

## **Requiem al tipo subjetivo**

### **1. Introducción**

Este humilde aporte tiene por objeto exponer una hipótesis que no resulta novedosa pero, no por ello, fácil de aceptar: que la ciencia penal contemporánea se dirige hacia un abandono del tipo subjetivo. En otras palabras, el dolo y la culpa como formas del ilícito se encuentran en agonía, prontos a caer en el pasado como una fase de la evolución de la teoría del delito ya superada.

El proceso mencionado ya se encuentra transcurriendo, evidenciándose ello en que las formas del tipo subjetivo no poseen puntos de contacto con los originales estados mentales necesarios para un juicio de reproche. Intentaremos explicar muy brevemente, por cuestiones de extensión, el por qué ha sucedido esta transformación que, asimismo, trae aparejada la aceptación de la responsabilidad objetiva en el derecho penal.

Por último, trataremos de dar una sugerencia en cuanto a la técnica legislativa que debería usarse para la tipificación de conductas en consonancia con el estado de la ciencia y las exigencias sociales.

### **2. Puntos de partida**

Para evitar malos entendidos es necesario dejar asentado algunas ideas pilares de las cuales partimos a la hora de realizar este trabajo y que deberán ser tenidas como ciertas ante la imposibilidad de poder justificarlas en este trabajo, debido a su extensión y propósito. Esto no significa que dichas hipótesis sean dogmas inexplicables, sino que este no es el lugar para defenderlas.

En primer lugar diremos que el sistema punitivo, es decir, el sistema estatal que se pone en funcionamiento ante la comisión de un delito es nada más y nada menos que un sistema de respuestas. El delito es una excitación del sistema punitivo que hace que este se ponga en marcha, llevando a cabo un complejo proceso que finaliza en una respuesta con la cual finaliza la función del sistema.

Específicas conductas que una sociedad determinada entiende como conflictivas son designadas como delitos. Dichas conductas (o situaciones) ameritan de una respuesta por parte del Estado ante la sociedad. Todas las respuestas que emergen de un sistema penal son respuestas genéricas válidas para dicha sociedad. El objetivo: que la sociedad siga funcionando, que las interacciones sigan sucediendo. La prueba de que lo primordial resulta ello emerge de la circunstancia que ni la estadística, demostrativa que la mayor cantidad de muertes (léase: pérdida del bien jurídico presuntamente fundamental) proviene del tráfico rodado, ha impedido ni mermado la valoración positiva que del mismo tiene la sociedad y el Estado.

Ahora bien, la respuesta al conflicto ¿a quién se le da? A la misma sociedad. Poco importan los protagonistas del suceso que ya ha sucedido y el cual no puede volverse atrás. Lo que interesa son las interacciones futuras, en peligro por conductas como las acaecidas, debido a que los componentes de la sociedad son víctimas del delito en potencia. Son actores de la sociedad donde se suscitó el hecho ilícito y podrían ser mañana quienes lo sufrirán. Por ello es necesaria una respuesta.

Por otro lado, la sociedad exige determinadas respuestas de sus organismos penales ante los distintos hechos ilícitos. Respuestas que generalmente se ajustan a un imaginario sentido de justicia que varía con el tiempo, por lo que solo significa que las respuestas que exige la sociedad van cambiando junto con ésta.

La misión del derecho penal en este contexto, como ciencia, es configurar un sistema de respuestas previsible que intenten reducir la posibilidad de arbitrariedad en las respuestas que da el Estado, acercando al mismo al ideal “Estado de Derecho”. Como podrá deducirse, ningún sistema teórico está destinado a ser eterno sino solamente a servir a una configuración social determinada, deviniendo en obsoleto cuando esta cambia y exige respuestas distintas a las que produce la arquitectura científica.

Debe tenerse siempre presente que el derecho normativo es una institución social creada para permitir la vida en sociedad y no posee fines relacionados con la justicia u otros valores absolutos, sin perjuicio que las normas que, por lo general, mejor permiten la interacción social son aquellas que son consideradas “justas” en el colectivo.

La ciencia que estudia un universo no puede perder de vista cual es el objetivo de dicho universo. Por ende, el derecho penal, al elaborar sus teorías, no puede dejar de lado

el fin para el cual fue creada la institución que resulta objeto de la ciencia del derecho, es decir la norma jurídica<sup>1</sup>.

