

“PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES”. **EXCEPCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL***

“PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES”.
EXCEPTION IN LAW TODAY

*Bibiana Llaryora***

Resumen: Tomando como punto de partida la regla jurídica que expresa: *“Peccata suos teneant auctores”* - *“Obliguen los delitos a sus propios autores”*, contenida en el Libro IX del Código, Título XLVII, denominado *“De las Penas”*, constitución 22¹, correspondiente a los emperadores Arcadio y Honorio -año 399- se observa que ese precepto romano está relacionado en nuestro tiempo, con el *principio de culpabilidad* y el de la *personalidad de las penas*. Sin embargo, es factible mencionar a una situación que, aparentemente, quedaría fuera de la regla. A ella se hará referencia en el presente trabajo.

Palabras-clave: *Peccata suos* - Culpabilidad - Responsabilidad personal - Delitos - Autores.

Abstract: Taking as a starting point the legal rule that expresses: *“Peccata suos teneant auctores”* - *“Oblige the crimes their own perpetrators”*, contained in Book IX of the Code, Title XLVII, called *“Of the Penalties”*, constitution 22, corresponding to the emperors Arcadius and Honorius -year 399- it is observed that this Roman precept is related in our time, with the principle of guilt and that of the personality of penalties. However, it is feasible to mention a situation that, apparently, would be outside the rule. It will be referred to in the present work.

Keywords: *Peccata suos* - Culpability - Personal responsibility - Crimes - Authors.

Sumario: Introducción. I. Derecho Romano: a) Responsabilidad penal familiar: Evolución. Fuentes; b) Responsabilidad individual vs. Responsabilidad por el hecho ajeno; c) Responsabilidad objetiva vs. Responsabilidad subjetiva; d) Responsabilidad colectiva vs. Responsabilidad de carácter personal. II. Derecho

(1) JUSTINIANO. *Código*, 9.47.22.

* Trabajo recibido el 11 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de octubre del mismo año.

** Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora de Derecho Romano (Facultad de Derecho FD-UNC). Tutora académica en la asignatura Práctica Profesional III (Área Legislativa) del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica (FD-UNC).

Penal: a) Imputabilidad (Etimología, Doctrina, Legislación-Minoridad); b) Culpabilidad; c) Responsabilidad; d) Autoría mediata en el Código Penal Argentino. III. Situación de Excepción: a) Ámbito nacional: Mendoza; b) Ámbito internacional: Uruguay. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Introducción

En esta oportunidad, la elaboración a presentar aborda tres apartados: el primero de ellos tiene como objeto destacar ciertos aspectos afines a la responsabilidad penal del *paterfamilias* en el Derecho romano, su evolución y el tratamiento en las fuentes, temática a la cual se une la consideración de distintas clases de responsabilidad que, si bien corresponden a nociones actuales, ya existían en Roma.

La sección subsiguiente, se encarga de abordar temas tales como la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y autoría mediata en el Derecho penal, para concluir con referencias a un proyecto de ley iniciado en el año 2018 en la provincia de Mendoza, y un fallo dictado en la República del Uruguay, vinculados a la perpetración de hechos delictivos por parte de menores inimputables, donde -aparentemente- se deja de lado el principio de responsabilidad personal en materia penal.

Cabe destacar que, como base de esta realización, se tuvo en cuenta la recordada "*Tria iuris praecepta*" de Domicio Ulpiano, principios fundamentales del derecho que siguen vigentes en nuestro tiempo, y fueron enunciados en el *Libro Primero del Digesto, Título I*, cuya rúbrica es: "*De la justicia y del derecho*", a través del *fragmento 10*, en el *parágrafo 1*, que dice: "*Los principios del derecho son éstos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo*"².

Asimismo, tal manifestación también consta en el *Libro I de Instituta, Título I*, denominado *De la Justicia y del Derecho*, cuyo *parágrafo 3*, señala: "*Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada uno lo suyo*"³.

El último principio fundamental contenido en esa tríada, constituye la idea que subyace en el título de este trabajo: "*Peccata suos teneant auctores*⁴...", "*obliguen los delitos a sus propios autores...*", porque lo que le corresponde al autor de un delito es la pena, ya que debe responder por el hecho cometido.

A pesar de esta afirmación, surge en nuestro tiempo, un interrogante, a saber: ¿es en toda situación el autor del delito el responsable por el acto ilícito perpetrado, o es posible que otra persona sea quien deba cumplir con una condena derivada de un hecho en cuya realización no tuvo participación alguna? Justamente,

(2) ULPIANO. *Reglas, Digesto*, 1.1.10.1.

(3) JUSTINIANO. *Instituta*, 1.1.3.

(4) JUSTINIANO. *Código*, 9.47.22.

la presente elaboración muestra una circunstancia que se relaciona con la segunda parte de esta cuestión.

Comenzaremos, entonces, incursionando en la temática de la responsabilidad penal en el ámbito familiar romano.

I. Derecho romano

a) Responsabilidad penal familiar: Evolución. Fuentes

Conforme a lo antedicho, en este primer segmento, se aludirá a la responsabilidad penal dentro de la familia romana, entendida como una *pluralidad de personas que giraban en torno a la autoridad del pater*, quien ejercía un extenso poder sobre sus miembros.

A este jefe de la casa, le fueron concedidos diversos derechos, abanico de prerrogativas susceptibles de ser congregadas en tres categorías, según el modo de distinción del paterfamilias: *como jefe supremo de la religión doméstica, como dueño de la propiedad, o como juez*⁵.

