

**XIV JORNADAS DE  
COMUNICACIONES  
CIENTÍFICAS DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS UNNE**

**Compilación:**  
Alba Esther de Bianchetti

2018  
Corrientes - Argentina

**XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.**  
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.  
CDD 340



**ISBN N° 978-987-619-344-3**

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

**[mogliabros@hotmail.com](mailto:mogliabros@hotmail.com)**

**[www.mogliaediciones.com](http://www.mogliaediciones.com)**

Octubre de 2019

## ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO Y SU VERIFICACIÓN EN EL PROCESO PENAL (IMPUTACIÓN SUBJETIVA)

Rojas Busellato, Diomedes Guillermo  
estudio00733@hotmail.com

### Resumen

Para resolver la cuestión de cómo se imputa a un sujeto su obrar como doloso y con ello evitar el quebrantamiento del principio de culpabilidad, entendemos que la única posibilidad que cabe es dejar de lado toda concepción psicológica que pretenda - con supuesta base ontológica-, probar lo que pasa por la cabeza del sujeto y adoptar un concepto normativo, mediante la valoración que hace el orden jurídico del peligro creado por la conducta, es decir, debe distinguirse entre riesgos que deben ser valorados como dolosos o culposos, dependiendo de la cantidad de riesgo prohibido creado.

### Introducción

En un estado de derecho es inconcebible la responsabilidad penal de un sujeto por la mera casualidad, sino - como bien dice jakobs- que solo se puede responder por el fracaso en la configuración del mundo es decir, cuando existe “culpabilidad” del sujeto. Este axioma inquebrantable, determina que el sujeto solo puede responder cuando actúa con dolo o culpa; ahora bien, debido a que el delito doloso solo algunas veces tiene una contrapartida culposa, e incluso cuando lo tiene, la respuesta punitiva de esta modalidad es siempre más leve, se impone la necesidad de determinar cuando el sujeto actuó o no con dolo.

Para dar respuesta a estos interrogantes -como bien dice sánchez Málaga<sup>1</sup>-, debe abordarse la cuestión desde dos planos, así, un primer análisis debe hacerse a nivel conceptual, a fin de determinar cuáles son los elementos definitorios del dolo, y un segundo análisis a nivel aplicativo o de determinación del dolo, en el cual, lo que interesa es saber cómo se atribuye a un sujeto su obrar como doloso.

En el primer plano del análisis, la discusión finca en la delimitación entre el dolo y la imprudencia, habiendo sido gobernada la discusión teórica por dos corrientes contrapuestas, por un lado la denominada voluntaristas y por el otro las denominadas representacionistas, la primera -como bien dice roxin-<sup>2</sup>, pone el acento para conceptualizar el dolo en los elementos volitivos del dolo eventual, la segunda en cambio en los elementos intelectuales.

Ahora, desde el plano de la determinación del dolo, puede encontrarse dos corrientes antagónica, por un lado la psicologista y por otro la normativista. La teoría psicológica adopta un enfoque ontológico, concibe al dolo como un acontecimiento histórico que, como tal, debe ser verificado en concreto, por el contrario las teorías normativas, parten de la base de que resulta imposible probar el dolo, vinculan su definición a los fines que debe perseguir el derecho penal, y, ante la imposibilidad de su acreditación entiende que el dolo se debe “atribuir”.

Este criterio importa renunciar al criterio sumamente criticable de dejar librado a la mera intuición judicial (escondida bajo los ropajes del cliché “sana crítica racional”) la prueba del dolo, que es generalmente imposible por cuanto importa escudriñar en la cabeza del sujeto para saber que conoció o que quiso hacer en el pasado.

### Hipótesis

Para solucionar esta problemática, entendemos que no existe otro camino que el normativo, ahora, ello abre paso a otro cuestionamiento, esto es, cuales habrán de ser las pautas normativas que deberá seguirse para evitar la incertidumbre, y el mero decisionismo.

En esta línea han trabajado varios autores, en Alemania, se destaca los esfuerzos de Roxin, Hassemer, Jakobs, como también los más moderno aportes de herzberg con su teoría de los “riegos cubiertos y descubiertos”, Puppe para quién dolos es el “saber sobre un peligro cualificado”, y en España de inmenso

<sup>1</sup> Armando Sánchez Málaga, “Una teoría para la determinación del dolo”, Edit. BDF, Montevideo – Bs As 2018, pag. 211 y sgtes.

