

Las manifestaciones subjetivas del delito como parte de la conducta humana

Las problemáticas relativas a la posición del dolo, culpa y la preterintención dentro de la estructura de la teoría del delito

Hugo Martín de Jesús Alegre ¹

SUMARIO: I.-Parte 1º; II.-Parte 2º; a. Introducción al Desarrollo de la Investigación; III.- Parte 3º; a. El dolo y la culpa (y la preterintención) como bases de un modelo de conducta; b. El error de tipo como indicio de la adecuación subjetiva en la conducta; c. ¿Conductas o acciones y raras veces omisiones?; d. Si los inimputables pueden desempeñar conductas con dolo, culpa y preterintención; e. Conclusión; IV.- Bibliografía utilizada

RESUMEN: El presente artículo es una propuesta a la posición de las manifestaciones subjetivas que integran al delito. El dolo, la culpa y la preterintención han sido asuntos controversiales a lo largo de la historia de la dogmática, dando pie a diferentes enfoques o teorías. Así todo, ninguno de los diversos enfoques nos logra convencer, tratando de imponer aquí una nueva discusión que integre dos puntos centrales: a) La preterintención como una forma

¹ Hugo Martín de Jesús Alegre, abogado, egresado de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, diplomado en Derecho Penal y Derecho Penal Internacional por la universidad de la UCALP. Para comentarios:martin_alegre_95@hotmail.com.

subjetiva íntegra y no una mera manifestación incoherente del Derecho Penal, b) La posición de las tres manifestaciones subjetivas como una forma de manifestación conductual y no como una forma del tipo o la culpabilidad. Creemos que la posición de un dolo, culpa o preterintención como parte de la conducta, no ha sido desarrollada correctamente por la doctrina. Trataremos de dar una mirada que no sea descabellada y logre persuadir al lector, siendo quien siente juicio sobre nuestra propuesta².

PALABRAS CLAVE: Teoría del Delito – Dolo – Culpa – Preterintención – Manifestaciones Subjetivas de la Conducta

I.- Parte 1º

a. Nociones centrales sobre el trabajo en cuestión

El presente trabajo es una investigación desarrollada dentro del marco de la Diplomatura en Derecho Penal dictada por la Universidad Católica de La Plata. La misma tiene como fin modular y dar vida a una particularidad que es sumamente controvertida dentro de todo el sistema de la teoría del delito: *Los aspectos subjetivos que congloban la conducta como al delito en sí mismo*. Principalmente, el esquema a tratarse será si los elementos subjetivos como el dolo, la culpa y la preterintención pueden ser introducidos dentro de un esquema conductual y no así dentro del tipo o la culpabilidad.

Mucho se ha desarrollado sobre las manifestaciones dolosas, culposas o demás aspectos que pretenden instaurarse como procedimientos para descubrir la subjetividad de la persona que actúa con un fin (dolo), o que comete una torpeza altamente burda, que da lugar a lo manifestado como culpa o cuando la intención se excede dando lugar a algo no querido por el autor, conocido como la

² El trabajo aquí presente es una tarea final realizada en el marco de la Diplomatura en Derecho Penal, llevada a cabo por el Instituto de Derecho Penal de la Universidad Católica de La Plata, en el año 2019/2020, con el fin de obtener la aprobación y el corresponde diploma que acreditase el entendimiento de los temas abordados en ella. La misma fue dirigida por el Dr. Ricardo Boucherie y el Dr. Daniel Scirica. Agradezco enormemente al segundo de ellos por su total gentileza y al primero de ellos por las correcciones que me ha hecho a este trabajo. Especialmente agradezco al Dr. Boucherie por plantearme y preguntarme cómo explicamos quienes analizamos el dolo y la culpa en la conducta, dicha manifestación subjetiva en los inimputables. Sin esta pregunta, no se me habría planteado y no habría sido abordado en este trabajo.

denominada preterintención. Así todo, no existe mucho desarrollo sobre la denominada preterintencionalidad como forma de manifestación subjetiva de la conducta, ni tampoco se ha hablado sobre la posición subjetiva de estos elementos dentro de la estructura conductual.

La conocida lucha entre causalistas y finalistas que luego fue desbordada por la presente vida de los sistemas funcionalistas, dejaron de lado la problemática de lo doloso y culposo como una esfera de resolución del humano. Ya conocemos las posiciones básicas de verificar al dolo o la culpa como posiciones de culpabilidad (según lo causalista) o como ambivalencias dentro del tipo acorde a lo doloso y culposo (según lo finalista). El modelo de resolución funcionalista nada ha dejado de lado prácticamente del sistema finalista a pesar de contener ciertos matices. También, debemos hablar sobre los conflictos sobre los denominados errores de tipo o antes llamados errores de derecho y de hecho y cómo influye esto en la estructura delictiva.

Por lo expresado este trabajo tratará de responder las siguientes preguntas:

- a) ¿Queda aún algo de los modelos clásicos y cuasi modernos?;
- b) ¿Se puede instaurar un sistema que sea innovador?;
- c) De instaurarse este sistema; ¿qué puede aportar a la teoría del delito?

Todas estas ideas se pretenderán abordar en este desarrollo.

II.- Parte 2º

a. Introducción al Desarrollo de la Investigación.

En este apartado demostraremos cómo será abordado el modelo de trabajo elegido:

- a) En primer lugar abordaremos la definición básica de lo que la estructura subjetiva implica;
- b) En segundo lugar mencionaremos la evolución histórica del conflicto y las nociones básicas de lo que cada idea considera sobre el conflicto;
- c) En tercer lugar, nuestra propuesta de solución al respecto o idea a la cual adherimos (el cual será abordado en una parte diferente).

i.La estructura subjetiva de la manifestación humana delictiva como parte de la estructura del delito. Su necesidad

Como es sabido, la teoría del delito se puede definir como un modelo en donde se transfiguran los pasos a seguir para poder afirmar que una conducta humana sea delito o no. Así, en la configuración normal de lo que delito implica esta puede ser definida como una conducta típica, antijurídica, culpable y punible; al menos en el desarrollo de la definición común que suele dársele al delito. Si bien esta es una práctica básica para poder comprender el fenómeno subjetivo, debemos comprender que todo desarrollo sistemático de la teoría del delito debe empezar con una premisa básica: *La conducta*.

Todo entendimiento de lo que debe ser comprendido desde el fenómeno punitivo es parte de asimilar que el Derecho Penal no persigue otras cosas que no sean más que conductas humanas. Veamos de qué forma:

Como es sabido, el ser humano desde tiempos precarios ha prevalecido como un ser que se ha consagrado como *individualista*. Esta no es una cuestión indiferente pues es parte de la concepción básica de nuestra vida en sociedad. Ahora bien, en la vida prehistórica nos hemos dado cuenta que existían miles de problemáticas que eran sumamente peligrosas a los ojos de seres indefensos como los éramos nosotros. A partir de que nos dimos cuenta de que como seres en grupo podíamos, si nos uníamos, vivir en un esquema mucho más fuerte y viable de la vida en sociedad se ha dado pie a querer convivir con demás seres humanos. Así nacieron las conformaciones en grupos reducidos como pequeños clanes y luego estos grupos fueron siendo cada vez más grandes hasta conformarse en pequeñas ciudades estados. Es en estos pequeños clanes en donde nacerá la organización de lo que se puede conocer como Derecho Penal es su forma innata.

Para comprender mejor lo expuesto, surge como interrogante ¿Cuándo nació entonces el Derecho Penal? No existe una definición concreta sobre la fecha exacta del nacimiento de esta rama del Derecho Público porque tampoco podríamos responder la fecha exacta del nacimiento del mismo Derecho. A pesar de lo expuesto, el Derecho en sí mismo ha nacido en el momento exacto en que dos personas se han establecido en un mismo espacio para poder organizar el trato que se debe tener entre ambos.

Si se nos permite esta idea, quiere decir que el derecho Penal sigue los mismos senderos que el Derecho en general. ¿Pero qué tiene que ver esto con la temática a abordarse? Mucho, pues es precisamente la cuestión del Derecho Penal lo que nos reconocerá el perfeccionamiento del tema a tratar.

En esta raíz de unión de grupos es donde el ser humano entendió que era mucho más sencillo combatir los peligros del afuera. Al dar paso a esta forma organizativa, las sociedades dejaron de ser tan primitivas y pasaron a ser perfeccionistas en todos los aspectos. ¿Pero cómo se puede controlar y auto organizarse un conjunto de personas en un mismo espacio? La respuesta es sencilla, a través de reglas.

Las reglas fueron los modelos que permitieron que se establezca lo debido y lo que no lo era de manera específica a los ojos de todas las personas que formaban parte de un determinado grupo o clan, pasando luego a ser ciudades más desenvueltas.

Aquí es cuando nace el punto clave del Derecho Penal, pues a través de este sistema de organización, los seres humanos comenzaron a preguntarse qué conductas debían ser adecuadas para tomar en cuenta como permitidas y cuáles debían ser tachadas de indebidas porque vulneraban el sentido de convención social.

En una forma más dialéctica, diremos que si una persona quería, supongamos, comerse un animal en plena naturaleza, estando simplemente solo, no habría problema; pero a partir del momento en que el agente estaba en un mismo espacio con otro surgía el problema de considerar si el otro agente también quería comerse ese animal. Surge entonces la pregunta de ¿a quién le corresponde comerse al animal?, ¿al agente A o al agente B?

Lo que a simple vista nos parece simplemente una cuestión a decidir sin tapujes no deja de ser un modelo de mejora y avance que nos llevó años de desarrollos, incluso siglos. El avance humano, se perfiló para poder dar respuestas a grados de convivencia humana que sea más adecuado a un respeto mutuo de todas las personas por igual, e incluso hoy en día tal grado de desarrollo aún no se ha alcanzado.

Comprendido este grado de convivencia se puede cotejar más la idea que pretendemos dar a entender en este trabajo:

- a) A través de la organización humana surgen reglas que establecen lo correcto o lo incorrecto del trato entre agentes;*
- b) De estas reglas se puede deducir que ante el quebrantamiento de ellas debían surgir lógicamente sanciones;*
- c) De estas sanciones cabría preguntarse si las reglas eran conocidas por todos y cuál era el modelo de reconocimiento de tales reglas.*

Esta introducción básica del tema a tratarse es simplemente para poder demostrar al lector que estas reglas que establecían lo debido o lo indebido eran posteriores a previas conductas humanas que eran tachadas como indebidas, invasivas o como correctas y necesarias. Las reglas de comportamiento no dejan de ser acuerdos entre los humanos que verificaban ciertas conductas humanas como las que eran necesarias o que eran incorrectas para una convivencia pacífica.