Considerando al *pater* bajo el último aspecto, recordemos que, judicialmente, mientras en la intimidad familiar se constituía en el juez que ejercía la potestad punitiva de manera exclusiva, como *un acto discrecional fundado en su arbitrio*, fuera de la *domus*, el jefe doméstico quedaba a merced del juicio de la ciudad, ya que sólo él podía comparecer ante el tribunal. Es más, el jefe supremo era quien hacía valer los derechos que los miembros bajo su poder hubieran adquirido contra un tercero, y a la vez, perseguía la reparación de los agravios que les fueran causados.

Vista la cuestión desde otro ángulo, es factible denotar que, si un sujeto su-peditado a la potestad de un jefe de familia, llámese hijo/a o esclavo, provocaba daño a un tercero, el *pater* o *dominus* debía indemnizar al afectado por el menoscabo sufrido, "*noxam sarcire*" o "*entregar el dañador al perjudicado*"; circunstancia ésta que se conoció con el nombre de "*noxae deditio*" o "*abandono a la noxa*", vocablo que significaba *daño* y sólo se aplicaba *al delito cuando venía a hacerse responsable de él, no el delincuente mismo, sino un tercero*⁶, según lo explicado. Además, en tal situación, se llamaba "*noxius*" al sujeto *que verificaba dicha entrega a causa de un delito*, y no al autor del hecho.

De este modo, cuando el delincuente estaba bajo el poder paternal, se aplicaba el derecho doméstico, donde todo jefe de familia podía determinar la retribución

(5) CUERDA RIEZU, Antonio. "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Madrid, Vol. LXII, 2009. (https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho).

(6) MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, 2da edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1999.

que debía entregarse al damnificado, con lo que se salvaguardaban “su persona y sus bienes de la reacción vindicativa que pudiera ejecutar este último”.

Éste es, ciertamente, el germen del remoto sistema de la *nox*, institución del derecho familiar romano a la que alude, entre otros, un pasaje de las *Institutas* de Justiniano, contenido en el *Libro IV, Título VIII*, denominado: “*De las acciones noxales*”, *parágrafo 2*, que expresa lo siguiente: “*Mas por razón muy justa se permitió liberarse de la condena con la dación en noxa (...)*”⁷ .

Dicho instituto, cuyo origen se remonta al Derecho Antiguo, dejó de ponerse en práctica desde el período clásico, en relación a la hija, por causas humanitarias; y en orden al hijo, comenzó a declinar su aplicación durante el Dominado, extinguiéndose en la época del emperador Justiniano, tiempo en el que sólo persistió en orden a los esclavos.

Al respecto, un texto de las *Instituta*, incluido en el *Libro IV, Título VIII*, llamado “*De las acciones noxales*”, en su *parágrafo 7*, manifiesta: “*Pero los antiguos admitieron ciertamente estos principios aun respecto de los hijos de familias, varones y hembras. Mas la moderna cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza, y en absoluto se apartó esto del uso común. ¿Pues quién sufriría dar a otro en noxa su hijo, y, sobre todo, su hija, de suerte que, por el abandono de su cuerpo, casi más padezca el padre que el hijo, oponiéndose con razón a esto, respecto de las hijas, hasta la consideración al pudor? Y por esta razón se estableció, que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, como quiera, que en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces, que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos*”⁸.

En cuanto a las fuentes romanas que se refieren a la clase de delitos que habilitaban al damnificado al ejercicio de la acción noxal, es factible mencionar a la *Tabla VIII* de la *Ley de las XII Tablas* y al *Libro IV* de las *Instituta* de Gayo.

Así, la ley decenviral, en la *Tabla VIII*, denominada “*De los delitos*”, indica a través de su *regla 8ª*, lo siguiente: “*Disposición que otorga la acción noxal al ofendido por el hurto cometido por el esclavo o el hijo de familia*”⁹ .

Por su parte, las *Instituta* de Gayo, en el *Libro IV, parágrafo 75*, declaran: “*Por los delitos de los hijos de familia y de los esclavos, por ejemplo, cuando hacen un hurto o cometen injurias, se dan las acciones noxales, en virtud de las cuales el padre o el dueño pueden responder pecuniariamente del delito o entregar el cuerpo del delincuente. En efecto, resultaba injusto que la maldad de aquellos hijos y esclavos perjudicara a padres o dueños en más que con perder el cuerpo del delincuente*”¹⁰.

(7) JUSTINIANO. *Institutas*, 4.8.2.

(8) JUSTINIANO. *Instituta*. 4.8.7.

(9) *Ley de las XII Tablas*, *Tabla VIII*.

(10) GAYO. *Inst.*, IV, 75.

Asimismo, las *Institutas de Gayo*, en el Libro IV, párrafo 76, revelan lo siguiente: “Estas acciones noxales están establecidas por las leyes o por edicto del pretor: por la Ley de las XII Tablas en caso de hurto, por la Ley Aquilia en el de daño injusto, por el edicto del pretor en el de injurias o en el de bienes arrebatados violentamente”¹¹.

Debe tenerse presente que, a partir del edicto del pretor, la obligación de carácter penal que competía al *pater* comenzó a ampliarse, hasta terminar *por abarcar a todos los delitos de que hubiera tenido que responder el agente (su hijo) de ser sui iuris*.

