

## TIPO SUBJETIVO IMPRUDENTE Y TEORÍA DEL ERROR

*Emanuel Gonzalo Mora<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup>*Prosecretario del Juzgado de Garantías nro. 1 del departamento judicial de Quilmes, cursante de la carrera de especialización en derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, domiciliado en Juncal 473, ciudad y partido de San Vicente, e-mail: emanuelmorita@yahoo.com.ar.*

SUMARIO: Introducción. Concepción de injusto personal conforme a la teoría final de la acción. Tipo subjetivo imprudente: distintas posturas. Tipo subjetivo en la imprudencia consciente. Culpa con representación y teoría del error. ¿Es posible el error de tipo en la culpa sin representación?, ¿existe un tipo subjetivo en la misma?. Teoría de las normas de Hruschka: utilidad para la determinación del deber de previsión en el tipo subjetivo. Conclusiones. Bibliografía. Notas.

### *Introducción.*

Mediante la presente se intentará, en la medida de lo posible, investigar una cuestión por demás discutida en el ámbito de la dogmática penal, desde que aún al día de la fecha, no existe consenso en la doctrina sobre si efectivamente existe un tipo subjetivo en el marco de los delitos imprudentes.

Ahora bien, la eventual respuesta afirmativa a tal interrogante no resolverá el inconveniente dispuesto a desentrañar, puesto que su aceptación obliga, necesariamente, a precisar cuál es el efectivo contenido de tal aspecto subjetivo del tipo, ello se debe a que la teoría del delito es tratada por los distintos juriconsultos centrando el eje de la construcción dogmática en la estructura del tipo activo doloso.

Así, emprenderemos la tarea preliminar de efectuar algunas aclaraciones, necesarias por demás, en cuanto al criterio de conducta adoptado (en nuestro caso, conforme a la tesis final de la acción), ello desde que el injusto penal solo puede ser concebido en forma coherente únicamente respetando el modelo adoptado, so pena de incurrir en serias inconsistencias dogmáticas, tal como se verá.

Lo expuesto no puede ser menos trascendente, si consideramos que la mayoría de la doctrina, conforme señala Donna, adopta el criterio de rechazar la existencia de un aspecto subjetivo en el tipo imprudente, lo que desencadenará, tal como nos ocuparemos

de demostrar, en verdaderas contradicciones en el teorema<sup>i</sup> adoptado por los autores en cuestión.

Aceptada la configuración de un tipo subjetivo en el delito imprudente, habiendo elaborado la construcción dogmática de su contenido, resultará menester determinar sobre la factibilidad de la ocurrencia de errores en cuanto a la percepción de los elementos objetivos del tipo imprudente, tanto en la culpa con y sin representación del resultado, siendo que el rechazo de la aplicabilidad de la teoría del error a los injustos culposos también significaría una inconsistencia en la teoría, puesto que conocimiento y error son nociones que, como observaremos, van de la mano, son las dos caras de una misma moneda.

Pasemos acto seguido a postular los parámetros básicos de la construcción dogmática concebida.

#### *Concepción de injusto personal conforme a la teoría final de la acción.*

De tal forma, resultando la teoría del delito una construcción dogmática, la cual gira sobre el concepto de conducta, es claro que, siendo tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad componentes o adjetivos<sup>ii</sup> de la misma, pues resultará menester, en primer término, determinar que hemos de entender como acción, para así sistematizar la construcción teórica que se configura alrededor de ella.

Así, hemos de considerar que la teoría del delito no es más que un elaborada construcción lógica concebida a los efectos de analizar la conducta delictiva, lo que implica que los distintos institutos referidos a la misma son instrumentos lógicos que permiten interpretar la acción desde el plano netamente jurídico, ahora, como hablamos justamente de un sistema lógico, pues el mismo precisa ser coherente en su esencia, lo cual resulta requisito para la utilidad de la propia construcción lógica y dogmática del delito como verdad óptica<sup>iii</sup>.

Conforme lo que venimos exponiendo, resulta menester definir que entendemos por acción o conducta (generalmente referido en el digesto penal de fondo con la voz *hecho*, por ejemplo, en el art. 34, referido al *hecho* no punible), para de tal forma elucubrar los teoremas jurídicos que se fundan en la base de la noción de acción, para lo cual resultará necesario pasar brevemente revista de las distintas corrientes existentes.