### **3. Los conceptos tradicionales de dolo y culpa. Su abandono**

La sucinta aclaración hecha ut supra resulta necesaria para entender que las respuestas que se daban a los delitos en configuraciones sociales anteriores no son válidas, por lo menos todas ellas, para la configuración social actual.

La ciencia penal había llegado a un acuerdo de qué debía entenderse por dolo y qué debía entenderse por culpa<sup>2</sup>. Así, Roxin dice que “por dolo típico se entiende, según una usual fórmula abreviada, el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo”<sup>3</sup> a la vez que Donna dice que “podemos afirmar que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos”<sup>4</sup>.

En tanto, para la culpa quedaban reservados todos aquellos resultados típicos producidos mediante conductas descuidadas, que no seguían las normas del tráfico o violaban alguna norma de conducta emanada de cualquier rama del ordenamiento jurídico.

Ya Roxin parece no dar una explicación del todo acorde al concepto dado cuando dice que “se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventualis). Las mismas se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la consciente y la inconsciente. Resumiendo en forma de lemas: bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y

---

<sup>1</sup> Creemos que en la actualidad, con la especificidad que posee cada rama del derecho, en más de una ocasión se pierde de vista el fin regulador, de control, que posee el derecho en cualquiera de sus ramas.

<sup>2</sup> Sin perjuicio de su ubicación sistemática.

<sup>3</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito, trad. de la 2da Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997, pág. 308.

<sup>4</sup> Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Teoría general del delito – I, 1° Ed., 2° reimpresión*, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 515.

tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”<sup>5</sup>.

Pareciera que las distintas especies de dolo tienen en común el conocimiento que posee el agente de la posibilidad de acaecimiento del resultado sumado a, como mínimo, un desinterés sobre dicha posibilidad.

La culpa, en tanto, es consciente cuando el autor tiene conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado pero en la seguridad de que dicho desenlace no se realizará. Se confía en evitar el resultado, rechazando la posibilidad de que se produzca. Este es lo que diferenciaría la culpa consciente del dolo eventual<sup>6</sup>. Actuará con culpa inconsciente quien “no puede prever el resultado, aun cuando éste es previsible, ex post. Por lo tanto, para la doctrina mayoritaria, cumpliría con el tipo subjetivo si en sus circunstancias particulares pudo y debió conocer el peligro de su acción”<sup>7</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia ha juzgado conflictos cuya respuesta ha sido distinta a la que debería haberse dado en base a las concepciones analizadas. Tenemos la convicción de que dichas resoluciones han tenido por causa una “intuición de justicia” para el caso concreto que no se relaciona con los fundamentos teóricos en los que se basaron.

Hasta aquí, lo de siempre. Resoluciones judiciales tomadas en base a cuestiones ajenas la ciencia del derecho abundan. Sin embargo, la particularidad de estos casos es que la academia ha debido realizar construcciones conceptuales nuevas o, mejor dicho, modificar las ya existentes para que abarquen las respuestas dadas por la jurisprudencia a los casos concretos. Ello se debe a que las resoluciones judiciales resultaban adecuarse mejor a las respuestas que demandaba la sociedad para dichos conflictos, que las que deberían haber dado los magistrados según el estado de la ciencia del derecho. Así nacen institutos o conceptos jurídico-penales nuevos.

Es que la decisión político-científica sobre los conceptos trae aparejada diversas e importantes consecuencias en los hechos que siempre ameritan ser tenidas en cuenta. En este contexto debe entenderse a Roxin cuando dice que “es preciso aclarar más detenidamente la cuestión de qué hay que entender en concreto por "dolo", cuya afirmación

---

<sup>5</sup> Roxin, Op. Cit., Pág. 415.

<sup>6</sup> Bullemore G., Vivian R. y MacKinnon R., John R., *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el delito culposo*, en *Revista de Derecho Penal, 2011-1, Imputación, causalidad y ciencia – III*, Dir. Donna, Edgardo Alberto, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, Pág. 369.

<sup>7</sup> Ibidem, Pág. 370.

o negación decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud”<sup>8</sup>. En otras palabras, para poder definir un concepto penal es necesario tener en cuenta las consecuencias del concepto que adopte. Ha sido el funcionalismo, utilizando la normatividad de los conceptos, quien mejor ha entendido ello.