Por otra parte, es necesario subrayar que en esta materia se emplea la regla “*noxa caput sequitur*”, traducida como: *el daño sigue al causante*, en orden a la cual resulta ilustrativo el texto de las *Instituta de Gayo*, que en el Libro IV, párrafo 77, dice así: “*Todas las acciones noxales persiguen la cabeza del delincuente. Quiere esto decir que, si tu hijo o esclavo cometen un delito, la acción se dirige contra ti mientras los tienes bajo tu potestad, pero si pasa a la potestad de otra persona, la acción se dirige entonces contra ésta, y si se hacen independientes, contra ellos mismos, desapareciendo entonces la entrega noxal (...)*”¹².

En relación a ello, la fuente justiniana indica en el Libro Cuadragésimo Séptimo del *Digesto*, Título I, denominado “De los Delitos Privados”, a través del fragmento 1 de Ulpiano, párrafo 2, lo que se muestra a continuación: “*No solamente en la de hurto, sino también en las demás acciones, que nacen de los delitos, ya si son civiles, ya si honorarias, está determinado que la noxa siga al individuo*”¹³.

Sólo cabe señalar que, en virtud del principio “*noxa caput sequitur*”, la *responsabilidad pesaba sobre el dominus que lo fuese en el momento de interponerse la acción*. Además, en los casos indicados, la máxima autoridad de la *domus* respondía por la *actio noxalis*, pero no como efecto del deber de guarda y cuidado de los hijos, sino en virtud de la *cohesión de la estructura familiar romana*.

Del mismo modo que las conquistas patrimoniales a las que pudieran acceder los sometidos a potestad recaían en el patrimonio del *pater*, las faltas que uno de los sujetos a potestad pudiera ocasionar, *eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad*.

b) Responsabilidad individual vs. Responsabilidad por el hecho ajeno

Analizando la cuestión mediante el uso de un lenguaje actual, el catedrático Antonio Cuerda Riezu¹⁴, señala que, en el Derecho romano, existe una discrepancia entre el principio de responsabilidad individual y la llamada responsabilidad por

(11) GAYO. *Inst.*, IV, 76. Las referencias 10 y 11 corresponden a la obra *Gaius, Instituciones*, texto latino con una traducción de Álvaro D’Ors, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943.

(12) GAYO. *Inst.* IV, 77.

(13) ULPIANO. D.47.1.1.2.

(14) CUERDA RIEZU, Antonio. “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, Cit.

hechos ajenos, situación que se remedia, como en otros casos, a través del *sistema de regla -excepción*. La regla consiste en el principio de *responsabilidad penal por el hecho propio*, pero -como excepción- se prevén hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno.

Entre las salvedades a la regla, se encuentra el supuesto del delito de traición o de lesa majestad, para el cual se establece que *los herederos del traidor respondan con sus bienes, que son confiscados a favor de la hacienda pública*; y el supuesto del hurto, donde el fallecimiento del autor, habilita el ejercicio de la acción contra los herederos del mismo para reclamar *el enriquecimiento ilícito o los bienes hurtados*.

También podemos incorporar como ejemplo de responsabilidad por el hecho ajeno, lo anteriormente explicado en torno al ámbito de la punición doméstica, cuando un sujeto -bajo la potestad de un jefe de familia- causa daño a un tercero.

Dentro de esta gama ejemplificativa de salvedades, cabe mencionar asimismo a las infracciones cometidas en el terreno de la disciplina militar, donde se apelaba a la "*decimatio*", con el fin de *recuperar prontamente el orden mediante un terrible escarmiento*; práctica abusiva hoy conocida como "*diezmar*". La misma consistía en *aislar a las cohortes de la legión amotinada y dividirla en grupos de diez soldados. Dentro de cada grupo, se echaba a suertes quién debía ser castigado, y el elegido debía ser ejecutado a golpes y palos por sus propios compañeros*¹⁵. De este modo, se evitaba la muerte de todos los insurrectos.

Dicha práctica tuvo su origen en la época de Apio Claudio, que al parecer la utilizó por primera vez en el año 282 a.C., siendo aplicada con frecuencia, tanto durante la República como el Imperio, y persistiendo durante la Edad Media en la esfera de la *sedición*¹⁶ y otros delitos militares cometidos en el combate.

c) Responsabilidad Objetiva vs. Responsabilidad Subjetiva¹⁷

Inicialmente, las víctimas reaccionaban de manera violenta a raíz del perjuicio sufrido, ejercitando la venganza privada; prevaleciendo *el criterio en virtud del cual bastaba con la comisión material de un hecho para incurrir en responsabilidad*, porque lo que se perseguía era *una reparación por parte del autor material del daño, con independencia de que fuese o no culpable*. Por este motivo se dice, utilizando una terminología moderna, que en el derecho romano más antiguo la *responsabilidad era objetiva*, porque el damnificado practicaba la venganza privada *sin comprobar si quien le ocasionó el daño era capaz de culpa*¹⁸.

(15) *La decimatio: el castigo más salvaje del ejército romano* [https:// www.abc.es/historia/ab-ci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito](https://www.abc.es/historia/ab-ci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito)).

(16) MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, Cit. p. 357: "*sedición (seditio) era la insubordinación tumultuaria de una multitud (coetus, conventus) contra la magistratura, aun en el caso de que se negara simplemente la obediencia y el magistrado no pudiera dominar el tumulto*".

(17) En base a la visión del catedrático Cuerda Riezu, Antonio, cit. *supra*.

(18) *Ibidem*.

Al tiempo, se observó que, para la existencia de la responsabilidad, se requería que el *damnum* fuera contrario a derecho, y que se hubiera causado mediando culpa del agente. En consecuencia, se dejó de lado la consideración de la responsabilidad objetiva, y se dio paso a un sistema cuya razón de ser residía principalmente en la culpabilidad del autor del daño. Es por ello que, todo aquél que no sabe lo que hace, no incurre en ningún tipo de responsabilidad, es decir, no responde por los daños que pudiera ocasionar.