Comprendido esto, se puede afirmar que lo que comúnmente conocemos como delito no deja de ser un modelo de reconocimiento de la realidad misma entendido como un eje ontológico, algo existente que la misma regla debe reconocer como tal.

Verificar esto implica comprender que el delito es parte de la existencia misma a la cual deben adherirse las mismas reglas que pretenden instaurar sanciones como las reglas que son preceptos que definen lo que el delito es. Es por eso que el delito, al surgir de la realidad nunca puede comenzar por ser otra cosa que no sea una conducta del ser humano. A esta conducta se le irán agregando diversos elementos que serán calificantes de la misma.

El delito como construcción dialéctica es parte de un proceso de construcción histórico según el cual la naturaleza misma da nacimiento a lo que es delito y esta a su vez a la regla misma. De este modo, en nuestra idea de reconocimiento del delito entendemos que si una persona reconoce que existe, sabe que nadie puede privarlo de su vida. Esto, de lo contrario, lo llevaría a la muerte. Es lógico que nadie quiere que lo priven de su propia vida a no ser que decida hacerlo por decisión propia. Interpretado este método, existe un modelo de contraposición pues si quiero vivir nadie tiene derecho a matarme quiere decir que no tengo tampoco el derecho a matar a los demás, teniendo así una obligación de respeto de la vida ajena. Esto es extensivo a todas las formas de existencia delictiva pues si un agente posee un automóvil, alguien, de privarlo del mismo, haría que este ya o pueda disfrutarlo más. De tal modo, este no puede privar del automóvil a un tercero pues se caería en la misma manifestación de existencia siendo lo conductual debido para uno lo que debe ser para el otro, pues tampoco querría que se lo prive a él de su automóvil.

En esta idea de *tesis – antítesis – síntesis* denotamos una esfera de manifestación conductual del ser humano. El delito no deja de seguir una regla de conducta que la sociedad, poniéndose de acuerdo entre todos los seres humanos, definen lo que debe ser debido y lo que no. Así nace toda regla comunitaria.

Pero si decimos que el delito no deja de ser una conducta humana que la comunidad toma como indebida, cabría preguntarse de qué manera esa conducta se puede manifestar. Veamos:

- 1) El ser humano puede desempeñar conductas que sean directas hacia bienes jurídicos queriendo, valga la redundancia, dirigirse específicamente hacia ese bien a dañar. Esto es lo que en la esfera denominamos *dolo*.
- 2) El ser humano puede también no querer específicamente dañar a estos bienes jurídicos, pero debido a la inobservancia o desempeño inadecuado de ciertas reglas que debían verificarse se daña a los mismos. Es lo que bajo la fórmula de imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los deberes o reglamentos al cargo de un agente es denominada como *culpa*.
- 3) El tercer supuesto de manifestación conductual es referente hacia el querer realizar cierta conducta buscando un resultado pero que es excedido acorde a la representación mental del autor, cuando los medios utilizados no debían necesariamente llevar a ese resultado. Es la fórmula acuñada para entender la *preterintencionalidad*.

Estas tres manifestaciones subjetivas, a la cual hemos hecho mención al comenzar este acápite son, precisamente, ***formas de conductas*** que luego el mismo tipo y la culpabilidad, según las teorías desarrolladas, han tomado en sus posteriores desarrollos. Sea como sea, la teoría causalista como el modelo finalista (incluso el modelo funcionalista) no pueden negar que ***la conducta humana es el fenómeno que da vida a que exista la culpa, el dolo y la preterintencionalidad y no así los tipos o la culpabilidad***.

Esto es lo primero a tener en cuenta en nuestra tesis a desarrollar. A medida que avanza el trabajo veremos, en la parte final, más en concreto esta idea en profundidad.

ii. Las diversas teorías desarrolladas sobre los modelos subjetivos dentro de la estructura del delito³

³ **Bibliografía de esta sección:** *Fontán Balestra Carlos*, Derecho Penal, Parte General, pp. 157 a 181, pp. 319 a 345; *Frister Helmut*, Derecho Penal, Parte General, pp. 150 a 156, pp. 219 a 247, pp. 249 a 261 de la 4ª edición alemana, *Jakobs Günther*, Derecho Penal, Parte General, fundamentos y teoría de la imputación, pp. 308 a 375, pp. 378 a 395, pp. 565 a 574, pp. 653 a 683 de la 2ª edición alemana, *Jescheck Hans-Heinrich*, Tratado de Derecho Penal, Parte

Pasaremos ahora a nombrar los distintos movimientos históricos relativos a cómo se desempeñaba la idea de los elementos, entre ellas, las corrientes principales: la causalista, neocausalista, finalista y por último, la funcionalista.

A decir verdad, el desenvolvimiento de las teorías desarrolladas a lo largo del tiempo consumaron sus ideas en dos aspectos esenciales: determinar el dolo y la culpa dentro del esquema de la culpabilidad, o, en su versión moderna, en la idea del tipo, pero no dejaron de manifestar cuestiones diferentes a estas dos áreas. Veamos:

a) Modelo Causalista

El modelo causalista, al ser el primero en postularse, introdujo un esquema de planteamiento subjetivo un tanto simplista pero determinado sobre la teoría de lo psicológico sobre todo. El sentido de su ecuación residía en determinar si la decisión de arremeter contra un objeto (conducta dolosa) debía determinarse según el conocer si esa conducta era prohibida o no lo era. Esto contuvo particularidades según los denominados errores de prohibición (reconocer si una conducta estaba prohibida o no cuando se efectuaba y si el agente conocía esto)⁴. Esto perturbó toda la esencia de entender si el sujeto conocía lo que hacía pero no podía evitarlo de ninguna forma, lo cual desencadenó en lo dominado como error de prohibición invencible posteriormente⁵.

El concepto psicológico de la culpabilidad otorgaba prevalencia a lo que era fáctico para el sujeto, lo real conocido por él mismo, dejando de lado modelos

General, 5^o edición, pp. 214 a 229, pp. 310 a 344, pp. 448 a 455, pp. 483 a 509; **Mezger Edmund**, Derecho Penal, Libro de estudio, Parte General, pp. 189 a 272; **Mir Puig Santiago**, Derecho Penal, Parte General, pp. 243 a 288, pp. 531 a 547 de la 9^o edición; **Núñez Ricardo**, Manual de Derecho Penal, Parte General, p. 221, 2^o edic., Córdoba, 1975; **Righi Esteban**, Derecho Penal, Parte General, 1^o edición, 2^o reimpression, edit. Abeledo Perrot, pp. 326 y ss.; **Roxin Claus**, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, pp. 198 y ss., pp. 412 a 503, pp. 788 a 965, pp. 993 a 1040; **Soler Sebastián**, Derecho Penal Argentino, tomo II, Edit. TEA, 1976, p. 77; **Stratenwerth Günther**, Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible, 4^o edición alemana de la trad. de Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, edit. Hammurabi, 2005, pp. 163 a 201, pp. 272 a 323, pp. 500 a 526; **Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar**, Derecho Penal, Parte General, 2^o edición, pp. 380 y ss., 519 a 564, edit. EDIAR, 2002, pp. 677 y ss.

⁴ Stratenwerth, Günther, *Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, 4^o edición alemana de la trad. de Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, edit. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2017, pp. 302/303.

⁵ Stratenwerth, óp. cit. 303.

normativos que vendrían con posterioridad⁶. Esto ponía en prevalencia los aspectos psicológicos del sujeto con el delito o el suceso externo que acontecía⁷.

Esto llevó a una diferencia entre dos clases de conocimientos sobre los errores que recaían entre la conciencia de la ilicitud de una conducta: a) un error de hecho y b) un error de derecho. Solo el primero excluiría el dolo o la forma subjetiva mientras que el segundo era tratado como otro aspecto que no era relevante pues no se podía excluir la imputación por desconocer el derecho⁸. Al menos, en nuestro sistema, según el análisis que los clásicos autores desempeñaban sobre nuestra normativa incluida en el art. 34, siempre el error se refería a un error de hecho y no así sobre el derecho⁹.

¿Qué tiene que ver esto con el modelo de dolo y culpa en el sistema clásico? Pues es precisamente que a través de este sistema de entender cómo opera el error ante una decisión de conocer el hecho delictivo de cómo debería introducirse el aspecto subjetivo en toda la teoría del delito. El modelo causalista, de este modo, encabezado por Liszt y Beling determinarían que todo el injusto y la culpabilidad están comprendidos como partes externas e internas del delito¹⁰. Lo objetivo sería aspecto de la tipicidad con la antijuridicidad mientras que lo subjetivo pasaría a ser aspecto esencial de la culpabilidad. De ahí sus tratamiento en esta fase¹¹.

b) Modelo Neocausalista o Neokantiano

El modelo neocausalista, cuyos principales exponentes son Frank; Radbruch; Goldschmidt; Freudenthal, Schmidt y Mezger¹² pusieron de relieve el aporte de manifestar que el injusto no es explicable en solamente elementos netamente objetivos y los elementos subjetivos son considerados netamente en la

⁶ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5º edición, edit. COMARES, Granada, 2002, p. 450; Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 679 y sigs.

⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, óp. Cit. p. 450.

⁸ Righi, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 1º edición, 2º reimpression, edit. ABELEDO PERROT, 2007, pp. 326/327.

⁹ Por ejemplo Soler, *Derecho Penal argentino*, tomo II, 5º edición, 10 reimpression, edit. TEA, 1992, pág. 77; Núñez, Ricardo, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, p. 221.

¹⁰ Roxin Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, 1º edición, CIVITAS, Madrid, España, 1997, pp. 198 y ss.

¹¹ Roxin, Claus, óp. cit. P. 198; Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, óp. cit. p. 679; Jakobs, Günther, *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º edición, MARCIAL PONS, Madrid, España, 1997, pp. 568/569.

¹² Jakobs Günther, óp. cit., pp. 569/572.

culpabilidad. Este modelo, cuyo principal muestra sería dada por Mezger en su manual demostró que lo objetivo podría permanecer separado de lo subjetivo entre el injusto y la culpabilidad subjetiva como forma de dolo, pero existían ciertas excepciones a esta regla en donde existían matices subjetivos en lo injusto y elementos objetivos en la culpabilidad. Así nacería el modelo normativo de la culpabilidad basado en supuestos de normatividad como reproche y el injusto también sería transformado como mecanismos de dañosidad social¹³.

El dolo y la culpa, en este estadio, seguiría así todo siendo parte de la estructura de la culpabilidad.