<sup>2</sup> Claus, “Derecho Penal Parte General”, Edit. Thomson, Madrid 1997, T I, Pág. 431

valor y repercusión ha sido de la obra de Ramón Raguéz i Valles con su teoría de la “valoración social de la conducta”.

Por nuestra parte, entendemos que para resolver esta cuestión debe seguirse el camino iniciado en Alemania por Zielinski, luego continuado por Struensee y seguido en nuestro país por Marcelo Sancinetti, en el cual se parte de la base de que los delitos dolosos e imprudentes comparten una misma estructura, es decir, que en ambos puede reconocerse la existencia de un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

Desde esta atalaya, la diferencia entre el tipo doloso e imprudente debe buscarse a nivel del tipo objetivo, así, la diferencia entre tipos dolosos y culposos no se encuentra en el disvalor de la decisión de afectar el objeto de la acción o del bien jurídico (según se trate de delitos de pura conducta o de resultado), sino en “la norma específica que rige en cada caso concreto”<sup>3</sup>, así el delito doloso deriva una norma más concreta y en el delito imprudente una norma derivada menos concreta o imprecisa, la cual hay que construir en cada caso concreto.

Siguiendo esta lógica, el delito doloso exige la representación de los elementos que componen el tipo objetivo, entre ellos el riesgo prohibido, esto es, exactamente igual en el tipo culposo con la única diferencia que ese riesgo prohibido, del cual deriva la norma de cuidado, no surge concretamente delimitado por el tipo.

Como bien señala Sancinetti, en el tipo imprudente la construcción de la “infracción al deber de cuidado” requiere partir de la selección de las circunstancias que integran el síndrome de riesgo (entendido éste, como la constelación de circunstancias valorada negativamente por el orden jurídico que a los ojos de un observador objetivo, implicarían el riesgo de que se produzca el resultado de lesión), una vez que se obtiene solo resta analizar si existe congruencia con el dolo del autor.<sup>4</sup>

Así entonces, surge claro que la razón por la cual se castiga más fuertemente el delito doloso que el imprudente no es –como decía el finalismo– por la finalidad prohibida que se persigue, sino por el peligro más concreto contra el bien jurídico que el autor introduce en la configuración del mundo.

### **Discusión y resultados:**

Al elaborar nuestra tesis, trabajamos sobre la base de que el dolo debe ser atribuido dependiendo de la cantidad de riesgo prohibido que el sujeto introduce al mundo, así, si crea una gran cantidad de riesgo, su conducta será interpretada como dolosa, en cambio si introduce un riesgo menor será valorada como imprudente y así, hasta llegar a un riesgo que resulte permitido.

El aporte de nuestra tesis radica, en elaborar justamente una serie de reglas normativas a fin de hacer previsible para el sujeto que, desde una perspectiva ex- ante, puede ya conocer que si actuada de cierto modo, esto es, si introduce en el mundo determinada cantidad de riesgo prohibido, que su comportamiento será valorado como doloso o imprudente. A su vez estas reglas crean soluciones predecibles evitando la arbitrariedad judicial.

De esta manera, si un sujeto conduce trasvasando por unos pocos kilómetros el límite de velocidad y por ello pierde el control del vehículo arrollando un peatón a quien provoca lesiones graves, nadie discutiría que estamos ante un delito imprudente, pero si además del límite de velocidad el conductor estaba ebrio, conduciendo de contra mano por una arteria muy transitada y además con el coche en malas condiciones mecánicas, es evidente que su accionar debe atribuirse como doloso debido a la gran cantidad de riesgo prohibido generado.

### **Material y método**

En primer lugar debemos resaltar que el método se halla en interrelación con el objeto, de modo que entre estos existe un condicionamiento recíproco, por tal motivo, debemos dejar en claro que el objeto de estudio de nuestra investigación serán las normas jurídicas.