En orden a lo precitado, debemos mencionar que en el derecho antiguo nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha a causa de un acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad viril; sin embargo, el hecho de aplicar o no una pena dependía de las particulares circunstancias que acompañasen a cada caso concreto, en lo que respecta a si se había tenido o no bastante discernimiento para comprender el delito cometido.

d) Responsabilidad Colectiva vs. Responsabilidad de Carácter Personal

Igualmente, merecen una referencia especial, las primitivas formas de reparación del daño.

Como es sabido, en los tiempos remotos, la sociedad estaba ordenada en grupos, de modo tal, que el daño ocasionado por uno de los integrantes de un grupo a un individuo correspondiente a otro, traía como consecuencia la venganza colectiva ejercitada por la comunidad del ofendido, quedando los miembros de la agrupación del ofensor, solidariamente comprometidos a soportar los resultados.

Ante la situación descrita, la aparición de la “Ley del Talión” implicó una evolución ya que desde allí sólo el agraviado podía practicar su venganza en proporción con el daño sufrido. Así, de la originaria y desmedida venganza privada, se pasó a esta primera limitación, para luego ser relevada por la composición pecuniaria, que inicialmente tuvo carácter voluntario, y más tarde, condición legal.

En consecuencia, la responsabilidad colectiva dio paso a una responsabilidad de carácter personal. En ese sentido, esta responsabilidad conjunta concluyó en los hechos, al mismo tiempo en el que la persona dejó de pertenecer a un grupo; manteniéndose sólo en el caso donde aún conservara una vinculación patrimonial, como en la situación del jefe de la *domus* en orden a los miembros de su familia.

II. DERECHO PENAL

a) Imputabilidad

1) Etimología

Etimológicamente, el vocablo *imputar* proviene del verbo latino *imputare*, que significa atribuir culpas o delitos a otro.

2) Doctrina¹⁹

Doctrinariamente, es preciso subrayar que *no existe una noción única y uniforme de imputabilidad*, de allí que se destaquen distintas escuelas de derecho penal con su propia concepción, como la Escuela Clásica, la Positiva y las Eclécticas; sin embargo, sólo mencionaremos el punto de vista de algunos autores en general, comenzando por el insigne maestro pisano *Giuseppe Carrara*, máximo representante de la Escuela Clásica, para quien el término “imputabilidad” debe ser entendido como sinónimo de atribuibilidad, siendo la *imputabilidad moral*, el fundamento de la responsabilidad penal, que tiene su base en el libre albedrío. Esta clase de imputabilidad *expresa la relación de naturaleza psicológica que se extiende entre el autor y el hecho*²⁰. Además, como el hombre tiene la facultad de discernir entre el bien y el mal, él siempre debe dar cuenta de su conducta.

En un ángulo opuesto, se encuentra *Enrico Ferri*, uno de los supremos exponentes de la Escuela Positiva, autor de la tesis doctoral intitulada: «*La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*», para quien “*el delito es imputable al delincuente, pero no deseado libremente por éste; en realidad, actúa por causas que física o psíquicamente condicionan su voluntad*”²¹. De este modo, cree que *el delincuente actúa por causas ajenas a su voluntad y que deben buscarse en la sociedad*.

Conforme a lo indicado, la responsabilidad social y también la peligrosidad del delincuente se constituyen en el fundamento de la responsabilidad penal.

Hay quienes sostienen que, en la actualidad, ha sido superado el dualismo descripto, fundándose la imputabilidad penal sobre bases técnicas y pragmáticas²².

Recordando los conceptos vertidos por los insignes maestros de Derecho Penal en Argentina, siglo XX, es factible señalar que, para Sebastián Soler, la imputabilidad es: “*la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes, y de obrar conforme a ese conocimiento*”²³.

Por su parte, Ricardo C. Núñez, señala que “*la imputabilidad es la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente, vale decir, con dolo o con culpa*”²⁴.

(19) GAITAN MAHECHA; Bernardo. “La Imputabilidad”, *Nuevo Foro Penal*, 12(13), pp. 518-534 (<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4550>).

(20) BERNAL PINZÓN, Jesús. “Imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad”, *Revista de Cátedra Jurídica* N°1. Bogotá. Editorial Diario Jurídico 1956 (<http://publicaciones.eafit.edu.co>)

(21) FERRI, Enrico. *Sociología Criminológica*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 2004 (https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/sociolog%C3%ADa_criminal_-_tomo_i_-_ferri_enrico.pdf).

(22) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Problema de la imputabilidad*, 1981. (<https://archivos.juridicas.unam.mx.1981>).

(23) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 20.

(24) NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 24.

Entre los tratadistas argentinos contemporáneos se encuentra Eugenio Zaffaroni, quien sostiene que *“la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad, es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto”*²⁵. Para comprender su postura, debe considerarse que tres condiciones han de concurrir necesariamente: *capacidad psíquica de culpabilidad (Imputabilidad); capacidad psíquica del sujeto para ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de antijuridicidad, y capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esa comprensión*. En caso contrario, cuando no confluyen estas condiciones, aparece un *estrechamiento en el ámbito de autodeterminación del sujeto* y, por ende, surge la inimputabilidad. Dicho catedrático, hace evidente su desacuerdo con la idea de considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; aunque reconoce y acepta, que esta fórmula es de preferencia para la doctrina argentina en los últimos tiempos.

