoría criminogenética definitiva. . . . .	29
	e) Análisis crítico . . . . .	30
§ 4.	Fundamento de conocimiento de las sanciones jurídico-penales . . . . .	31
§ 5.	Fundamento jurídico de las sanciones jurídico- penales. . . . .	40
§ 6.	Fundamento final o teleológico de las sancio- nes jurídico-penales . . . . .	41
	a) Kant y las teorías que ven en la pena una retribución. . . . .	41
	b) Teoría de la prevención especial . . . . .	58
	c) Teoría de la prevención general. . . . .	67

1) La prevención general en von Feuerbach	67
2) La prevención general positiva . . . . .	69
§ 7. Conclusión. . . . .	73

**APÉNDICE**

**EL DELINCUENTE POR CONCIENCIA  
UN PROBLEMA DE COLISIÓN DE DEBERES**

1. Introducción . . . . .	76
2. La colisión de deberes en el derecho penal actual . . . . .	78
3. Solución del problema. . . . .	85
a) Solución del voto mayoritario . . . . .	85
b) Solución propuesta. . . . .	86

**CAPÍTULO II**

**FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PENA**

§ 8. La relación del poder del Estado y los derechos fundamentales . . . . .	89
§ 9. Fundamentos de los derechos humanos desde una perspectiva ética . . . . .	96
a) El Estado moderno. . . . .	96
1) El soberano puede disponer libremente del derecho. . . . .	101
2) El soberano puede violar el derecho . .	102
3) El soberano puede asumir en cualquier momento todo tipo de competencia. .	102
4) La soberanía. . . . .	102
5) La soberanía es ilimitada en su contenido. . . . .	102
b) La fundamentación de los derechos humanos en el Estado moderno . . . . .	103

### CAPÍTULO III

#### DERECHOS HUMANOS, DOGMÁTICA PENAL Y CRIMINOLOGÍA

§ 10.	Introducción . . . . .	115
§ 11.	Estado totalitario y dogmática penal . . . . .	115
§ 12.	La denominada “criminología crítica” . . . . .	120
§ 13.	La pretendida “teoría desde la marginación”. . . . .	123
§ 14.	Conclusión . . . . .	128

### CAPÍTULO IV

#### LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

§ 15.	Comienzo de la teoría normativa . . . . .	133
§ 16.	La teoría psicológica hasta el comienzo del siglo xx . . . . .	134
§ 17.	El elemento de la teoría de la culpabilidad desde Frank hasta Freudenthal . . . . .	145
§ 18.	Desarrollo de la teoría de la culpabilidad desde 1922 hasta 1935 . . . . .	164
§ 19.	Período que va desde 1935 hasta 1945 . . . . .	180
§ 20.	La actual teoría de la culpabilidad . . . . .	183
	a) La compleja teoría de la culpabilidad . . . . .	185
	b) Especiales concepciones de la culpabilidad . . . . .	195
	c) Teorías normativas de la culpabilidad . . . . .	200
§ 21.	Actuales tendencias sobre la culpabilidad. Teorías de la prevención especial . . . . .	212
	a) Teorías que aceptan la culpabilidad . . . . .	214
	b) Teorías que reemplazan el concepto de culpabilidad por criterios de prevención general . . . . .	215
	c) Función del tipo penal . . . . .	217
	d) Función de la antijuridicidad . . . . .	222

e)	Función de la responsabilidad . . . . .	225
f)	Teoría funcional de la culpabilidad de Jakobs . . . . .	228
g)	Funciones de la culpabilidad según Achenbach . . . . .	231
h)	La teoría de Streng . . . . .	234
§ 22.	La función de la culpabilidad en la medición de la pena . . . . .	235
§ 23.	Crítica de las posiciones . . . . .	236
§ 24.	Propuesta de solución provisional. Desarrollo de la dogmática penal. . . . .	240
a)	El contenido del concepto de atribuibilidad . . . . .	242
b)	Los grados de la atribuibilidad . . . . .	243
1)	La responsabilidad por el hecho . . . . .	243
2)	La culpabilidad . . . . .	245
c)	La responsabilidad por el hecho . . . . .	248
<i>Bibliografía</i> . . . . .		253