Ahora, para la interpretación o conocimiento del derecho penal positivo, utilizaremos un método deductivo el cual nos permitirá organizar los datos en forma de leyes y teorías partiendo de lo general hacia lo particular. A esta actividad la podemos llamar “dogmática”<sup>5</sup>, justamente porque se toma a la norma jurídica

<sup>3</sup> Sancinetti, ob. cit. pág. 259.

<sup>4</sup> Sancinetti, ob. cit. Pág. 273

<sup>5</sup> Planteado por primera vez por Rudolf von Jhering, para el derecho privado y luego extendido a todo el saber jurídico. Ver en Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Manual De Derecho Penal Parte General”, Edit. Ediar 2005, Pág. 69.

como dogmas (no en el sentido de verdad absoluta, sino como un postulado que sirve como punto de partida).

Pero dichas normas no son tomadas en sentido neutro como pretendía el positivismo jurídico (básicamente Hans Kelsen en su teoría pura), donde se aplicaba al derecho el método causal explicativo de las ciencias naturales, sino que desde la irrupción del neokantismo, principalmente con el aporte de Radbruch y la “escuela sudoccidental alemana”, estas normas deben ser interpretadas cargadas de valor, debiendo entonces emplearse un método comprensivo<sup>6</sup>.

### **Discusión y resultados**

De la investigación encontramos que la prueba del dolo en los casos límite es imposible, todo intento de hacerlo está destinado al fracaso y termina en aplicar la mera intuición para resolver, conculcando el principio de culpabilidad, por lo que el único camino posible es la atribución del dolo sobre la base de pautas normativas.

Contra esta postura podría replicarse que la imputación del dolo renunciando a su prueba podría acarrear la instrumentalización del sujeto, sin embargo como bien señala Ramón Ragués, dicha instrumentalización no se da cuando el sujeto conoce de antemano las reglas de atribución, pudiendo evitar su condena por un delito doloso, absteniéndose de realizar conductas que sabe que serán interpretadas jurídicamente como dolosas.

### **Conclusiones**

Desde un criterio normativo de imputación, existirá dolo, imprudencia o simplemente riesgo permitido de acuerdo a la cantidad de riesgo prohibido que el sujeto introduce en el mundo. Para establecer reglas claras y evitar el desicionismo deben elaborarse reglas jurídicas de atribución, que mediante un análisis estratificado permita en cada caso concreto afirmar o descartar el dolo.-

### **Referencias bibliográficas**

- Jakobs, Günther, “el lado subjetivo del hecho”, traducción, de Manuel Cancio Malia, publicada en la página web. [www.iuspenalismo.com.ar](http://www.iuspenalismo.com.ar).
- Jakob, Günther, “derecho penal”, edit. Marcial Pons, Madrid 1997,
- Roxin, Claus, “derecho penal parte general”, tomo I, edit. Thomson Civitas;
- Jescheck Hans H. y Weigend Thomas, “tratado de derecho penal”, edit. Comares, Granada 2002,
- Muñoz Conde Francisco, “introducción al derecho penal”, edit. B de F, Bs.As. 2003
- Pessoa Nelson R., “injusto penal y tentativa”, edit. Hammurabi, Bs.As. 2007;
- Puppe, Ingeborg, “la distinción entre el dolo e imprudencia”, edit. Hammurabi, Bs.As. 2009
- Sánchez Malada, Armando, “una teoría para la determinación del dolo”, edit. B de F, Bs. As. 2018;
- Sancinetti, Marcelo A., “teoría del delito y disvalor de acción”, edit. Hammurabi, Bs.As. 2004;
- Struensee, Eberhard, “el tipo subjetivo del delito imprudente”, “anuario de derecho penal y ciencias penales”, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=48728>;
- Welzel Hans, “derecho penal alemán”, edit. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 2014;
- Ynoub, Roxana C., “el proyecto y la metodología de la investigación”, edit. Cengage.
- Zaffaroni, Eugenio, Alagia Alejandro y Slokar, “manual de derecho penal, parte general”, edit. Ediar, Bs. As., 2005.

---

**Filiación institucional:** tesista de la carrera de “doctorado en derecho”, unne.

<sup>6</sup> Ver más Muñoz Conde, “Introducción Al Derecho Penal”, Edit. B de F., Bs. As. 2003, Pág. 177 y sig.