La teoría del delito imperante desde fines del siglo XIX dividió la estructura del mismo en dos partes precisas, identificadas como elementos objetivos y subjetivos, ubicando la tipicidad y la antijuridicidad dentro de los primeros; en tanto que, lo subjetivo se unificaba en la culpabilidad que *se agotaba con el contenido psicológico del dolo y de la imprudencia*, quedando fuera de los elementos, la imputabilidad; sin embargo, como la teoría sostiene la imposibilidad de obrar con dolo o con imprudencia, sin ser imputable, la imputabilidad es reconocida, a la fuerza, como *“presupuesto subjetivo de la culpabilidad”*.

Por lo tanto, si a un sujeto se le considera con la calidad de inimputable, no podrá ser tenido como culpable. Ésa es la opinión compartida, entre otros, por *Luis Jiménez de Asúa*, quien indica que *“el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor”*, a la cual define como *“la capacidad penal, meramente psicológica, en que se basa la culpabilidad”*²⁶.

3) Legislación. Minoridad

Incurriendo en la legislación penal argentina, observamos que el régimen de la imputabilidad está comprendido entre los Artículos 34 y 41 quinquies del Código Penal, dentro del Libro Primero, denominado *“Disposiciones Generales”*, Título V, intitulado: *Imputabilidad*.

Entre esa normativa, el artículo 34 del Código Penal, establece de forma taxativa, la nómina de las causales por las que un individuo puede ser considerado como *“no punible”*, es decir, no responsable.

A su vez, en el Artículo 34, destacamos el inciso 1º, que expresa:

(25) ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 109-120.

(26) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 5ª. Ed. Buenos Aires, 1950, p. 85.

“No son punibles: El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”²⁷.

La transcripción de la disposición precedente, interesa a los fines del desarrollo temático que tendrá lugar en el punto 3 a) de la presente elaboración, especialmente en la parte que dice: *“El que no haya podido en el momento del hecho, por insuficiencia de sus facultades, comprender la criminalidad del acto”*, porque con tales términos se alude, entre otros, a los menores de 16 años.

En la Argentina²⁸, al estilo de la mayoría de los países latinoamericanos, el avance del sistema jurídico en torno a la responsabilidad penal de los adolescentes ha sido lento y se ha constituido en blanco de múltiples controversias.

El foco de la discusión en el caso argentino se centra en el choque entre los sectores que *“reclaman la adopción de desarrollos legislativos de corte verdaderamente garantistas”*, fundados en el proteccionismo de los preceptos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, y aquellas facciones que -con demostraciones de arraigo- recomiendan la baja de la edad de imputabilidad²⁹.

Las leyes que han ido regulando la temática, son: *la Ley N°10903, Ley del Patronato de Menores*, promulgada en octubre del año 1919, y conocida con el nombre de ley de Agote, por Luis Agote, su precursor; regulación que *“consideraba a los menores como objetos de tutela y no como sujetos de derecho”*.

Esta regulación de tendencia tutelar, se distinguió por conferir a los jueces amplias facultades para decidir en orden a los menores de edad, autores de una infracción o delito, o que estuvieran inmersos en una realidad de desamparo. Debe considerarse, que en algún momento los niños y adolescentes, sólo contaron con las garantías que obedecían al arbitrio del juzgador.

Asimismo, en noviembre de 1989 tuvo lugar la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, ratificada por Argentina, que entró en vigor en 1991.

Tiempo después, en octubre de 2005, entró en vigor la Ley Nacional N°26061, *Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, mediante

(27) El resaltado nos pertenece.

(28) SUÁREZ HERNÁNDEZ, Sheyla. *Imputabilidad y Responsabilidad penal de los adolescentes. Una aproximación a su tratamiento en Colombia y en el escenario Latinoamericano* ([http:// pensamiento penal.com.ar](http://pensamiento.penal.com.ar)).

(29) Justamente, en la República Argentina, *“el gobierno lanzó en febrero de 2019, el proyecto de ley Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, proponiendo la baja de edad de imputabilidad de 16 a 15 años para delitos graves”* (comentario extraído del artículo *“Bajar la edad de imputabilidad en Argentina: un debate vigente”*, <https://untref.edu.ar>).

la cual se adjuntaron al ordenamiento jurídico nacional “*los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del niño*”. A partir de este momento, los menores comenzaron a ser considerados sujetos de derechos, y entre las prerrogativas destacamos particularmente dos: que “*las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*”; y que siempre ha de primar “*el principio del interés superior del niño, niña y adolescentes*”.

Sin ánimo de disminuir la importancia de esta Ley de Protección Integral, es esencial advertir que en Argentina, aún no ha sido modificado el Régimen para la responsabilidad penal de los adolescentes, el cual continúa asentándose en el “*Régimen Penal de la Minoridad*”, correspondiente al año 1980, y que registra una sola variación, la de 1983, al tiempo de sancionarse la Ley N° 22803; cuerpo normativo que se complementa con la aplicación del Código Penal de la Nación Argentina, que data de 1984.

b) Culpabilidad

Existe un principio general en el ámbito penal que se expresa: *nullum crimen sine culpa*, es decir, No hay delito sin culpa, lo cual indica que no hay delito sólo por el hecho producido causalmente; sino que es necesario remontarse a la actitud psíquica del autor, al elemento moral que acompaña al hecho exterior.

Por aplicación de este principio, sólo es factible perseguir y castigar penalmente, a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal. Asimismo, determina que *la culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena*.