Entendemos que una de las sentencias donde la fricción entre las antiguas concepciones del tipo subjetivo y las respuestas demandadas por la sociedad queda al descubierto es una dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de La Plata<sup>9</sup> en la cual se juzgó al poseedor de un perro de la raza pitbull que atacó a un niño de dos años, quitándole la vida. El imputado había dejado al perro atado a un vehículo que se hallaba en la vereda frente a su domicilio, sin bozal y con la posibilidad del animal de desplazarse por la vereda frente a su domicilio. EL tribunal, por mayoría, condenó al encartado como autor de homicidio simple cometido con dolo eventual, mientras que el magistrado disidente calificó la conducta como Homicidio culposo.

Si bien la diferente calificación, según expresaran los votantes, fuera consecuencia de la valoración de la prueba, el material probatorio, descripto detalladamente por el juez preopinante, permite deducir que lo que se valoró diferente fue el reproche que merecía el imputado por su accionar.

Ragués y Vallés pone de manifiesto lo dicho al hablar sobre la exclusión del componente volitivo en el concepto de dolo al decir que “El motivo principal es que una aplicación coherente del dolo definido como voluntad o intención lleva a castigar como meras imprudencias supuestos que, ante los ojos de cualquier espectador, parecen mucho más cercanos al merecimiento de pena propio de los comportamientos dolosos que al de los negligentes. Esta valoración se aprecia ya en el siglo XIX, cuando surgen en la doctrina figuras como el dolo directo de segundo grado o el dolo eventual, que no son otra cosa que ampliaciones del concepto de dolo pensadas para no tener que castigar como simples imprudencias supuestos que parecen mucho más graves”<sup>10</sup>. Como venimos advirtiendo, la

---

<sup>8</sup> Roxin, Op. Cit., Pág. 414-415.

<sup>9</sup> Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de La Plata, Provincia de Buenos Aires, “Gonzalez, Fernando Horacio s/ Homicidio simple cometido con dolo eventual”, causa 4777, 25/04/2016, disponible en [www.scba.gov.ar](http://www.scba.gov.ar).

<sup>10</sup> Ragués I Vallés, Ramón, *Consideraciones sobre de la prueba del dolo*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 4, Universidad de Chile, 2004, disponible en <http://www.rej.uchile.cl>, Pág. 13-14.

teoría es constantemente modificada para llenar las exigencias de “justicia”<sup>11</sup> que demanda una determinada configuración social para las respuestas que da el derecho a los conflictos que se suscitan en la interacción intersubjetiva. Por otro lado, debe observarse que el autor citado ya se refiere al quantum punitivo como fundamento de la creación de los institutos penales.

El autor nombrado continua diciendo que la necesidad de ampliar el concepto de dolo ha sido afrontada de dos maneras: exigiendo siempre los elementos del concepto de dolo (cognitivo y volitivo) o prescindiendo de definiciones apriorísticas analizando qué hechos son merecedores de las penas previstas para los delitos dolosos, siendo esta última la vía que conduce, según el autor citado, a mejores resultados. Por último, concluye que el método seleccionado determina una prescindencia del elemento volitivo para la concurrencia del dolo<sup>12</sup>. Esto da pie al próximo tópico a tratar referente a las nuevas concepciones que se han dado sobre el elemento subjetivo del tipo penal.

#### **4. Las nuevas concepciones sobre el tipo subjetivo**

Debe tenerse presente que los conceptos dados sobre el dolo y la culpa han poseído históricamente gran relevancia práctica dado que la prueba de la concurrencia de sus elementos son los que deben acreditarse en los tribunales para habilitar una sentencia de condena.

Puede advertirse fácilmente que comprobar el elemento cognitivo resulta mucho más sencillo que adicionarle a ello la prueba del elemento volitivo. Así, no solo han ido cambiando los conceptos del elemento subjetivo sino también la misma idea del concepto de tipo subjetivo para que la respuesta del sistema se encuentre en condiciones de ser aceptada socialmente. Así, la ciencia del derecho penal se ha puesto de acuerdo en que el elemento subjetivo del tipo penal no se prueba sino que se imputa<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> La justicia resulta un valor absoluto como lo son el amor o la verdad. Éstos solamente son posibles en el pensamiento y nunca realizables en la realidad.

<sup>12</sup> Ragués I Vallés, Op. Cit., Pág. 14.

<sup>13</sup> Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho Penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*, Coor. Pablo Sanchez Ostiz, 2º ed., Ed. B de F, 2009, Pág. 195. Donna, Op. Cit., pág. 544.