Según Mezger, el dolo y la imprudencia importan solo indirectamente siendo reprochabilidad de un comportamiento más los comportamientos normales en estas circunstancias¹⁴. Este doble modelo implicaba una estructura estandarizada de reproche de hechos (objetivos), más la constitución psíquica normal (objetivo), las circunstancias en las que el sujeto actúa (objetivo) más las relaciones psíquicas con el hecho (subjetivo)¹⁵.

c) Modelo Finalista

El modelo finalista en su parte establecía como eje todo su punto de vista dentro de la idea de la acción, que pasará a considerarse como final dentro de un planteamiento ontológico en donde en ella ya se seleccionan los medios y en donde el sujeto controla el curso causal a través de definir su objetivo previo¹⁶.

El modelo se postuló por ende en una estructura netamente personalista y subsumida en la estructura de la acción como tal¹⁷.

Este pensamiento estaba encaminado hacia el considerar del perfeccionamiento del modelo neokantiano basado en el ser humano como ser social¹⁸. Se ponía en necesidad un modelo lógico real donde no se podía escindir de

¹³ Roxin, Claus, óp. cit. pp. 198/199.

¹⁴ Jakobs, Günther, óp. cit. p. 569.

¹⁵ Jakobs, Günther, óp. cit. p. 569.

¹⁶ Roxin, Claus, óp. cit. P. 199; Jescheck, Hans-Heinrich, óp. cit. p. 225.

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich, óp. cit. P. 226, citando a Welzel en JuS 1966, p. 421.

¹⁸ Jescheck, Hans-Heinrich, óp. cit. P. 226

la conducta la finalidad¹⁹. Así todo elemento jurídico conformaría un modelo según la naturaleza de las cosas²⁰.

Los precursores de esta teoría, en palabras de Jescheck y Roxin se encuentran en los trabajos realizados por Weber²¹, Graf zu Dohna²² y Wolf²³. El modelo central de esta idea se perfecciona y es por ende considerado su creador Hans Welzel, quien ya a partir de la década de 1930 desarrolla este modelo. Según su pensamiento y estructura de desarrollo, la forma subjetiva del dolo (y por ende la culpa) entraba en el estrato de la tipicidad siendo el estrato de la culpabilidad netamente normativo²⁴.

Si bien existen grandes autores que rechazan el criterio de la idea finalista de la acción, mantienen la estructura que esta otorga manteniendo el dolo y la culpa dentro de la tipicidad como un concepto normativo de la culpabilidad²⁵.

d) Modelo Teleológico o Funcionalista

El último sistema a desarrollarse acontece como el denominado modelo teleológico-funcionalista cuyos principales exponentes son Roxin y Jakobs. Los mismos parten de que todo el mecanismo de la idea penal debe guiarse por los fines que este posee para con la sociedad. La Política Criminal es así el punto central de todo el desarrollo de esta moderna doctrina mencionándose modelos de “imputación objetiva” como así también ámbitos de “responsabilidad” por sobre la culpabilidad²⁶.

Esta corriente se basa en el funcionalismo sistémico-sociológico o un modelo neoclásico finalista²⁷.

Roxin parte de volver a los ideales del neokantismo del ‘30 basado en ciertos sentidos cuñados por Mayer²⁸. Parte de la denominada imputación al tipo objetivo

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, óp. cit. p. 382.

²⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, óp. cit., p. 226, quien cita a Welzel en *Niedermeyer-Festschrift*, p. 290.

²¹ Jescheck, Hans-Heinrich, óp. cit. p. 227; Roxin Claus, óp. Cit. P. 200; Weber, *Zum Aufbau des Strafrechtssystemes*, 1935, pp. 8 y ss.

²² Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1936, p. 28, 1950; Jescheck Hans-Heinrich, óp. cit. P. 227; Roxin, Claus, óp. Cit. P. 200.

²³ Wolf, *Krisis und Neubau*, p. 39; Jescheck Hans-Heinrich, óp. cit. p. 227.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar; óp. cit. P. 382.

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, óp. cit. P. 382.

²⁶ Roxin, Claus, óp. Cit. P. 204.

²⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, loc. cit.

basado en la producción de un riesgo bajo la protección de la norma, dejando de lado la categoría naturalista que se venía acuñando, tomando pie un modelo netamente valorativo social²⁹.

Estos postulados encuentran sus antecedentes en los años 30 con las ideas de Honig y Larenz³⁰. De alguna forma, el fenómeno de dañosidad social de Liszt es el que permitirá englobar los conceptos de riesgos creados en la imputación objetiva. Al mismo tiempo toma relevancia los elementos de prevención general y especial sobre la sanción penal, asumiendo la prevención carácter por sobre la misma culpabilidad³¹.

Desde el sentido de la prevención del delito, la pena para Jakobs asumirá el mismo sentido de modo que se buscará no derrumbar las expectativas de la norma, teniendo cada quien un conjunto de roles a cumplir para dar lugar a tales expectativas³². El mismo Jakobs parte del ideal de que la pena tiene como fin asegurar la existencia de un Estado o modelo social;³³ invirtiendo así el modelo de Welzel de los valores éticos sociales, pero subsumido en ese pensamiento de algún modo³⁴. De esta manera, no deja de ser un pensamiento funcionalista debido a que se toma en consideración no solo las expectativas sociales o normativas, sino incluso los conceptos de expectativas sociales que se imponen en un tiempo dado³⁵.

La culpabilidad también será sinónima de poner en evidencia la no motivación del sujeto conforme a la norma, algo no diferenciado del finalismo³⁶. La conducta culpable sostiene el autor, debe castigarse conforme a si no ha sido modificado conforme a estructuras o sucesos posteriores a esta o si existe un concepto de impunidad más allá del injusto material³⁷. Sostiene por eso Jakobs que

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*, óp. cit. p. 384.

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*, loc. cit.

³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*, loc. cit.

³¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*, loc. cit.

³² Jakobs, Günther, óp. cit. pp. 9/11.

³³ Jakobs, Günther, óp. cit. p. 8.

³⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*, óp. cit., pág. 384; el mismo Jakobs menciona esto en óp. cit., prólogo a la primera edición y en la solapa.

³⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Alagia y Slokar*; óp. cit., p. 384; Jakobs Günther; óp. cit., pp. 9/10.

³⁶ Jakobs, Günther, óp. cit. p. 579.

³⁷ Jakobs, Günther, óp. cit. p. 581.

“Se pune para mantener la confianza general en la norma, para ejercitar en el reconocimiento general de la norma”³⁸.

En estos postulados el mismo Jakobs es quien pretende realizar la normativización de toda la dogmática penal, ¿de qué modo?: A través de los elementos de capacidad, culpabilidad y poder son partes para determinar el rol y la competencia de cada sujeto en sociedad³⁹. El mecanismo de prevención desarrollado en la culpabilidad subsumido en el modelo de protección de la norma da paso a una ampliación del tipo objetivo precisamente modulado en la idea de prevención acorde a roles⁴⁰.

Respecto del concepto subjetivo que esboza esta teoría, el dolo y la culpa se mantienen dentro de la estructura del tipo subjetivo pero postulando una gran amplitud de todo el tipo objetivo, principalmente con los aportes de Jakobs en la imputación objetiva⁴¹.

III.- Parte 3º

Nuestro modelo sobre el esquema subjetivo del delito.

a. El dolo y la culpa (y la preterintención) como bases de un modelo de conducta⁴²

³⁸ Jakobs, Günther, loc. cit.

³⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, óp. cit., p. 384.

⁴⁰ Jakobs, Günther, óp. cit., pp. 223 y ss., 241 y ss., 253 y ss., 257 y ss., 267 y ss., 288 y ss.

⁴¹ Jakobs, Günther, óp. cit., pp. 308 a 375 sobre el dolo, pp. 378 a 395 sobre la culpa (denominada por él como imprudencia) y la preterintencionalidad (denominada por él como combinación dolo-imprudencia), pp. 565 a 574 sobre los matices objetivos y subjetivos de prevención en la culpabilidad; Roxin, Claus, loc. cit., pp. 198 y ss. sobre la evolución histórica de la teoría del delito, explicando en detalle el modelo funcionalista, pp. 412 a 503 sobre el dolo y sus implicancias, pp. 788 a 965 sobre la culpabilidad y su representación en “responsabilidad”, pp. 993 a 1040 sobre la culpa (nombrada por él mismo como imprudencia).

⁴² **Bibliografía de esta sección:** *Bacigalupo Enrique*, Derecho Penal, Parte General, 2º edición, ed. Hammurabi, 1999, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3º reimpresión, ed. Temis, 1996; *Bueres Alberto J.*, Hechos y actos (o negocios) jurídicos. Aspectos metodológicos y conceptuales, pp. 117 a 144; *Cordini Nicolás Santiago*; El concepto de imputación en el Derecho Penal. De la imputación a la imputación objetiva: un estudio comparativo de los modelos de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs, pp. 30 a 51, pp. 57 a 106, pp. 145 a 160, pp. 163 a 185; *Di Pietro Alfredo, Lapieza Elli Ángel Enrique*, Manual de Derecho Romano, Lexis Nexis, 2005, pp. 139 a 164, págs. 317318; *Hardwig Werner*, La Imputación. Un problema central del derecho penal, 1º edición, Verlag Gruyter & Co., Hamburgo, 1957 (o en

Cuando decimos que un sujeto se ve inmerso en un determinado hecho es relevante que este conozca las circunstancias principales y que sean necesarias para que tal hecho sea controlado por el mismo. De alguna forma esta es la gran ventaja que la doctrina de la imputación kantiana ha desarrollado a lo largo del tiempo, aunque ha pasado desapercibida durante mucho tiempo⁴³.

El elemento central de toda una doctrina de la imputación debe radicar en determinar de qué forma alguien puede ser imputado (valga la redundancia). De tal concepto, debemos entender qué entendemos por imputación, siendo definida como la *facultad de atribuir algo a alguien*. De tal modo debemos ahora preguntarnos “¿atribuir qué cosa?”. Lo que se debe atribuir siempre rondará en un concepto prefijado de *hechos, circunstancias* o *sucesos* que producen un significado en la realidad social.