Así, en principio la conducta era entendida como un movimiento voluntario por el cual se producía una mutación en el mundo exterior, concepción propia del causalismo la cual se nutría en una primera etapa, según expresa Donna<sup>iv</sup>, de las corrientes naturalísticas del pensamiento filosófico imperante (entendida como mera observación y descripción de la realidad), por los cuales la conducta era entendida como la lisa y llana puesta en marcha de la causalidad, conforme al esquema causa y efecto.

Firmes expositores de esta primigenia concepción de la acción fueron Franz Von Liszt y Beling, siendo particularizada la conducta como mero proceso causal puesto en marcha por un acto voluntario, el cual produce modificaciones en el mundo circundante, más, y tal como señala Donna, dicha “voluntad” no era entendida desde el propósito perseguido por la misma, sino por la mera consciencia de la producción del resultado<sup>v</sup>.

Una segunda etapa del causalismo, citando nuevamente a Donna<sup>vi</sup>, deviene con el neokantismo, por el cual se reconoce que la conducta siempre persigue una finalidad, más por cuestiones estrictamente valorativas y de conveniencia sistemática<sup>vii</sup>, los factores subjetivos de la acción son analizados en la culpabilidad, reservando al tipo la mera función de subsunción legal del resultado a la previsión del dispositivo legal.

Así entendida, se produce una suerte de desdoblamiento de la conducta, por el cual se la analiza en estratos separados, desde que se reserva al tipo la lisa y llana producción del resultado, dejando los elementos subjetivos en la culpabilidad. Como se aprecia y enseña Donna, se acepta por esta corriente un concepto prejurídico<sup>viii</sup> de acción, donde el mismo es analizado en forma segmentada a fin de permitir la eficacia del sistema de análisis propuesto por este causalismo, ello con la justificación de que tal concepción facilitaría la comprensión de la teoría.

Consecuencia necesaria de tal valoración era que el injusto era concebido en forma puramente objetiva, desde que la tipicidad era afirmada con la simple concordancia del resultado causado con el tipo penal, resultando la antijuridicidad de la lisa y llana ausencia de permisos para el obrar conforme al tipo (sin considerar el conocimiento y voluntad de actuar conforme a las causas de justificación), mientras que el dolo y la imprudencia eran entendidos como los factores eminentemente subjetivos del delito, los cuales eran analizados en la faz de la culpabilidad, entendida esta como la relación psíquica entre el injusto y el autor, vale decir: se concibió un injusto puramente objetivo (conducta causante de un resultado típico y contrario al orden jurídico), y una culpabilidad subjetiva, donde la imprudencia era allí canalizada.

Como es sabido, las corrientes causalistas se encontraron con serias dificultades para explicar el fenómeno de la omisión (donde la acción no *causa* el resultado), la tentativa (la cual no puede concebirse sin referencia a la finalidad típica), lo propio con respecto al error, la culpabilidad, etc, más el mayor y más eficaz de los ataques consistió en la lisa y llana realidad de que se consideraba una acción adjetivada de “voluntaria”, más dicha voluntad se encontraba vacía de todo contenido, puesto que era la mera consciencia de que se realizaba un movimiento corporal, el cual provocaba una mutación en el mundo físico exterior al agente. Como se aprecia, una conducta voluntaria sin consideración óptica de la finalidad equivale a concebirla como un mero proceso causal provocado por un hecho humano carente este del norte del fin buscado, ello so pretexto de justificar la conveniencia del sistema de ideas propuesto<sup>ix</sup>.

Conforme a la corriente jurídica del pensamiento causalista, la imprudencia resulta analizada en el plano de la culpabilidad, resultando el injusto puramente objetivo, esto es, un proceso causal desembocado por una acción humana (pero desnuda de finalidad), el cual provoca una mutación en el mundo físico, siendo este encuadrable en el tipo penal.

En respuesta al criterio sustentado por la teoría causal de la acción, el ilustre Hans Welzel concibió a la misma como conducta guiada por un fin, lo cual desembocó en la denominada teoría de la acción final, también conocida como corriente finalista.