En otras palabras, ya no es necesario probar los hechos psicológicos del dolo y la culpa sino solamente acreditar hechos externos, los cuales son seleccionados por el juzgador, que permitan imputar al hecho su calidad de doloso o culposo.

De esta forma se dio un paso fundamental para entender al dolo como un concepto normativo y, por ende, capaz de una definición funcional más acorde con las necesidades de la ciencia penal y la política criminal que con la tradición histórica y la definición que se encuentre en el diccionario. Más sencillo, el dolo y la culpa serán lo que se necesite que sean, sin ninguna referencia a entidades ontológicas.

De este modo se ha llegado a conceptos funcionalistas que se definen con oraciones vacías de contenido, las que se hallan compuestas por palabras que también son utilizadas en un sentido funcional, es decir, alterando su significado ordinario.

Así Schünemann ha dicho que el dolo se trata del “abuso del poder de evitación calificado”<sup>14</sup> y Pérez Barberá que “dolo es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea ese apartamiento; por su parte, imprudencia es la especial clase de reproche objetivo que se efectúa a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, por mediar ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea ese apartamiento”<sup>15</sup>. Como puede apreciarse, nada puede extraerse de las definiciones dadas y resulta necesario acudir a los trabajos donde fueron realizadas para entender que significado le han dado al dolo.

En el caso del autor argentino resulta mucho mayor la normativización de conceptos dado que cada definición es brindada mediante conceptos normativos que requieren una nueva explicación.

El autor alemán afirma que el dolo es un concepto tipológico, es decir, que “está compuesto de varios elementos distintos con una intensidad respectivamente graduable de la expresión de los elementos, pudiéndose compensar la expresión menos intensa de un elemento mediante la expresión más intensa del otro elemento...de modo tal que supuestos

---

<sup>14</sup> Schünemann, Bernd, *De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo*, Trad. Mariana Sacher y Carlos Suárez González, en *Obras, Tomo I*, Colección de autores de derecho penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Pág. 427.

<sup>15</sup> Pérez Barberá, Gabriel, *El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Dir. Fernando Velásquez V., Ed. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011, Pág. 32.

de hecho que difieren enormemente entre sí pueden tener cabida en el mismo concepto tipológico”<sup>16</sup>.

Siguiendo a Schünemann, dentro de los hechos que hoy se califican como dolosos encontramos una gran cantidad de situaciones muy diversas entre sí y cuya característica en común pareciera ser solamente su calificación como doloso y que resultan merecedores de un alto grado de reproche.

Que lo dicho no confunda al lector en cuanto a lo interesante de los planteamientos de los doctrinarios y la herejía que cometemos al referirnos a los mismos de la manera en que lo hacemos. Lo que intentamos demostrar es la primera hipótesis del trabajo: No puede darse un concepto de dolo porque los hechos calificados como dolosos no tienen, en conjunto, características en común que puedan reconducirse a un solo concepto de dolo y por ello resulta tan difícil dar un concepto en términos ordinarios. No se puede dar un concepto de dolo. Ni siquiera establecer que determinadas características se encuentren siempre presentes en los casos así calificados. Solamente puede imputarse a los hechos dicha calidad y, en este sentido, asignarle las consecuencias de tal.

Lo hemos dicho, las respuestas que da el derecho penal a los conflictos sometidos a su saber no pueden ser extremadamente distintas a las exigencias de la configuración social debido a que, de lo contrario, el sistema punitivo no podría cumplir con su función estabilizadora, controladora.

Por ello, creemos que se ha abandonado definitivamente a los tipos subjetivos como estados mentales y se ha llegado a su caracterización como elementos objetivos de reproche atribuibles a un hecho. Las demandas sociales así lo imponen en la sociedad tecnificada y con la división de trabajo imperante. Al final de cuentas, se trata de un asunto de responsabilidad, de establecer la responsabilidad por los hechos. Es decir, quién y cómo debe responder por un hecho determinado. Las consecuencias principales de asignar la característica de doloso a un hecho son: la punibilidad de todo resultado típico, la mayor escala penal aplicable y la posibilidad de castigar la tentativa. Sobre esto volveremos más adelante. Mientras que la consecuencia de asignar la calificación de culposo a un resultado típico es hacerlo ingresar en la jurisdicción penal para que esta emita una respuesta ante el conflicto.

---

<sup>16</sup> Schünemann, Op. Cit., Pág. 429.