Ahora bien, esa realidad que se debe crear socialmente irá de la mano con lo que la misma cultura interpreta como creación de sucesos que así todo, será

su idioma original *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1. Auflage, Hamburg, Verlag Gruyter & Co., 1957*); **Hruschka Joachim**, Reglas de comportamiento y reglas de imputación, de publicación en *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 a 460 bajo el título *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, de traducción de Felipe Baldó Lavilla, desde página 343 a 356; él mismo, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, ed. a cargo del prof. Pablo Sanchez-Ostiz, Madrid, 2005; pp. 129 y ss.; **Kant Immanuel**, *Metafísica de las costumbres* (MdS o en su idioma original *Die Metaphysik der Sitten*); **él mismo**, *Fundamentación a la metafísica de las costumbres* (o en su idioma original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*); **Parma Carlos, Gorra Daniel**, *Código Penal, analizado, concordado y anotado con referencias jurisprudenciales*, 2º edición, ed. Hammurabi, pp. 96/97; **Rey Carlos Alberto**, *Imputabilidad de las consecuencias de los actos voluntarios*, SAIJ, Revista La Ley, Nro. 160, p. 4; **Righi Esteban**, *Derecho Penal, Parte General*, 1º edición, 2º reimpresión, edit. Abeledo Perrot, pp. 326 y ss.; **Sánchez-Ostiz Pablo**, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, pp. 414 y ss., 439 y ss., pp. 452 y ss., pp. 510 y ss., pp. 518 y ss.; **Welzel Hans**, *El Nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. por José Cerezo Mir, 2º reimpresión, ed. B de F, 2004; **él mismo**, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, trad. de la 11º ed. alemana por Bustos Ramírez y Yáñez, Santiago de Chile, 1970; **Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar**, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, editorial EDIAR, 1981; pp. 507 ss; **él mismo**, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4º edición de 1985, edit. EDIAR; **él mismo**, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III*, 1º edición, ed. EDIAR, pp. 93 a 162, pp. 295 a 421, pp. 447 a 482. **Además vid. bibliografía contenida en Parte 2º, sección 1.2**

⁴³ Sánchez-Ostiz, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 1º edición, edit. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 452 y ss.

posterior a la materialidad misma. Me explico: Existen circunstancias que simplemente son cuyo significado no tiene otro que el que el mismo ser humano le otorga socialmente. Por ejemplo, hacerse un café no tiene otro significado que simplemente dar nacimiento al acto de alimentarnos⁴⁴. Cuando un sujeto quiere demostrar su estilo y por ende se efectúa un corte de cabello o se realiza un tatuaje simplemente realiza un acto de entidad material que se encuentra un significado según las denominaciones culturales o sociales que se tengan en ese momento. Es decir, un tatuaje en el eje de occidente tal vez tiene un significado diferente al que puede tenerlo en las tribus africanas donde el tatuaje implica un mecanismo de “hombria” o demostración de la “agresividad”. También un corte de cabello en nuestra región no comparte el mismo sentido que puede tenerlo en Corea del Norte donde posee fines políticos o incluso en ciertas regiones orientales en donde se le atribuye una categoría de masculinidad.

Como se ve, existen cosas que simplemente son, un café con leche no es, más que un café con leche. Una taza no es más que un recipiente de algún material que sirve para cargar una sustancia. Ahora ¿por qué la taza es taza y no se denomina de otra forma? Porque es el significado que el atribuimos a esa misma taza que nos dice que debe ser así y no de otra forma. ¿Puede entonces la taza tener otro significado en otra parte del mundo o en otra cultura? Verdaderamente sí, pues dependerá de la época y de la cultura que se desempeñe. Entendido esto, cuando nos remontamos a épocas anteriores y sosteníamos que en la prehistoria debíamos cazar para sobrevivir, no existía en un principio diferencia entre cazar a un tigre o cazar a un humano pues ambos eran fuentes de alimentación. Con el tiempo fue el contexto social quien determinó que no podíamos matar a un humano porque se encontraba en un sentido dialéctico mental-espiritual de todos los humanos sostener que si no queríamos que nos maten no podíamos matar. Ese es el sentido de la pena como también de la existencia del delito mismo y no de pautas normativas. El delito y la pena son manifestaciones naturales de la propia consideración del ser humano en el mundo.

Ahora bien ¿qué relación encuentra esto con los significados que la cultura le otorga a las cosas o a los sucesos que acontecen? La relación se refiere a que el delito como la pena misma es un significado que se le da a una situación que sólo existe porque el humano le da ese sentido. Matar, robar, violar no son más que

⁴⁴ Levantarnos de la cama de dar indicios de comenzar el día o simplemente demostrar el acto natural de funcionamiento de la conciencia; saludar a alguien de demostrar una pauta social de ser “amigables” aunque solo no es más que un movimiento corporal de levantar la mano o asentar con la cabeza.

pautas de conducta que la sociedad interpreta como negativas pero no son más que sucesos que simplemente son. Como ejemplo, matar es matar, pero no es lo mismo decir que matar por placer sea similar a matar porque alguien me quiso asesinar. Al fin y al cabo he matado, pero pierde el significado en el que se da lo que determina según sea más o menos aceptado.

De alguna forma no dejé de matar, pero el sentido no será el mismo se dé en una o en otra situación. Seguramente el lector pregunte qué tiene de relación todo esto con las manifestaciones subjetivas y es allí a donde se quiere llegar: si existen cosas que son y cosas que son el sentido de esas cosas que son⁴⁵

Sin entrar en detalle sobre lo que tendría prevalencia, según sea lo material o lo ideal, ambos deben ir de la mano para determinar el concepto desarrollado. El ser humano es alguien que simplemente es dentro de una estructura determinada por conceptos que le son otorgados a sucesos que no son ni correctos ni incorrectos, simplemente son. Determinar el valor de esos sucesos dependerá de la época y del desarrollo en mayor o en menos medida que la comunidad le otorgue a hechos que acontecen. Si debemos basarnos en los significados de los hechos debe haber entonces una realidad que prevalece a la existencia de los significados según sean tomados de esa forma o no.

No puede prevalecer el significado netamente por sobre lo material, pero tampoco lo material puede ser obviado así como así de la existencia solamente haciendo prevalecerlo ideal o lógico. Entendido esto es toda una forma de explicar que cuando alguien es imputado como realizador de una conducta, sea esta activa (acción) u inactiva (omisión), estamos refiriéndonos a que todo ser humano tiene relación con el mundo que lo rodea y es desde la base, esa misma conducta la que posee el valor de determinarse como generadora intencionalmente de los sucesos negativos (el dolo) o sin buscar tal suceso, generarlo por haberse sobrepasado la

⁴⁵ De alguna forma esto pretendía explicar Kant en todo su desarrollo doctrinario y científico. Véase Kant Immanuel, *Metafísica de las costumbres* (MdS o en su idioma original *Die Metaphysik der Sitten*); él mismo, *Fundamentación a la metafísica de las costumbres* (o en su idioma original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*). Para relacionarlo penalmente véase Cordini Nicolás Santiago, *El concepto de imputación en el Derecho Penal. De la imputación a la imputación objetiva: un estudio comparativo de los modelos de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs*; también véase a Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., como así también a Hruschka, Joachim, *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, de publicación en *Rechtstheorie* 22, 1991, pp. 449 a 460 bajo el título *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, de traducción de Felipe Baldó Lavilla, desde página 343 a 356; él mismo, *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2º edic., edit. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2009, Madrid, 2005 (edición original).

situación ideada (preterintención) o por faltar ciertos deberes que debían respetarse (culpa).

Decir que alguien es realizador de una conducta debe hacer hincapié en determinar que ese sujeto, quien ahora pasará a denominarse como agente, al menos conocía o controlaba lo esencial de ese suceso creado⁴⁶.

El conocer y el controlar se refiere a un método de que la persona sea, ante todo, un sujeto libre que puede determinarse hacia un determinado camino y conocerlo en los puntos relevantes de lo que realiza y además, controlar lo que está realizando, definir dirigirse hacia ciertos extremos o no⁴⁷.

Ahora, el mencionar que alguien crea un hecho que puede dominar y controlar no es más que parte de un sistema que tiene y no relación con lo que comúnmente la doctrina penal refiere como acción u omisión. Según entiendo, la doctrina penal vieja y moderna siempre se refiere a las acciones como la base de todo el sistema central de imputación y dejan de lado la omisión como un suceso puntual⁴⁸.

Cuando alguien actúa siempre actúa con intención, pues toda conducta siempre será dolosa. ¿Por qué? Porque la definición de dolo (actuar con el conocimiento y la voluntad) no deja de referirse a un ámbito de dominio en donde la persona conoce y controla lo que hace. La definición de conducta inicial, encaminada en el sentido de acción (hacer) como así también de omisión (el no hacer) no se excluyen, sino que, al contrario, se engloban en uno mismo. Cuando la persona actúa, sea haciendo u omitiendo, no hacen más que actuar en sentido de dolo, de conocer, de controlar una situación determinada.

⁴⁶ Sánchez-Ostiz Pablo, *óp. cit.*, pp. 414 y sigs., 439y ss., pp. 452 y ss., pp. 510 y ss., pp. 518 y ss, Cordini, Nicolás Santiago, *óp. cit.*, pp. 163 /185.

⁴⁷ Sánchez-Ostiz Pablo, *loc cit.*; Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, *óp. cit.*, pp. 507 y ss. quien menciona la dominabilidad del hecho basada en la teoría de Welzel.

⁴⁸ Así por ejemplo Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar, *óp. cit.*, Zaffaroni en *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4º edición de 1985, edit. EDIAR, Buenos Aires, Argentina, él mismo en *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, ed. EDIAR, 1981, pp. 447 /482; Jescheck, Hans-Heinrich, *loc. cit.*; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, ver 9º edición; Roxin Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, 1º edición, CIVITAS, 2014; Stratenwerth, Günther, *loc. cit.*; Frister Helmut, *Derecho Penal, Parte General*, de la 4º edición alemana, 2016; Righi, Esteban, *loc. cit.*, Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, HAMMURABI, Buenos Aires, Argentina, 1999, él mismo en *Manual de Derecho Penal, Parte General*, ed. TEMIS, 3º reimpresión, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1996.

Tal vez esta fue la gran pauta de aportes que el finalismo ha dado a todo el desarrollo de la acción, pero creemos que su error consistió en centrarse en la finalidad más que en los conceptos de controles. No podemos determinar el fin de alguien pues no deja de ser muy subjetivo. Cuando hablamos de un dolo inicial contenido en la conducta, simplemente hacemos referencia a que externamente el observador puede configurar un llamado de atención a que “A” ha actuado porque al menos debía conocer lo que hacía y al menos controlaba lo que realizaba. De ahí que entienda que Hruschka considere que se debe entender al proceso de imputación inicial de un hecho como el proceso de sostener que un texto posee un autor⁴⁹.

Este mecanismo se da en los senderos de determinar que el agente es agente porque actúa con dolo. De tal conclusión entendemos que toda conducta es, siempre, *dolosa*. ¿Por qué? Porque como se ha dicho, la voluntad y conocimiento que define el dolo forma parte de la misma definición de lo que se conoce como conducta. A decir verdad, toda conducta siempre será dolosa en términos generales pues quien actúa con dolo controla un hecho y conoce tal hecho. Tal vez para la doctrina moderna, sea finalista o funcionalista, el dolo siempre implica conocer los elementos del tipo objetivo⁵⁰, lo cual no es raro ciertamente; pero esto no hace más que consagrar la idea de que no es el tipo el que congloba la subjetividad del ser humano, sino la misma fase inicial de la teoría del delito, la conducta misma⁵¹.