De tal forma, el finalismo concibe a la acción como un ente propio del ser, sin que el derecho penal pueda alterar el contenido óptico de la misma, vale decir: como corriente o forma de razonamiento, es un realismo<sup>x</sup>, por el cual se considera que el objeto de estudio (la conducta) no es creado por el pensamiento, sino solo descripto y recibido por el mismo, al contrario del causalismo neokantista, por el cual, mediante una concepción idealista (el pensamiento crea el objeto de estudio) se entiende a la conducta desprovista de su finalidad óptica, más por cuestiones sistemáticas y teóricas, dicho fin es analizado en la culpabilidad, observando al sustantivo del delito (acción) como un mero proceso causal provocado por el hombre en forma “voluntaria”.

Así concebida, la acción no resulta ser un proceso causal ciego, sino un desarrollo fáctico guiado por el propósito que persigue el hombre a partir de la ideación, la selección de los medios y de la puesta en marcha de la causalidad, pero guiada esta por el fin mismo de la conducta.

Consecuencia necesaria de tal análisis y percepción jurídica de la conducta, es que el injusto ya no puede ser entendido como puramente objetivo, sino que ciertos factores subjetivos (dolo e imprudencia) son trasladados desde la culpabilidad hacia el mismo tipo penal, reservando a aquella el juicio de reproche por no haberse motivado en la norma, pudiendo hacerlo, mientras que en el tipo se analiza, en la faz objetiva, el resultado causado por la acción (juntamente con los restantes elementos normativos y descriptivos), quedando en el tipo subjetivo la configuración del dolo o la culpa, según corresponda. El injusto no es un mero proceso causal, en una acción final la cuál encuadra en un tipo penal, siendo que el autor obra en forma dolosa o imprudente, contrariando el orden jurídico, es un ilícito penal atribuible a la subjetividad del autor conforme a su fin, es un injusto personal (objetivo y subjetivo), donde el fin de la acción

condiciona, ciertamente, los restantes estamentos del mismo (tipicidad y antijuridicidad).

Ahora bien, y aquí es donde se plantearon los mayores inconvenientes interpretativos, este esquema del injusto objetivo-subjetivo no aparejaba problemas con respecto al dolo, desde que allí la acción persigue la consecución del tipo objetivo, más se le achacó al finalismo la imposibilidad de explicar la imprudencia, desde que allí la conducta descuidada no ostenta el propósito de consumir el resultado típico.

Ello motivó que el mismísimo Welzel, en la gran confusión paradójica generada por el papel del fin en el tipo imprudente, hablara de una finalidad potencial<sup>xi</sup> en la culpa, lo que motivó las críticas de su discípulo Niese, quien sostuvo que la posible finalidad no era una auténtica finalidad, la cual, en la culpa, era irrelevante.

Ahora bien, de adoptarse una postura finalista del delito, es claro que deberemos necesariamente aceptar la existencia de un tipo subjetivo, ello desde que resultaría teóricamente incorrecto reservar la tipicidad subjetiva únicamente para los supuestos de dolo, concibiéndolo como un injusto personal, mientras que, rechazar el tipo subjetivo en la imprudencia equivale a receptor una teoría solapadamente causalista para la misma, donde los factores subjetivos se analizan en la culpabilidad.

Por ello, concibiendo el injusto como propio de un autor, donde se toma en consideración siempre la finalidad de la acción, la cual repercute en los demás aspectos del injusto típico y antijurídico, somos de la partida de la tesis finalista, receptorando, por una lógica cuestión de coherencia sistemática, un tipo subjetivo en los delitos imprudentes.

#### *Tipo subjetivo imprudente: distintas posturas.*

Ahora bien, habiendo respondido afirmativamente el primer interrogante, relacionado a la existencia de un tipo subjetivo imprudente, debemos emprender el

costoso análisis del contenido del mismo, para lo cual resultará menester pasar breve revista de las posturas existentes, sin perjuicio de mencionar y deslindar, aunque menos mínimamente, también algunas de las corrientes que niegan el tipo subjetivo, a fin de criticar las mismas fundadamente.

Algunos autores conciben el aspecto subjetivo de la imprudencia como el conocimiento de las circunstancias generadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado, siendo de enorme gravitancia lo enunciado por Eberhard Struensee, con quien concordamos en la mayoría de los puntos, para quien el tipo subjetivo es “*que el que actúa conoce una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado producido de la cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable*”<sup>xii</sup>.

