

BIBLIOTECA
ENRIQUE LOW MURTRA

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

I

**Fundamentación de las sanciones penales
y de la culpabilidad**

2ª edición actualizada y ampliada



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1996

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

	<i>b)</i> La ley más favorable	15
	<i>c)</i> Las medidas de seguridad	16
	<i>d)</i> 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- penales	19
	<i>a)</i> El delito	19
	<i>b)</i> La peligrosidad	20
	1) Análisis del Código Penal	20
	2) El artículo 34, inciso 1º, del Código Pe- nal	20
	3) Lombroso	23
	<i>a)</i> Evolución	25
	1) El punto de partida	25
	2) Teoría atávica	26
	<i>b)</i> Teoría morbosa	27
	1) Preparación	27
	2) Fusión del atavismo y de la locura moral	28
	<i>c)</i> La epilepsia como síntesis	28
	<i>d)</i> La teoría criminogenética definitiva	29
	<i>e)</i> 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
	<i>a)</i> Kant y las teorías que ven en la pena una retribución	41
	<i>b)</i> Teoría de la prevención especial	58
	<i>c)</i> 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