Entendido esto de tal modo, la confrontación de las diferentes teorías que sostiene la posición del dolo (y la culpa) como partes de la tipicidad pierden razón de ser, más allá de las consecuencias valorativas o lógico objetivas que se le quieran dar⁵², pues el tipo no puede tomar algo más que la realidad misma. Es parte de la realidad lo que implica concebir que toda manifestación legal (el tipo) congloba conductas humanas las cuales deben ser de tres diversas formas posibles: a) Manifestaciones humanas con “la intención de” (el llamado dolo); b) Manifestaciones humanas sin la intención de pero sin prestar atención a un proceso de realización debido (la culpa) o c) La intención de producción de un resultado concebido en la mente del sujeto con los medios apropiados para dar lugar a tal resultado pero que por diversas razones o suerte se lleva a cabo un resultado más allá del querido (la preterintención).

⁴⁹ Hruschka Joachim óp. cit., p. 20.

⁵⁰ Por ejemplo Roxin en óp. cit. p. 415.

⁵¹ Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., pp. 514 y ss., 518 y ss.

⁵² Welzel Hans en *El Nuevo sistema del Derecho Penal, una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. por José Cerezo Mir, 2º reimpresión, 2004, edit. B de F; también en *Derecho Penal Alemán*.

Decidir qué se debe sustituir la óptica de las manifestaciones humanas en el tipo implica normativizar todo el proceso humano de comportamiento⁵³. Esto no quiere decir que nos olvidemos del principio de legalidad, sino que todo lo contrario, postulamos una idea de que solo puede legalizarse lo que sea manifestación humana. Si el tipo protege hechos, estos hechos humanos no son más que hechos voluntarios humanos y la voluntad debe ser de dos formas posibles: con la intención de efectuarse o no prestar la debida diligencia a lo debido⁵⁴. El dolo y la culpa no pueden formar parte de los tipos pues no son más que *conductas humanas*.

La culpa no debe obviarse tampoco de todo el proceso conductual pues también es una manifestación humana.

Este tal vez sea el gran aporte del Derecho Civil en su esquema de manifestaciones de actos voluntarios lícitos que tienen como fin producir, adquirir, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entendidos como actos jurídicos⁵⁶.

La voluntad juega un papel importante para el derecho civil entendiéndose como el discernimiento, intención y libertad manifestado por un hecho exterior⁵⁷. Incluso el mismo artículo 262 del Código Civil y Comercial refiere a que la manifestación de la voluntad siempre debe exteriorizarse, sea por signos inequívocos, escrito, oralmente o ejecutando un hecho material.

Desde hacía tiempo que el Derecho Civil no era considerado de manera oportuna para portar rasgos hacia el Derecho penal, por lo que la voluntad

⁵³ Sánchez-Ostiz Pablo; óp. cit.; pp. 514 y ss., pp. 519 y ss. Sobre la importancia del dolo y la culpa también como forma de conducta véase Hruschka, Joachim, óp. cit. y a Cordini Nicolás Santiago, óp. cit., pp. 163/185 donde menciona el proceso de imputación según Hruschka.

⁵⁴ Agregándosele la tercera forma (preterintención en ciertas situaciones, pero la regla son solo estas dos).

⁵⁵ Sobre el dolo y la culpa en la antigüedad, véase a Di Pietro Alfredo y Lapieza Elli Ángel Enrique, en *Manual de Derecho Romano*, Lexis Nexis, 2005, pp. 139 /164 sobre el sentido de estas manifestaciones en los negocios jurídicos y pp. 317/318 sobre el dolo y la culpa como formas de obligaciones por sus consecuencias.

⁵⁶ Así lo interpreta el código Civil y Comercial argentino en el artículo 259. “**ARTÍCULO 259.- Acto jurídico. El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.**” También lo entendían así viejos maestros del Derecho Civil como Borda o Llambías.

⁵⁷ Rey Carlos Alberto, *Imputabilidad de las consecuencias de los actos voluntarios*, SAIJ, Revista La Ley, Nro. 160, p. 4; Bueres Alberto J., *Hechos y actos (o negocios) jurídicos. Aspectos metodológicos y conceptuales*, pp. 117/144.

entendía civilmente no es la misma que se toma en arcas del sentido punitivo. Así todo, el sentido de voluntad penal se comprende como *intención de actuación*. Incluso doctrinarios como Zaffaroni ya en su viejo *Tratado de Derecho Penal* reafirmaba la idea de considerar una voz de conducta para el Derecho penal y otra para demás ramas, aludiendo a la idea de que existía un único concepto de conducta⁵⁸.

En las definiciones jurídicas civilistas se regulan hechos, y específicamente hechos en el sentido humano que son las que interesan a nosotros. Tal vez existan hechos de sentido no humanos que sean interesantes para el Derecho (como la muerte) que produzcan efectos jurídicos, pero para el Derecho civilista, el hecho humano es el que demuestra interés. Incluso en las clasificaciones civilistas de los hechos, los ilícitos pueden configurarse en un sentido de dolo y culpa y los vicios sobre el sentido de la voluntad son los mismos que toma el Derecho Civil⁵⁹.

Si el hecho humano voluntario es sentido de la conducta penal y entendemos a la voluntad como intención de hacer o dejar de hacer debemos coincidir con el maestro Zaffaroni de que existe en verdad un único sentido de la voz conducta humana ya que se basa en los mismos principios⁶⁰.

Si se nos permite esta idea, los comentarios de manifestación de que la voluntad es solo una y por ende, esta desempeña el papel de manifestación subjetiva humana no hace más que confirmar nuestra idea de que la voluntad, como forma de exteriorización, siempre será manifestada como estructura de intención estricta de daño o vulneración (el dolo) o como falta a una observación necesaria (culpa). Pero si existe voluntad y esta siempre será entendida como manifestación de discernimiento, entendimiento de lo que se realiza y control, firmeza o dominio de la situación, debemos entender entonces que toda conducta ***siempre será dolosa*** en los términos de que ***el dolo de manifestación subjetiva contenida por la doctrina comúnmente en el tipo o en la culpabilidad coincide plenamente con el sentido de voluntad y discernimiento de conducta***.

Incluso aún más, si tomamos en cuenta que lo que afecta a la voluntad es el discernimiento, la libertad y la intención y estos resultan excluidos por el error, la

⁵⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Tomo III, 1º edic., edit. EDIAR, p. 44.

⁵⁹ Artículo 261 del C.C y C, art. 265 y ss., 271 y ss., 276 y ss., Véase a Zaffaroni, Eugenio Raúl, óp. cit., p. 44 quien cita a su vez a Betti Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez. Madrid, 1959, p. 6.

⁶⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl; loc. Cit.

violencia o el dolo, se ratifica la noción central de que los supuestos de *vis absoluta*, *vis compulsiva*, *ignorantia facti*, *ignorantia iuris* guardan alguna relación entre sí por ser mecanismos de mayor o menor medida sobre el control del comportamiento.

Quien pretende actuar y resulta alcanzado por los elementos negativos de la conducta como lo son el estado de inconsciencia absoluta, fuerza física irresistible y actos reflejos no desempeña conducta por carecer del discernimiento y el control de su acto. Si comparamos esta idea con la del dolo definido como el conocer y querer todos los elementos del tipo objetivo⁶¹, se comprende que la definición básica de voluntad de conducta y solo se engloban como una.

De ahí sostenemos que existe un dolo en términos generales y otro en término particular. El términos generales o al cual llamaremos *dolus generalis* será la que comprenda sobre si alguien ha actuado o no, teniendo el conocimiento y el control de lo que hace (si no tiene ninguno de estos entrará en la categoría de elementos negativos de la conducta), que será afectado por los elementos nombrados anteriormente como por el *desconocer del hecho creado*. A este *dolus generalis* se le impondrá un segundo concepto al cual denominaremos *dolus certis*, que para nuestra idea, debe encontrarse en la conducta misma y no así en el tipo o en la culpabilidad.

Conflictivo es este último caso de *desconocer el hecho creado* que es denominada por la doctrina finalista y funcionalista como error de tipo, que la idea causalista englobaba como error de hecho ya dejada de lado⁶². Si decimos que desconocer el hecho creado (sea un hecho físico o desconocer una situación jurídica pero no basada en supuestos de legalidad ya que sería error de prohibición⁶³) implica entender que ese desconocimiento del hecho no debe afectar al sentido subjetivo, sino al sentido de actuación.

Se verá más en detalle en el próximo acápite.

Otro punto por manifestar es el sentido de la culpa y como esta operará en la conducta. Por lo manifestado, suponemos que el dolo es la regla de toda la conducta y la culpa pasaría a entenderse como un aspecto más concreto de todo el fenómeno de actuación. La culpa, entendida en su denominación común como imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de deberes o reglamentos al

⁶¹ Según Roxin Claus, óp. cit., p. 415.

⁶² Véase para una explicación profunda a Righi, Esteban, óp., cit., pp. 326 y ss.

⁶³ De gran explicación, sencilla pero general Parma, Carlos, Gorra, Daniel, *Código Penal, analizado, concordado y anotado con referencias jurisprudenciales*, 2º edición, ed. Hammurabi, pp. 96/97.

cargo de un agente⁶⁴ no excluye esta nueva idea de elementos subjetivos en la conducta, pues no deja de ser una forma de actuación. Hay que hacer claros en la manifestación de cómo se efectúa el dolo en la conducta humana de manera general y de manera específica. El dolo en manera general operará incluso en la misma culpa pues existe un control y un conocimiento de lo que se está realizando cuando se actúa imprudentemente. La variación radicará cuando específicamente mencionamos la conducta dirigida hacia el bien jurídico y no solo del control de la situación que se genera, lo que permite decir que la conducta sí es culposa. Si mencionamos los términos específicos de la actuación operará como dolo o como culpa, pero toda conducta, como se ve, siempre será dolosa en términos de conocimiento y control.

De ahí que ciertos autores hablen del cambio de la terminología *dolo* por representación o conocimiento⁶⁵.

Como última idea debemos considerar a la preterintención como manifestación humana común. Según las ideas comunes sobre la misma esta es entendida como el dolo dirigido hacia un centro de imputación conductual (bien jurídico) pero que acorde a los medios utilizados, este no debía exceder el resultado querido, prevaleciendo si se quiere, hasta cierto punto, la culpa en la conducta. Los denominados delitos de dolo-culpa son entendidos como una doble posición subjetiva de la conducta aunque su posición en la estructura típica del delito es particular⁶⁶. Se toma en cuenta el delito verdaderamente cometido como así el intentado⁶⁷, excediéndose el resultado al que fue ideado para el autor.