Partiendo de la misma base, ya ha dicho Pérez Barberá que “dolo e imprudencia son, pues, las propiedades que tornan dolosos o imprudentes a los supuestos de hecho establecidos por la ley como tipos penales. Semánticamente, por su parte, dolo e imprudencia son propiedades normativas, porque lo que torna doloso o imprudente a un caso genérico es una determinada valoración de él como más o menos grave, a partir de un juicio objetivo respecto al posicionamiento epistémico del autor en relación con su hecho”<sup>17</sup>.

## **5. Hacia el abandono del dolo y la culpa**

Adentrándonos en las tesis del trabajo reafirmaremos que no creemos que sea posible dar un concepto de dolo al cual puedan reconducirse todos los hechos que se consideran pasibles de ser encuadrados en los tipos dolosos y, por ende, debería abandonarse el intento. Más aún, no creemos que en el derecho penal argentino dicho intento sea necesario.

Ninguna norma penal establece que para castigar un hecho el mismo deba ser doloso o imprudente. Solo se establecen conductas o la producción de resultados que son pasible de pena. El requisito del tipo subjetivo ha sido impuesto por la doctrina y la jurisprudencia pero nada de ello exige la ley que resulta más permeable a los cambios de paradigma. Cuando la ley dice que se penará al que matare a otro no requiere que conozca que se está matando a otro o que tenga su voluntad dirigida en ese sentido.

Si es verdad que los tipos culposos se distinguen por exigir la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de alguna norma para poder penar una conducta, también es cierto que dichas circunstancias resultan de un análisis objetivo de los hechos al punto que parte de la doctrina sostiene la inexistencia de un tipo subjetivo en el delito imprudente<sup>18</sup>.

Por ello, entendemos que el dolo y la culpa, como resabios de una doctrina ya superada, deben ser entendidos como niveles de gravedad del hecho cometido. Es decir,

---

<sup>17</sup> Pérez Bareberá, Op. Cit., Pág. 12.

<sup>18</sup> Abraldes, Sandro, *Delito imprudente y principio de confianza*, en Colección de autores de derecho penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2010, pág. 83-84. Donna, Edgardo, *Derecho Penal, Parte General, Tomo V, El delito imprudente. Autoría y participación criminal*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Pág. 272.

como cualidades del hecho ilícito que se asignan según la gravedad de los mismos, según el contenido de reproche que merezcan las conductas. Dicho contenido censurante resulta, en sí mismo, ajeno a cualquier componente psicológico del agente.

En palabras sencillas, se le asignará carácter doloso a aquellos hechos que merezcan un mayor grado de reproche objetivo. Por su parte, carácter culposo poseerán aquellos hechos que merezcan un menor reproche pero que deban ser castigados por el sistema represivo estatal según la configuración social imperante.

Por su parte, el grado de reproche objetivo puede depender de la inferencia de la presencia de determinados elementos psicológicos en el sujeto, elementos que deberán ser acreditados según el consenso social, tal como lo explica Ragués I Vallés en tesis que compartimos y la cual remitimos al lector para su explicación<sup>19</sup>. Pero, a su vez, también puede depender de la gravedad del ilícito como la cantidad de víctimas o la gran afectación a bienes jurídicos fundamentales.

Se utilizan aún los vocablos dolo y culpa con el fin de continuar utilizando institutos arraigados en la comunidad científica pero que no resultan indispensables bajo ningún punto de vista, pudiéndose remplazar su utilización por cualquier otro tipo de definición disyuntiva.

Mantener dos niveles de gravedad del ilícito se justifica en el derecho penal argentino por la técnica legislativa ya apuntada donde para la provocación de resultados idénticos se prevén escalas penales diferentes, una más grave que la restante.

Sin perjuicio de ello, de lege ferenda, creemos que la configuración social occidental permite la creación de tipos penales únicos que repriman determinadas conductas y/o producciones de resultados, estableciendo una única escala penal graduable por el juez según el grado de reproche. Por otra parte, los tipos penales pueden requerir diversos elementos de tinte “subjetivo” para tenerse por configurados. Por ejemplo, podría establecerse que determinados delitos o grupos de delitos deban ser cometidos con la presencia de los clásicos elementos cognitivo y volitivo (caso de los delitos contra la propiedad), mientras que para la configuración de ciertos tipos penales solamente sea necesario provocar el resultado sin ningún otro tipo de requisito<sup>20</sup>, pudiendo pasar por

---

<sup>19</sup> Ragués I Vallés, Op. Cit., Pág. 8.