Por ello el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios realizados por un ser racional culpablemente (dolo o culpa) y *establece el marco justo, preciso y equitativo de la pena*.

Si bien el principio de culpabilidad no se encuentra expresamente establecido en la Carta Magna Argentina, se considera que surge *de los principios de legalidad e inocencia previstos en el artículo 18 de nuestra norma fundamental y del principio general de dignidad humana*.

c) Responsabilidad

Cuando se trata sobre la responsabilidad en materia penal, es necesario distinguir la responsabilidad objetiva de la subjetiva. Mientras la primera de ellas, también conocida como *responsabilidad penal por el solo resultado*, propia de los comienzos del derecho penal, *se conforma con la mera comprobación del nexo de causalidad material*; la segunda, *indaga además en aspectos subjetivos del comportamiento que le permiten precisar la pertenencia del acto delictivo al sujeto*.

d) Autoría Mediata en el Código Penal Argentino

La autoría mediata tiene lugar cuando un sujeto realiza el tipo delictivo valiéndose de otro como instrumento que será quien lo ejecutará. Son aquellas situaciones que se configuran como *supuestos de dominio de la voluntad*³⁰, donde el hecho debe presentarse como *obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás"*³¹, que es quien debe congregar todas las características singulares de la autoría (objetivas y subjetivas).

En esta situación cabe precisar que si el presunto instrumento es enteramente responsable, la corriente tradicional ha estimado que la autoría mediata no tiene lugar.

Entre los casos mencionados por la doctrina mayoritaria, se cuenta el del "instrumento que obra sin culpabilidad", en el cual se distingue como uno de sus supuestos, el del "instrumento inimputable".

Se encuentra en situación de instrumento inimputable, a modo de ejemplo, el menor de 16 años de edad, en cuyo caso, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho, a pesar de su inimputabilidad, sólo habrá instigación.

Normativamente, el tipo delictivo tiene regulación en la parte final del artículo 45 del Código Penal, contenido en el Libro Primero, Título VII, cuya leyenda es "Participación Criminal"; disposición que expresa lo siguiente: "*Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*".

El tema de la autoría mediata ha sido precedentemente explicado, para señalar -de antemano- que las situaciones a las que se aludirán en el próximo apartado no están comprendidas en esta figura delictiva.

III. Situación de excepción³²

a) *Ámbito Nacional: Mendoza*

Al concluir el primer semestre del año 2018, en la provincia de Mendoza, fueron presentados en la Legislatura Provincial, dos proyectos de ley instados por el Poder Ejecutivo mendocino, con el objeto de alcanzar la modificación integral del sistema que rige a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la justicia.

(30) LASCANO, Carlos J. (h) y otros. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005. Lección 15: Participación Criminal (escrita por Fabián Balcarce), p. 536.

(31) *Ibidem*.

(32) En este trabajo señalaremos sólo a modo de ejemplo dos situaciones.

Una de las iniciativas se refirió al *Régimen Jurídico de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA)*, que generó la sanción de la ley N°9139/18; en tanto que la otra, a la que se hará una somera referencia por su enlace con esta elaboración, versó sobre la *Responsabilidad Penal Juvenil*, proponiendo, entre otras variantes, *responsabilizar a los padres (y madres) de menores de 16 años que cometan delitos*³³.

Se trató, entonces, de un polémico proyecto llevado adelante en la Casa Legislativa local, por la diputada Marcela Fernández, mediante el cual se pretendió que los progenitores “*paguen por los delitos de sus hijos*”, ya que la iniciativa estableció que debían otorgar un resarcimiento económico “proporcional al daño” causado por los menores o en su defecto, se les asignaría «*tareas comunitarias*»; determinación basada en la necesidad de que los padres tomen conciencia y asuman el rol que les corresponde.

De esta manera, los progenitores serían responsables *en todos los tipos de daños que no impliquen la internación, es decir, privación de la libertad*.

A modo de observación, cabe subrayar que en caso de aprobarse la ley, las consecuencias del delito cometido por el menor de 16 años -que es inimputable- en los hechos, se trasladarían a los padres, a quienes se les impondría, en última instancia, una especie de “*probation*” (suspensión del juicio a prueba), y subrayamos la palabra “*especie*”, porque la *probation* como tal debe ser cumplida, según lo indicado por el Artículo 76 bis del Código Penal Argentino por el *imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años*, y apunta a la *necesidad de resocialización de quien delinque*; en cambio, en la situación planteada, se aplicaría de manera diversa.

b) Ámbito Internacional: Uruguay

Por su parte, en la República Oriental del Uruguay, desde hace varios años, algunas madres de niños y adolescentes resultaron encarceladas *por culpa de un hijo que, siendo menor de edad, ha cometido un delito*.

Tiempo atrás, en el 2013, tuvo lugar en la sociedad uruguaya un caso resonante, de gran conmoción pública, que vinculó a tres menores, de 11, 13 y 15 años edad³⁴, con el asesinato de un repartidor de supergás, episodio de asalto y muerte que concluyó con la privación de libertad de las tres madres cuyos hijos participaron en dicho asalto.

(33) FIOCHETTA, Mariano. *El gobierno quiere responsabilizar a los padres de menores que delinquen* (www.sitioandino.com.ar).

(34) Los autores -a la fecha del artículo base de la información, año 2015- permanecían internados “*en el Instituto y en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente*”.