Como se pretende poner en evidencia en esta sección, si la preterintención no deja de ser una especie de resultado que por propia manifestación del azar excede al control del sujeto y no así combinación de dolo-culpa (hasta cierto punto pues es evidente el dolo pero no tanto la culpa en sí mismo). Explicándonos en detalle, la preterintención posee claramente un aspecto doloso (quiero pegarle una piña a un sujeto) pero la culpa se hace presente de manera más conflictiva (se cae y se golpea la cabeza y muere cuando por la intensidad de la piña no se podía reconocer que podría suceder eso). El fallar al deber de cuidado es más extraño de reconocer en

⁶⁴ La definición dada por el Código Penal argentino en el artículo 84 es la que categoriza el significado común de culpa.

⁶⁵ Sánchez-Ostiz, óp. cit. p. 523.

⁶⁶ Por ejemplo Jakobs, Günther, óp. cit., pp. 395 ss.; Fontán Balestra, Carlos, óp. cit., pp. 342 y ss.

⁶⁷ Fontán Balestra, Carlos, óp. cit., pp. 342.

estas clases de manifestaciones subjetivas, lo cual no quiere decir que no exista cierta manifestación de tal subjetividad (la persona en el ejemplo dado podría haber previsto que si había un cordón que sobresalía de la vereda no debía haber tomado esa conducta).

Ahora bien, y como parte del asunto que nos compete, la preterintención sea reconocida a nuestro criterio como una forma autónoma de dolo y culpa no deja de ser una parte especial de la expresión y exteriorización de la conducta humana, pues es en ella que se parte del aspecto de voluntad (intención de actuación en sentido de control limitado pues no se controla el resultado querido pero si la primer forma de resultado buscado y conocimiento de lo que se está realizando en la conducta querida), por lo que claramente es parte de una exteriorización humana.

¿Suele tener un conflicto este sistema subjetivo con una especie de desconocimiento del hecho creado entendido comúnmente como error de tipo? Será puesto en evidencia el error de tipo en cuanto a sus postulados más esenciales, pero para nada podemos afirmar que desconocer un hecho es parte de un sistema de preterintención como un más allá de la conducta querida por motivo de que el sujeto de alguna forma quiere un resultado que se excede, pero de querer se quiere. En el error de hecho el sujeto activo para nada desea tal resultado, desconociendo verdaderamente lo que está realizando.

b. El error de tipo como indicio de la adecuación subjetiva en la conducta⁶⁸

Otro punto que confirma la relación de los aspectos subjetivos dentro de la esfera de la conducta es la reafirmación de que los errores de hechos (denominados errores de tipos) son negativos de la confirmación de que existe dolo y por ende, siguiendo esta manera de verificar los aspectos subjetivos, estos eliminarían la realización de una conducta humana como tal. Quien cree apuntar a un venado pero apunta a su mejor amigo que estaba de caza con él, desconoce el hecho creado pues carece de discernimiento y control de lo crea.

Para la vieja doctrina finalista, quien a través de su proceso impuso el dominado error de tipo⁶⁹, relaciona una idea que no ha sido terminada de

⁶⁸ **Bibliografía general:** *Sánchez-Ostiz Pablo*, Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, 1º edición, edit. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 518 y ss. **Además vid. bibliografía contenida en Parte 2º, sección 1.2 y Parte 3, sección 1.**

desarrollarse pero impuso el énfasis en los elementos necesarios para determinar la conducta como algo más que un mero proceso psicológico con la norma, la conducta es algo ontológico pseudo valorativo⁷⁰. Para un concepto netamente normativo véase el funcionalismo en general, como por ejemplo las obras de Jakobs⁷¹.

Si consideramos un suceso como un hecho que tiene el origen en el agente, esta imputación de hechos (*imputatio facti*) será entendido como tal mientras que se pueda afirmar que una persona ha actuado libremente. Ahora bien, esa libertad de actuación refleja que la persona simplemente ha conocido los elementos básicos de lo que crea (sabe que crea un hecho) y además puede controlar ese hecho que creó en los términos básicos. Es lo conocido como el conocimiento y el control de la situación o del hecho creado⁷².

Todo lo determinado como hecho en base a un conocimiento y un control de una situación implica adelantar el dolo a esta fase inicial motivo de que el mismo conocer y controlar de la fase inicial es la que coincide con el elemento subjetivo del tipo. Si se adelanta el aspecto subjetivo lógicamente se deberá adelantar lo aspectos de exclusión del dolo por motivo de errores⁷³. No se puede afirmar así que el tipo tenga prevalencia por sobre el mismo estrato de la conducta pues el tipo no hace más que reconocer conductas humanas que le dan vida a la norma misma⁷⁴.

Si en base a un modelo de imputaciones de hechos estos resultan confrontados con la norma (lo que se denominaría aplicación de la ley al hecho o *applicatio legis ad-factum*) entendemos que la conducta es la que da vida a todo el proceso de realidad normativa pues no podría haber norma (norma en el sentido valorativo y no norma en el sentido de determinar la conducta) si no se imputa antes un hecho creado por una conducta humana⁷⁵.

⁶⁹ Righi Esteban, óp. cit, pp. 326 y ss.

⁷⁰ Según los procesos ónticos de conducta véase Véase a Zaffaroni, Eugenio Raúl, óp. cit.

⁷¹ Jakobs Günther, óp. cit., pp. 156/221, principalmente pp. 200/201.

⁷² Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., pp. 516/517; Hruschka, Joachim, óp. cit.; Cordini Nicolás Santiago, óp. cit., pp. 163/185.

⁷³ Refiriéndose al dolo como conocimiento solamente y voluntad como otro aspecto véase a Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., pp. 517, nota 34.

⁷⁴ En ese sentido también Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., p. 517

⁷⁵ Sánchez-Ostiz Pablo, loc. Cit.

El modelo de conducta humana es esencial para determinar que la subjetividad del comportamiento humano como ser social en una esfera comunal determinada. La imputación de un suceso denominado hecho da lugar a considerar al dolo como forma esencial de la conducta. El dolo no podría así integrar el estrato de la tipicidad porque no es un fenómeno valorativo⁷⁶, sino el mecanismo de imputación diferente a la valoración de los tipos y estratos de antijuridicidad.

La confirmación de un proceso subjetivo de la conducta comprende la libertad del sujeto que controla lo que hace y conoce en términos generales ese conocimiento creado⁷⁷. Este proceso de imputación es diferente en los sentidos de dolos a los que nos referimos anteriormente: *Ahora ya no entablamos la idea de dolo en el sentido general, sino dolo en el sentido específico de manifestación subjetiva específica (dolus certis). El control y el conocer lo que se realiza entiendo que no se diferencia del sentido de dolo general (dolus generalis) al afirmar que alguien actúa para terminar que ha realizado una conducta, pero sí entendemos que esta afirmación confronta la idea de que el dolo en sentido específico (dolus certis) es referirse a que ese conocer y controlar para realizar una conducta debe ser más concreto que simplemente afirmar que alguien ha actuado o no ha actuado.* Me explico: Decir que el agente A mató a B porque le apuntó con un arma de fuego siendo categorizado en el art. prima facie n° 79 del código Penal argentino, si pretendiéramos analizar el sentido subjetivo categorizaríamos esa conducta como dolosa porque actuó con el conocimiento y la voluntad, pero distinto es afirmar que alguien simplemente actuó (en este caso A) porque se puede determinar que esta persona conocía lo que hacía (no hay elementos que excluyan la conducta en este sentido estado de inconsciencia absoluta o desconocimiento del hecho creado) y porque además controlaba lo que realizaba (actos reflejos, fuerza física irresistible).

El error de tipo, ahora pasado a denominarse como desconocimiento del hecho creado elimina el dolo en el sentido específico por lo que terminaría por eliminar el dolo en el sentido general ya que la persona no tiene conocimiento de lo que realiza ni control sobre el mismo. Si A pretende cazar una liebre y termina matando a su amigo no puede haber interacción dolosa en sentido específico pero tampoco la habrá en sentido general ya que no posee ni el conocimiento y la voluntad de daño (dolo en sentido específico) ni tampoco hay control y

⁷⁶ Como si lo considera el desarrollo funcionalista de la “imputación objetiva”. También sostiene esto Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., p. 520, en detalle en X.2.2 punto 3 y nota 39 /40.

⁷⁷ Sánchez-Ostiz Pablo, loc. cit.

conocimiento de lo que realiza realmente, no ya con intención de daño (que es en sentido general).

c. ¿Conductas o acciones y raras veces omisiones?⁷⁸

Como último punto a tratarse debemos emprender el paso a considerar si estamos en presencia de una estructura de la conducta única (acción y omisión como un mismo proceso) o si ambas no dejan de ser partes diferenciadas de la exteriorización humana. Definir esto nos será importante para canalizar los aspectos subjetivos que forman parte de la conducta humana según sea actividad o inactividad. A nuestro criterio no existe diferencia entre un hacer y un no hacer en el sentido óntico natural de la exteriorización humana, pero sí lo tiene en el sentido jurídico pues no podemos sostener que obligar a alguien a un hacer sea lo mismo que decirle que no realice algo por esta prohibido⁷⁹.

Esta es la idea que la mayoría de la doctrina entiende⁸⁰ sobre los conceptos de omisión y acción. Más allá de lo señalado, se comprende a nuestro criterio que

⁷⁸ **Bibliografía utilizada en esta sección:** **Frister Helmut**, Derecho Penal, Parte General, 4^o edición alemana, trad. por Marcelo Sancinetti, pp. 423 a 458; **Jakobs Günther**, La imputación penal de la acción y de la omisión, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, trad. a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles; **él mismo**, La imputación objetiva en el Derecho Penal, edit. Ad-Hoc; **él mismo**, Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos, Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ed. Rubinzal-Culzoni; **él mismo**, Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación, 2^o edición, edit. Marcial Pons, Madrid, España, 1997, pp. 939 y ss.; **Sánchez-Ostiz Pablo**, Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo, 1^o edición, edit. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2008, pp. 452 y ss.; **Stratenwerth Günther**, Derecho Penal, Parte General, El hecho punible, 4^o edición alemana de la trad. de Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, edit. Hammurabi, 2005, pp. 453 a 496.

⁷⁹ Sobre estos puntos véase a Jakobs Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, trad. a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles; él mismo también en *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, ed. Ad-Hoc; él mismo, *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ed. Rubinzal-Culzoni.