<sup>20</sup> Ello sin perjuicio de la posibilidad de excluir su punición mediante instituciones analizadas en otros estratos de la clásica teoría del delito, como las causas de justificación.

grados intermedios entre la sola exigencia del elemento cognitivo y el reproche por un deber de conocer incumplido por el sujeto.

Puede advertirse que en el presente trabajo admitimos, aun de lege lata, la responsabilidad objetiva. Debemos admitir que la sociedad exige ante determinadas situaciones una respuesta de responsabilidad ante quienes participaron de hechos desafortunados con un deber de garante especial sobre el ámbito en el cual actúan. El derecho penal no puede desoír las demandas apuntadas y, generalmente, no lo hace. Es que los operadores jurídicos advierten, ya sea consciente o inconscientemente, cuál resulta ser la función del derecho penal y elaboran respuestas de acuerdo a dicha función. Por otro lado, ello no resulta novedoso dado que todos los autores aceptan la culpa inconsciente donde el reproche ensayado puede darse por la falta de cumplimiento del deber de información. La responsabilidad por el mero incumplimiento de un deber claramente de carácter objetiva.

Esta concepción del derecho penal es la que emplea el derecho angloamericano al establecer expresamente casos en que la responsabilidad penal se funda simplemente en la imputación objetiva de un resultado y casos en los que se dispensa de la imputación subjetiva para determinados elementos del tipo penal<sup>21</sup>.

## **6. Conclusión**

Puede extraerse del presente trabajo que el dolo y la culpa, como especies del tipo subjetivo, se encuentran en agonía<sup>22</sup>. Ya no poseen ninguna de las características que definían dichos conceptos al momento de su creación salvo en determinados casos dolosos, donde la esencia de las conductas prohibidas hace que las mismas solo puedan ser cometidas mediante la presencia de elementos cognitivos y volitivos en el sujeto. Sin

---

<sup>21</sup> Varela, Lorena, *Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal*, en Indret, *Revista para el análisis del derecho*, N° 3, 2012, Barcelona, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com), Pág. 4-5. Remitimos al lector al trabajo citado debido a que resulta muy ilustrativo para entender la dinámica social del derecho. Dicha dinámica siempre fue especialmente tenida en cuenta en el sistema del *Common law*.

<sup>22</sup> Pérez Barberá, Op. Cit., Pág. 42, propone abandonar el complejo tipo objetivo/ tipo subjetivo por el tipo de explicación y tipo de imputación, categorías que serían útiles tanto en el estrato típico como en la antijuridicidad como en la culpabilidad.

embargo, como ya se dijera, el requisito de dicha presencia se establece desde el denominado tipo objetivo y no desde un inexistente tipo subjetivo.

El dolo y la culpa utilizados en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia solo conservan su nombre. Sin explicitarlo, se han modificado los conceptos a tal punto que en la actualidad resultan cualidades del hecho ilícito que definen su mayor o menor grado de injusto y, por lo tanto, una mayor o menor habilitación de reproche.

Por otro lado, dichos conceptos resultan totalmente prescindibles en el derecho argentino, aunque su utilización no es dejada de lado en el texto debido a que la técnica legislativa impone una doble sistemática represiva en base a escalas penales diferentes para resultados o conductas similares. A ello se suman consideraciones de costumbre científica que hacen que no sea conveniente afrontar a la comunidad científica sin la utilización de determinados vocablos comunes.

De lege ferenda, es posible admitir la creación de tipos penales que prevean con una única escala todo el abanico de hechos ilícitos que hoy se tipifican mediante los tipos dolosos y culposos. A su vez, sería conveniente para adecuar la normativa al principio de legalidad, necesario en todo Estado de derecho, que se determinen previamente cuales son los factores personales que permitirían tener por configurado un tipo penal. Así, mientras algunos tipos podrían cometerse únicamente con el llamado dolo de primer grado para otros tipos solamente será necesario tener por configurado un deber de no producción o evitación en cabeza del sujeto actuante.

Esta revolución de conceptos penales ha sido necesaria para mantener incólume la misión del derecho penal de resguardar el sistema, permitiendo la continuación de su funcionamiento mediante la elaboración de respuestas que, en parte, lograron colmar las exigencias que la sociedad impone al Estado. Esto no es nuevo, viene sucediendo hace tiempo y nosotros solo intentamos hacer consciente dicho proceso para poder tratarlo.