Para el juzgamiento de las progenitoras, el juez que intervino en la causa³⁵, se basó en la figura de la patria potestad, por cuanto argumentó *“que no ejercieron debidamente, con un mínimo de responsabilidad, el control de las conductas de sus hijos, comprometiendo seriamente el desarrollo y salud mental de los mismos”*, conforme a lo dispuesto por el Código Penal Uruguayo en el Libro II, Título X, denominado *“De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”*, cuyo Capítulo VI, llamado *“Omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad y la tutela”*, establece en su Artículo 279 B, lo siguiente: *“El que omitiere el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”*³⁶.

Cabe señalar que mediante la citada figura delictiva *“se tutela a la familia, como objeto especial, y a la sociedad en su conjunto, en calidad de sujeto pasivo, como titular de los sustanciales intereses jurídicos sobre la familia, célula básica del conglomerado social”*³⁷.

A partir del hecho criminal referido, varias madres han sido enviadas a la cárcel, *“pese a que los legisladores han endurecido las penas contra los menores de edad infractores”*.

Como singularidad se aprecia entonces que, las madres son las únicas que han sufrido la pena, por cuanto ningún padre ha sido encarcelado, ya que los magistrados sostienen que lo hacen porque los jóvenes son apegados a ellas y que -al verlas en la prisión- *“debieran cambiar”*.

Por su parte, los fiscales, en las distintas causas, manifiestan que *estos fallos son medidas ejemplificadoras*.

Al respecto, también resulta interesante reproducir la opinión de la Ab. Alicia Deus, Presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana (IACi), Cooperativa de Abogadas, constituida para la promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, con sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay. La precitada representante de esa entidad, manifestó en ocasión de una entrevista³⁸, que la Patria Potestad, como *“conjunto de facultades que tienen los padres, orientadas a una finalidad que es el cuidado, la protección y el desarrollo pleno de los niños”*, es un concepto que proviene de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la cual se establece la corresponsabilidad de las sociedades y el Estado, teniendo este último la obligación de *brindar a los ciudadanos las condiciones necesarias para que esos padres puedan cuidar; ahí aparece el Estado, porque si no, la gente queda librada a sus posibilidades y a veces no las tiene*.

(35) Fue el Juez letrado de 1ª instancia en lo Penal del 13er Turno, Homero da Costa.

(36) Código Penal de Uruguay, Artículo 279 B.

(37) BAYARDO BENGOA, Fernando. *Omisión de los deberes inherentes a la Patria Potestad*, Universidad de la República, 1977 ([http:// poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy)).

(38) MALCUORI, Genoveva - PUJOL, Patricia. *Entrevista con la Ab. Alicia Deus, presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana* ([https:// ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre](https://ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre)).

Ciertamente, el texto del artículo 18 inciso 2 del Acuerdo, indica: *“A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

Por otro lado, invocando la normativa penal nacional, la Ab. Deus señaló que el delito de omisión al cumplimiento de la patria potestad comprendido en el artículo 279 B del Código Penal uruguayo, incorporado en el año 1974, *no es una cosa nueva*. No obstante, que manden presas a las mujeres por hechos cometidos por sus hijos, *“es una cuestión difícil. Otra cosa es que haya una participación directa, incitación a delinquir o maltrato directo de los niños; en casos de ese tipo ha habido procesamientos. Pero esto es como culparlas por algo que cometieron los hijos. Los delitos penales requieren conciencia y voluntad de cometerlos; es la cuestión básica para el Derecho Penal”*³⁹.

Es necesario señalar que, en el precitado país, se sancionó por Ley N° 17823 del 7 de septiembre de 2004, el Código de la Niñez y Adolescencia (para derogar al Código del Niño de 1934) en el cual se dispone -conforme a su Artículo 1- que *“es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad”*; y que *“se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (...)”*.

Como dato a tener en cuenta, debe recordarse que, en octubre de 2014, al tiempo en que el pueblo uruguayo concurría a las urnas para elegir a las máximas autoridades nacionales, tanto ejecutivas como legislativas, participaba de un plebiscito a los fines de bajar la edad de imputabilidad de 18 a 16 años.

Técnicamente, se trató de un plebiscito aprobatorio tendiente a la reforma constitucional, para que en el texto de la misma se estableciera en 16 años la edad de imputabilidad; fue un plebiscito de iniciativa unilateral, en el cual debía votarse por SI, o no votar por SI; por ende, faltaba la opción NO, porque de tal manera está regulado el procedimiento para la manifestación de voluntad. Todo concluyó con el rechazo de la propuesta, en las urnas, por cuanto sólo el 45% de la población estuvo a favor⁴⁰.

Recabando en otra opinión acerca del estado de encarcelamiento de las madres de los menores, se ha sostenido que *en la sociedad la responsabilidad del cuidado de los hijos está puesta en las mujeres. Socialmente reprobamos a la mujer que no cuida a los hijos. Cuando el hombre se borra nadie lo culpabiliza, nadie lo sanciona ni siquiera como condena social*⁴¹.

(39) Ibidem.

(40) Uruguay: *Fracasó el plebiscito para bajar la edad de imputabilidad*, 27 de octubre de 2014 (<https://www.lacapital.com.ar/elmundo>).

(41) *Polémica por madres que van presas por sus hijos delincuentes* (<https://www.emol.com/noticias/tendencias/2015/03/09>).

Un paso más adelante pretende darse en materia legislativa, en relación a este tema. Lo que se propone es *procesar a los padres por delitos de menores en todos los casos*, ya que el precitado delito previsto por el Código Penal, *omisión al cumplimiento de la patria potestad, ha sido aplicado por algunos jueces en casos (situaciones) que involucran a menores*.