⁸⁰ Para entenderse véase a Zaffaroni Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, pp. 450 y ss., Frister Helmut, óp. cit., pp. 426/432. Estableciendo una diferencia

existe una manifestación particular que permite entender que ante una acción (un hacer) se efectúa un comportamiento que es tachado de innecesario y prohibido también por el ordenamiento jurídico. En el caso de las omisiones no se efectúa el comportamiento debido que se manda a realizar por lo que se falla a una orden.

El sentido de distinción entre órdenes o mandatos y prohibiciones es parte de una vieja distinción ya realizada en su tiempo por Luden⁸¹ con el sentido del denominado *aliud agere*, aunque bastante criticada en su momento por Krug⁸² y Rohland⁸³. De alguna forma se toma también en cuenta lo manifestado por el mismo Feuerbach quien refiere a la denominada obligación originaria a que no se causen violaciones a los derechos de los demás. De ahí que debe surgir de algún lugar esa especie de obligación que origine tal situación subjetiva en encontrándose en una ley o en un contrato⁸⁴.

De esta noción de obligaciones generales a las cuales se le agregará la situación precedente es que la dogmática en general considera que la obligación de las normas omisivas no pueden acogerse en un sentido tan amplio como sí puede, en cambio, hacerlo la conducta activa.

De ahí que existan diversas clases de normas en el aspecto general del sistema jurídico: normas prohibitivas que conforman tipos activos; normas prescriptivas que conforman tipos omisivos y normas permisivas que conforman los denominados tipos de justificación⁸⁵. De tal modo se congloban eximentes en contraposición a las normas prescriptivas y las normas prohibitivas a las permisiones⁸⁶.

De este contradictorio lógico de normas se denota que el mismo orden jurídico no confiere la misma relevancia a los hacer que a los no hacer pues de ahí

entre ambos pero por momentos no efectuando distinción general Jakobs Günther, Derecho Penal, Parte General, pp. 940 y ss.

⁸¹ Luden; *Abhandlungen*, II, 1840.

⁸² Krug August, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch des Königreich Sachsen*, 1861, el mismo, *Über Unterlassungs-verbrechen*, 1855.

⁸³ Rohland Von, *Die strafbare Unterlassung*.

⁸⁴ Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11^o 1832, § 23, cit. por Jakobs, Günther, *La imputación penal de la acción y de la omisión*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996, trad. a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, p. 23.

⁸⁵ Véase en detalle a Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., en pp. 459 y ss. y 462 y ss.

⁸⁶ Sánchez-Ostiz Pablo, óp. cit., pp. 462/463.

la existencia de normas diferentes. ¿Qué se entiende entonces de esta sumatoria de ideas?:

- a) Desde el punto de vista material una acción no es en realidad idéntico a una omisión pues esto es determinado por la norma jurídica y cultural (salvar a un niño de que se ahogue tiene una relevancia jurídica, como así también su justificación, diferente a matar a un niño);
- b) Desde el sentido jurídico, las normas o preceptos legales confieren relevancia en dos diversos aspectos: Desde las consecuencias legales hasta cierto punto (poseen muchas veces penas distintas las acciones a la omisiones pero existen las denominadas conductas omisivas equiparables a las activas o de comisión por omisión) y desde el sentido de regulación, pues no se puede exigir la creación de normas omisivas de igual forma que podría hacerse con las activas pues no es lo mismo el grado de injerencia de obligar a hacer algo que prohibir. Siempre prohibir puede ser más amplio (al menos desde un sentido relativo pues caeríamos en un Estado autoritario) que el sentido de “mandar a...” pues desde la denominada “obligación originaria” siempre el aspecto de regulación fue más limitado⁸⁷.
- c) Un tercer modo de ver las cosas se señala desde el sentido óntico o real del comportamiento humano en la cultura o en la naturaleza misma. A este aspecto referimos en la estructura de acciones y omisiones.

Si decimos que el Derecho Penal regula materias de conductas humanas, estas, desde un sentido de naturaleza misma, pueden consistir en un hacer o en un no hacer. Esto debe ser visto desde dos aspectos esenciales y propios de la misma realidad:

1) Como seres vivos constantemente hacemos y dejamos de hacer cosas que no importan el sentido en sí mismo de cultura que tome, sino que es parte de la vida misma y como concepción natural humana. Me explico: Si tocamos una hornalla y nos quemamos e instintivamente sacamos el dedo existe una inacción de no volver a realizar tal conducta como forma de una concepción natural o física; Si

⁸⁷ Véase a Jakobs Günther en La imputación penal de la acción y de la omisión..., pp. 11/12 donde establece el ejemplo de que *el trabajo siempre es el cuerpo del hombre, producto de su propiedad* (refiere a esto en pág. 11). Esto demuestra que las omisiones siempre han sido, tal como señala el mismo autor, vistas desde un “*aspecto periférico*” (p. 12).

hay una araña en el suelo y debido a su tamaño me quedo paralizado, es una cuestión mecánica de sentir miedo y no tomar una conducta.

Las inacciones también pueden ser parte de la misma naturaleza como así también las acciones como actuar instintivamente ante un susto; realizar tareas casi automáticas de tanto que las hemos hechos.

Ahora bien, en estos casos, los dogmáticos dirán que estamos equivocados pues no serían actos voluntarios ya que no participa la voluntad que refiere el Derecho Penal, y es así hasta un cierto punto de lo que queremos explicar. Estas son, de alguna forma, conductas humanas pues son despeñadas por seres humanos. Somos nosotros quienes las efectuamos pero no quiere decir entonces que el Derecho Penal a veces las tome relevantes, es por eso que existe un proceso de selección pero que es posterior a las conductas que naturalmente son conductas

2) El otro sentido es el aspecto cultural que se refleja con la conducta misma pues según en el ámbito social o de cultura que sea realizado tornará un significado o no. No es lo mismo un saludo (acción) en Medio Oriente que el que puede tener en Occidente (Argentina, Paraguay, Bolivia, Brasil).

También juegan los aspectos de omisiones que sean realizados como parte de una cuestión cultural. No es lo mismo el no efectuar una conducta en un espacio de la cultura asiática (el no saludar si bien en Occidente puede ser visto como algo negativo, en Japón es casi una falta de respeto que merece una sanción cultural sumamente grave) como puede serlo en nuestra cultura (tal vez no saludar en nuestro ambiente cultural no sea tan relevante como puede serlo en el ejemplo dado anteriormente, más allá que en nuestro país o cultura será esa persona vista de mala manera).

Como se ve en este aspecto, hacerse un café (que es una acción) interfiere en un sentido de significado diferente a no hacerse un café apenas se despierta uno (una omisión) pero el sentido de tales conductas (acciones y omisiones) es parte de un proceso de configuración natural. También lo tiene en un aspecto cultural como también fue explicado.

No queremos ser repetitivos y entrar en problemas metodológicos que se comentaron en las páginas primeras de este trabajo, pero reconocer el sentido de las conductas según el entorno en el cual se desempeñen acorde al significado de lo

que se realiza que el mismo humano le da es sumamente importante para entender las conductas desempeñadas⁸⁸.

En resumen, queda por entender que la conducta humana se desempeña desde dos aspectos posibles, acciones y omisiones pero que ***ambas no dejan de ser parte de conductas humanas***. ¿Tiene importancia reconocer a las acciones y omisiones como conductas diferenciando el término conducta de acción? Sí, y mucha, pues las conductas se configuran como medios iguales diferenciados en dos aspectos con fines de interpretación del que se realiza. En términos más claros, no se puede permitir que las conductas sean vistas de manera netamente normativas sin entender que existen conductas (acciones y misiones) prejurídicas que anteceden a las mismas normas creadas.

No son solo las acciones las que son prejurídicas, sino las mismas normas pues el ejemplo de que ayudar a un niño que no sabe nadar solo existe si se constituye una norma que cree esa obligación es entender entonces que puede matar libremente salvo que una norma me diga que no lo hago. Como se ve, ambas son manifestaciones que dependen de una norma que la regule porque anteriormente existen en la realidad manifestaciones sociales, culturales y comportamientos humanos que le dan sentido a lo que sea hace independientemente de la norma que le da sentido.

La conexión de conductas activas y omisivas se entiende desde el ámbito de una fase netamente filosófica en donde, como puntos dialécticos de ver la realidad, hacemos y dejamos de hacer cosas como parte de la vida misma, sea en sentido natural, jurídico, etc.

No nos sumamos al criterio de no diferenciar jurídicamente entre acciones y omisiones como sí pareciera hacerlo una parte de la doctrina (a veces Jakobs en sus obras y parte del funcionalismo⁸⁹) pues sí existe diferencia. Tampoco es que esta parte de la doctrina establezca que es igual acción a la omisión, pero muchos aspectos metodológicos de sus ideas recaen en entender a las mismas como puntos similares dentro de una misma estructura o ámbito de organización⁹⁰.

⁸⁸ Véase la Parte 1° de ese trabajo.

⁸⁹ Véase las obras del autor citadas en las páginas concretas mencionadas aquí.

⁹⁰ Cuando explica Jakobs en *La imputación penal de la acción y de la omisión...* hay esquemas de similitudes entre ambas, casi sin diferencias. Véase en ese libro de edición citada la págs. 31 y sigs.; lo mismo en *La imputación objetiva en el Derecho Penal...* en cap. III; él mismo en *Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El caso...* donde también refleja la no

En verdad entendemos que el sentido de las acciones y las omisiones son estructuras que forman parte del comportamiento humano a las cuales se les atribuye un pensamiento natural y óntico (es parte de la conducta del ser humano como tal) y uno jurídico (pues si no existe una norma que regule el comportamiento esta no tendrá sentido verdaderamente ya que las conductas simples sin consecuencias jurídicas son inertes para el Derecho Penal).

La mirada doble que les asignamos posee un sentido filosófico pues lo natural debe ir de la mano con lo jurídico. En este sentido, no pretendemos decir cómo hemos expresado que la acción sea igual a la omisión en regulaciones jurídicas, pero entender que forman parte de un mismo aspecto natural prejurídico es lo que permitirá regular las normas creadas a tales fines.

d. Si los inimputables pueden desempeñar conductas con dolo, culpa y preterintención⁹¹

Respecto de los menores de edad, surge la interrogante de si pueden ser considerados como realizadores de conductas con base subjetiva (dolo, culpa y preterintención) a pesar de que están excluidos de las penas. La respuesta sería claramente sí en los casos de menores de edad entre dieciséis y dieciocho años. Pero si estos pueden desempeñar conductas con subjetivismo, no sería erróneo entender que los menores de dieciséis también pueden desempeñar conductas dolosas, culposas o preterintencionales.