Sabemos que lo dicho, de lege lata, poco aporta para la configuración de un sistema de respuestas jurídico-penal, objetivo último de la ciencia jurídica, mediante la elaboración de una teoría del delito. Sin embargo, los modestos objetivos propuestos y la extensión del presente no nos han permitido realizar hipótesis en este sentido. No obstante, toda construcción teórica debe partir de un sinceramiento de sus postulados científicos, delimitando su objeto de estudio y la función que tendrá la ciencia en dirección a dicho

objeto. Máxime cuando el objeto de estudio de la ciencia tiene, a su vez, una función que cumplir en el seno social. En segundo lugar, creemos que la doctrina del dolo como concepto tipológico y las elaboraciones de la parte especial pueden, con algunos ajustes, llenar el vacío dejado en el trabajo. Es decir, que dichas concepciones permiten la elaboración teórica de respuestas que resultan válidas para el entramado social actual.

El dolo establece la gravedad del delito cometido, la calificación más grave para una conducta. Ahora bien, el adjetivo doloso se asignará a un delito ante diferentes posturas del sujeto ante el hecho, posturas todas incluidas dentro del concepto normativo de dolo aunque no posean nada en común<sup>23</sup>. Por otro lado, la culpa quedará reservada para aquellos hechos que produzcan resultados que contengan menor grado de injusto, ya sea por la forma en que fueron realizados o por la gravedad del resultado, pero que igualmente son requeridos de respuesta penal en el sistema social.

Una última aclaración que se ha esbozado en el texto: el normativismo extremo tergiversa el objeto. El objeto de estudio de toda ciencia es externo a la misma, posee determinadas características y ellas no son transmutables por el solo pensamiento. Por más que a una mesa la llamemos vaso, ella no servirá para contener líquidos. A veces esto parece no importar a algunos autores que llegan, en ocasiones, a la creación de sistemas penales referidos a sí mismos y no a la realidad a donde se encuentran llamados a servir<sup>24</sup>.

## **7. Bibliografía citada**

- 1 Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2da Ed. Alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Ed. Civitas, 1997.
- 2 Donna, Edgardo Alberto,  
- *Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Teoría general del delito – I*, 1º Ed., 2º reimpresión, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

---

<sup>23</sup> En la ciencia clásica: Dolo de primer grado, dolo de segundo grado, dolo eventual. Ahora puede sumarse, el simple conocimiento y el deber de conocer.

<sup>24</sup> Esto ha sido ya advertido por Schunemann, Op. Cit., pág. 435.

- *Derecho Penal, Parte General, Tomo V, El delito imprudente. Autoría y participación criminal*, 1º Ed., 1º reimposición, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009,
- 3 Bullemore G., Vivian R. y MacKinnon R., John R., *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el delito culposo*, en *Revista de Derecho Penal, 2011-I, Imputación, causalidad y ciencia – III*, Dir. Donna, Edgardo Alberto, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.
  - 4 Ragués I Vallés, Ramón, *Consideraciones sobre de la prueba del dolo*, en *Revista de Estudios de la Justicia, nº 4*, Universidad de Chile, 2004, disponible en <http://www.rej.uchile.cl>.
  - 5 Hruschka, Joachim, *Imputación y Derecho Penal, Estudios sobre la teoría de la imputación*, Coor. Pablo Sanchez Ostiz, 2º ed., Ed. B de F, 2009.
  - 6 Schünemann, Bernd, *De un concepto filológico a un concepto tipológico de dolo*, Trad. Mariana Sacher y Carlos Suárez González, en *Obras, Tomo I*, Colección de autores de derecho penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, Pág. 427.
  - 7 Pérez Barberá, Gabriel, *El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental*, en *Cuadernos de Derecho Penal*, Dir. Fernando Velásquez V., Ed. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2011.
  - 8 Abraldes, Sandro, *Delito imprudente y principio de confianza*, en Colección de autores de derecho penal, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2010.
  - 9 Varela, Lorena, *Strict-Liability como forma de imputación jurídico-penal*, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, N° 3, 2012, Barcelona, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com).

**Federico José Pagliuca**, abogado adscripto de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con funciones de instructor judicial en una Unidad Funcional de Instrucción y Juicio del Departamento Judicial de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, cursando la carrera de especialización en Derecho Penal de la Universidad Nacional de Buenos Aires.