IV. Conclusión

Mientras que en el derecho romano, el *parterfamilias* debía indemnizar al afectado por el menoscabo sufrido a raíz del delito cometido por el *filius* o *filia* bajo su patria potestad, en virtud de la *"cohesión de la estructura familiar"*, pudiendo deslindarse de dicha responsabilidad mediante el llamado *"abandono a la noxa"*; en el año 2018, se pretendió -en el orden provincial mendocino-, a través de un proyecto legislativo que no trascendió, dejar de lado el principio de responsabilidad personal en materia penal, comprometiéndolos pecuniariamente a los padres, o en su defecto, asignándoles *"tareas comunitarias"*, a causa de los delitos cometidos por los hijos inimputables, siempre que no implicaran privación de la libertad, y como resultado del deber de guarda y cuidado que sobre ellos corresponde a los progenitores, en el ejercicio de la llamada responsabilidad parental.

Como puede advertirse, hay cierta similitud entre lo dispuesto por el antiguo derecho y la propuesta legislativa de la provincia cuyana, en el primer caso, para el paterfamilias, y en el segundo, para los padres del autor del hecho delictivo, ya que se ordena que *"pague o abandone noxalmente"*, y que *"paguen o cumplan una 'especie' de probation"*, por su orden; lo cual implica que, en ambas situaciones, se está haciendo responsable, no al autor del delito, sino a un tercero.

Sin embargo, donde se divisa de una manera más tajante la excepción al principio *"Peccata suos teneant auctores"*, es en el caso del juzgamiento de las progenitoras de la República Oriental del Uruguay, derivado de los fallos que fueron considerados como medidas ejemplificadoras, y que datan de 2013, donde el fundamento estuvo en la figura de la patria potestad, al que le acompaña un soporte más: la *"omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad"*, de modo tal que se puso en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor inimputable.

Finalmente, cabe señalar que esta elaboración, basada en la regla: *"Obliguen los delitos a sus propios autores"*, cimentada a su vez en el principio: *"Dar a cada uno lo suyo"*, surgió pensando en la espinosa realidad por la que atraviesa nuestra *"tierra del fin del mundo"*, por cuanto cada día resulta menos sorprendente que los episodios delictivos contra la propiedad ajena, tengan por autores a niños de escasa edad o adolescentes, circunstancia que ante la pretendida reforma del Código Penal Argentino llevó al gobierno nacional de la gestión imperante desde 2016 a 2019 a señalar la conveniencia de disminuir la edad de imputabilidad, de 16 a 14 años.

Lejos de realizar toda valoración en torno a este último detalle, y a lo establecido en el proyecto de ley mencionado, como así también, en la sentencia pronunciada por jueces uruguayos, esta elaboración sólo tuvo por objeto mostrar la existencia de excepciones, una de ellas, pretendida, y la otra, real, al principio contenido en su título.

V. Bibliografía

BAYARDO BENGOA, Fernando. *Omisión de los deberes inherentes a la Patria Potestad*, Universidad de la República, 1977 ([http:// poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy)).

BERNAL PINZÓN, Jesús. "Imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad", *Revista de Cátedra Jurídica* N°1. Bogotá, Editorial Diario Jurídico 1956 ([http:// publicaciones.eafit.edu.co](http://publicaciones.eafit.edu.co)).

CUERDA RIEZU, Antonio. "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol. LXII, 2009, Madrid ([https:// www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho)).

FERRI, Enrico. *Sociología Criminológica*, 22/05/2013 (<http://sociologycriminology.blogsót.com>).

FIOCHETTA, Mariano. "El gobierno quiere responsabilizar a los padres de menores que delinquen", 07/05/2018 (www.sitioandino.com.ar)

FUSTEL DE COULANGES, Numa. *La Ciudad Antigua*, Editorial Porrúa, México, 1986.

GAIVS, *Instituciones*. Texto latino con una traducción de Álvaro D'Ors, Instituto Franciscano de Vitoria, Madrid, 1943.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Biblioteca Jurídica Virtual-UNAM ([https:// bibliojuridicas.unam.mx/](https://bibliojuridicas.unam.mx/)).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Problema de la imputabilidad*, 1981 (<https://archivos.juridicas.unam.mx>).

LASCANO, Carlos J. (h) y otros. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005.

MALCUORI, Genoveva - PUJOL, Patricia. Entrevista con la Ab. Alicia Deus, presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana ([https:// ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre](https://ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre)).

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, 2da edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1999.

SHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Sheyla. *Imputabilidad y Responsabilidad penal de los adolescentes. Una aproximación a su tratamiento en Colombia y en el escenario Latinoamericano* ([http:// pensamiento.penal.com.ar](http://pensamiento.penal.com.ar)).

VON IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho Romano*, Tomo II, Librería Editorial de D. Carlos Bailly- Baillie, Madrid, 1891.

"Nadie está libre de que sus hijos cometan alguna barbaridad". Entrevista a Emilio Calatayud, Juez de Menores de Granada (<http://elpaís.com/diario/2005/04/03/domingo/>).

Uruguay: “Fracasó el plebiscito para bajar la edad de imputabilidad”, 27 de octubre de 2014 (<https://www.lacapital.com.ar/elmundo>).

“La decimatio: el castigo más salvaje del ejército romano”, 11 de enero de 2018 (<https://www.abc.es/historia/abci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito>).

“Polémica por madres que van presas por sus hijos delincuentes” (<https://www.emol.com/noticias/tendencias/2015/03/09>).