Esto no borra el hecho de que anteriormente, las otras teorías del delito suponían que un menor también podría desempeñar una conducta con dolo, culpa y preterintención, pues su ubicación en el tipo no daba problemáticas aunque sí en los casos cuando estos eran excluidos de la culpabilidad. La mayor problemática radica entonces no en los finalistas o funcionalistas, sino en los causalistas, pues no era fácil de explicar el dolo y la culpa (incluso la preterintención) en este estrato cuando el mismo debía a su vez analizar el grado de capacidad de punición de la persona.

Si entendemos que el dolo, la culpa y la preterintención están dentro del estrato de la conducta en el nivel de la *imputatio facti*, es más fácil de comprender que nada borra el hecho de que los menores de edad, incluso más pequeños en

diferencia entre las participaciones de autores y partícipes que acorde a un destinado plan de acción podrían no haber diferencia entre acciones y omisiones.

⁹¹ **Bibliografía utilizada en esta sección: bibliografía de parte 3º, sección 1 y 2.**

edad como puede ser alguien de trece años o doce, pueda desempeñar una conducta con materialidad subjetiva de dolo, culpa o preterintención. Esto para nada borra la manifestación subjetiva.

De hecho, si un menor de edad manifiesta una conducta punible, a pesar de que será sometida a un tratamiento paralelo a la pena del Derecho Penal común, para nada borra el sentido de haberse desempeñado con dolo, culpa o preterintención. Esto será así en todos los casos de menores de edad, incluso los que son menores a la edad punible que contempla la misma ley. De esta forma, se puede determinar que el hecho de excluir a los menores de edad del sometimiento común del Derecho Penal no deja de ser una decisión político-criminal del Estado mismo.

e. Conclusión

En base a las ideas manifestadas podemos sacar de referencia las siguientes conclusiones:

- a) Han existido diversas teorías sobre dónde se debería ubicar los elementos subjetivos de dolo, culpa y preterintención siendo por demás discutido en todo el desarrollo histórico. La teoría causalista al igual que la neokantiana la han visto como formas de la culpabilidad, sea en términos psicológicos o normativos con matices valorativos, pero viéndose la estructura subjetiva de las manifestaciones por fuera de los estratos iniciales.

Recién con la teoría finalista comienza el desarrollo de la idea de que el dolo y la culpa serán parte del estrato de la tipicidad, dejando el concepto de culpabilidad como un elemento normativo. Por su parte, el funcionalismo tomará posteriormente la misma idea de adecuación del dolo y la culpa haciendo su mayor aporte en la estructura de la tipicidad objetiva a través de la denominada imputación objetiva.

Por su parte no ha habido más teorías que traten este tema, más allá de la poca conocida pero futurista teoría kantiana del delito teniendo como máximo exponente a Joachim Hruschka y seguidores brillantes como Sánchez-Ostiz o Miró Linares en España. En nuestro país, tal vez sea Nicolás Santiago Cordini quien menciona esta teoría.

En nuestro criterio, somos exponentes de esta idea pues la creemos la más acertada a los valores humanos de adecuación delictiva.

- b) No existe mucho desarrollo respecto de la denominada preterintencionalidad por parte de los autores, en donde los pocos que la

mencionan no dan mucho desarrollo sobre ella. Tal vez quien más se refiera a ella sea Jakobs y algunos autores como Stratenwerth o Frister. A nivel nacional es mencionado Fontán Balestra en su libro *Derecho Penal, Parte General* como estructura que integra la culpabilidad.

Por nuestra parte pretendemos reconocer la preterintencionalidad como una forma propia de la manifestación subjetiva de la conducta y no como algo extraño.

- c) Queda por entender al dolo en un sentido natural como base de todo comportamiento humano pues de él se desprende el conocer y el controlar de la situación. Toda conducta, por ende, es dolosa, al menos en términos generales. En un sentido específico, hablaremos de una manifestación dolosa propiamente dicha (analizada en la vieja doctrina finalista, por ejemplo, en el tipo), de manifestaciones culposas y preterintencionales.
- d) El error de tipo es la clave para poder comprender que el mecanismo doloso opera en un sentido de conocer lo que se está haciendo como parte de un desarrollo de la situación. La conducta es moldeable según aspectos del entorno (conocer lo que se hace en el ámbito en que se opera) y controlar el hecho que se está creando. En el denominado error de tipo (entendido como desconocimiento del hecho creado para nosotros) ya no formaría, por ende, a formar parte de la tipicidad, sino más bien como un elemento negativo de la conducta humana que excluye la misma.
- e) Como última conclusión nos debemos remontar a una readecuación entre el hacer (acción) y el no hacer (omisión) donde jurídicamente son parte de modelos diferentes de normas que congloban las conductas humanas. A nuestro criterio, ambas formas de regulación son, precisamente, conductas humanas y si estas se reconocen como sentidos de estructuras subjetivas, pueden dar lugar a entidades de hacer en un ámbito cultural determinado o no hacer en un ámbito cultural determinado. La ideología de estructuras conductuales debe entenderse naturalmente lo cual no implica una regulación conjunta jurídica de ellas como sólo una.
- f) El delito es parte de una consideración social y natural de los significados que le damos a los sucesos que acontecen. El delito simplemente es y es el sentido de entenderlo como *delito* el considerarlo como algo erróneo o extraño. No decimos que, por ejemplo, matar a alguien sea bueno; pero dependiendo la situación, el matar puede ser necesario sin necesidad de

que se busque placer ante ello. Si alguien quiere matarme y ante la defensa que ejerzo se produce una muerte demuestra que el sentido moral de lo que implica matar tal vez no desaparezca, pero sí la situación en la que se plantea por lo que jurídicamente sí lo hace.

El primer paso para referirnos a las manifestaciones subjetivas se comprende según comprender lo que es y lo que debería ser aquello que es. El delito, por ende, es parte de este proceso dialéctico.

Por lo manifestado, la teoría que involucra el introducir los elementos subjetivos en la conducta tiene mucho para dar no solo en esos aspectos, sino también en la reestructuración de la teoría del delito en general.

IV.- Bibliografía utilizada

- Bacigalupo Enrique; Derecho Penal, Parte General; ed. Hammurabi; 2° edición; 1999;
- Manual de Derecho Penal, Parte General, ed. Temis, 3° reimpresión año 1996.
- Bueres Alberto J.; Hechos y actos (o negocios) jurídicos. Aspectos metodológicos y conceptuales.
- Cordini Nicolás Santiago; El concepto de imputación en el Derecho Penal. De la imputación a la imputación objetiva: un estudio comparativo de los modelos de Claus Roxin, Wolfgang Frisch y Günther Jakobs (Trabajo de Tesis doctoral en la Universidad del Litoral en la Facultad de ciencias Jurídicas y Sociales).
- Di Pietro Alfredo; Lapieza Elli Ángel Enrique; Manual de Derecho Romano; Lexis Nexis, 2005.
- Feuerbach Paul Johann Anselm Von; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11° 1832.
- Fontán Balestra Carlos; Derecho Penal, Parte General; Abeledo Perrot, Buenos Aire, 1998.
- Frister Helmut; Derecho Penal, Parte General, 4° edición alemana traducida por Marcelo Sancinetti.
- Hardwig Werner; La Imputación. Un problema central del derecho penal, primera edición, Hamburgo, Verlag Gruyter & Co., 1957 (o en su idioma original Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1. Auflage, Hamburg, Verlag Gruyter & Co., 1957).

- Hruschka Joachim; Reglas de comportamiento y reglas de imputación, de publicación en *Rechtstheorie* 22, 1991, págs. 449 a 460 bajo el título *Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln*, de traducción de Felipe Baldó Lavilla, desde página 343 a 356;
- Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, ed. a cargo del prof. Pablo Sanchez-Ostiz, Madrid, 2005.
- Jakobs Günther, La imputación penal de la acción y de la omisión; Universidad Externado de Colombia; Centro de Investigación de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1996; trad. a cargo de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles;
- La imputación objetiva en el Derecho Penal; ed. Ad-Hoc.
- Sobre la génesis de la obligación jurídica. Teoría y praxis de la injerencia. El ocaso del dominio del hecho. El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos; Universidad Nacional del Litoral. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ed. Rubinzal-Culzoni;
- Derecho Penal, Parte General; Fundamentos y teoría de la imputación; 2º edición.
- Jescheck Hans-Heinrich, Weigend Thomas; Tratado de Derecho Penal, Parte General; 5º edición; trad. de Miguel Olmedo Cardenete; 2002.
- Kant Immanuel; Metafísica de las costumbres (MdS o en su idioma original *Die Metaphysik der Sitten*); 1797-1798, 1803; Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften; Berlin; vol. VI; cit. MdS; AA; VI.
- Fundamentación a la metafísica de las costumbres (o en su idioma original *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*); 1785; Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften; Berlin; vol. IV; cit. *Grundlegung*; AA; IV.
- Krug August; Commentar zu dem Strafgesetzbuch des Königreich Sachsen; 1861;
- Über Unterlassungs-verbrechen; 1855.
- Luden Heinrich, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, Göttingen, 1840.
- Mezger Edmund; Derecho Penal, Libro de estudio, Parte General; Ed. bibliográfica Argentina; 6º edición de Julio de 1958; trad. a cargo de Ricardo C. Núñez.

- Mir Puig Santiago; Derecho Penal, Parte General; 9° edición; Ed. Reppertor; Barcelona, 2011.
- Núñez Ricardo; Manual de Derecho Penal, Parte General; 2° edi.; Córdoba, 1975; 4° edición, 1999 a cargo de Lerner, edit. Córdoba.
- Rey Carlos Alberto; Imputabilidad de las consecuencias de los actos voluntarios; SAJ, Revista La Ley, Nro. 160, pág. 4.
- Roxin Claus; Derecho Penal, Parte General, Tomo I; Edit. CIVITAS; 2° Edición alemana; trad. a cargo de Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; 1997.
- Rohland Von, W., Die strafbare Unterlassung, Leipzig, 1887.
- Sánchez-Ostiz Pablo; Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo; edit. B de F; 2008.
- Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo II; Edit. TEA, 1976.
- Stratenwerth Günther, Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible; 4° edición alemana de la trad. de Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti; edit. Hammurabi; 2005.
- Parma Carlos, Gorra Daniel; Código Penal, analizado, concordado y anotado con referencias jurisprudenciales; ed. Hammurabi.
- Zaffaroni Eugenio Raúl, Alagia y Slokar; Derecho Penal, Parte General, 2° edición; editorial EDIAR.
- Zaffaroni Eugenio Raúl; Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, ed. EDIAR; año 1981;
- Manual de Derecho Penal, Parte General, 4° edición de 1985; edit. EDIAR