Vale desmenuzar la conceptualización de Struensee, ya que emplearemos muchos elementos de ella para la construcción dogmática: el autor realiza una acción riesgosa, en razón de generar condiciones para la producción del resultado típico, resultando el tipo subjetivo, en el conocimiento de dichos factores de riesgo, del denominado por él “síndrome del riesgo”, dado el autor efectúa una actividad final dirigida no a la producción del resultado, sino a otro tipo de mutación en el mundo, como por ejemplo, cruzar una intersección, provocando un riesgo intolerable, según la valoración del derecho (por ej: cruza con el semáforo en rojo), esto es el desvalor de hecho<sup>xiii</sup>, más *conociendo* que al efectuar la conducta, el sujeto actúa aun sabiendo del peligro provocado, resultando de tal valoración el síndrome del riesgo ya mencionado, siendo que el resultado típico se conecta en forma indirecta con la finalidad de la acción, dado se produce un triángulo acción final-desvalor de hecho-síndrome del riesgo.

Esto es lo que lleva a Struensee a considerar que la conducta se encamina, aún en el delito imprudente, a la consecución de un fin ilícito, tal como señalan Piña<sup>xiv</sup> y Donna<sup>xv</sup>, dado el autor realiza una actividad final de cruzar una arteria con la luz de paso prohibido, generando así un riesgo intolerable. Es decir, consecuencia necesaria de



ello es que el tipo doloso y el imprudente contarían con una estructura lógicamente homogénea.

Aquí debemos disentir parcialmente con Struensee, toda vez que es verdad que la conducta riesgosa se encamina, en cierta medida, a una finalidad ilícita (por ej: si comando mi automóvil a 100 k/h en zona urbana, pero en forma imprudente, claramente mi acción final se dirige a producir un riesgo desvalorado por el derecho –es decir, resultado de riesgo, generación del mismo-, en virtud de la alegada prognosis o pronóstico de producción de resultados disvaliosos), ahora, esa finalidad no es ilegítima desde el punto de vista materialmente penal, sino que se encamina a la comisión de una infracción de tránsito y no de un injusto penal.

La tesis contraria, entendida como que la finalidad ilegal mencionada por Struensee en su obra es ilícita desde lo penal, equivale a aceptar la posibilidad de una tentativa en el delito imprudente, dado que el autor realizaría una conducta final de... producir el síndrome del riesgo, cruzando con un semáforo en rojo, de lo que se deduce que la no producción fortuita del resultado lesiones abre la factibilidad lógica de concebir la tentativa imprudente, resultando inconcebible en nuestro derecho, ya que abre mayor espacio al poder punitivo, no resultado ser un criterio, así concebido, limitador del mismo, toda vez que amplía desmesuradamente el ámbito de lo prohibido, penalizando acciones “tentadas” culposamente donde el medio penal aparece, a todas luces, como manifiestamente irracional y desproporcionado<sup>xvi</sup>.

Por ello, el hecho de que la finalidad de la acción imprudente pueda ser catalogada de ilícita, en los casos donde se sabe conscientemente de que se provoca un riesgo prohibido, esa ilegitimidad no es calificable desde el plano materialmente penal, sino desde otros prismas del derecho positivo, mayormente por injustos administrativos, deduciéndose así la imposibilidad de una tentativa imprudente.

Otros de los tratadistas que aceptan la posibilidad de la configuración de un tipo subjetivo son Maurach y Gossel, para quienes debe distinguirse una reconocibilidad

general, ubicada en el tipo objetivo, y una reconocibilidad individual, la cual abarca el tipo subjetivo imprudente.

La primera se basa en un criterio puramente objetivo, según la cual, mediante un juicio experto, debe contarse con la producción perjudicial del resultado afectante del bien jurídico, siendo que en este juicio abstracto no se tomarán en cuenta las capacidades y conocimientos especiales del autor, como así tampoco ningún otro factor subjetivo de que él dependan<sup>xvii</sup>.

Luego desarrolla en contenido del tipo subjetivo, bajo el rótulo de la reconocibilidad individual, la cual se vincula a la noción de perjuicio descuidado y evitable (ubicando dichos aspectos en el tipo objetivo), incluyendo en dicha reconocibilidad a la percepción o posibilidad de percepción de la totalidad de los elementos del tipo objetivo, incluyéndose al propio sujeto, el objeto, el resultado, la violación del deber de cuidado y la causalidad de la evitabilidad. Aclara que si falta la reconocibilidad de al menos uno de los elementos, cae el tipo subjetivo, de la misma forma que cae el tipo subjetivo doloso cuando no se conoce alguno de los elementos objetivos del tipo.

El déficit en la genial concepción de Maurach-Gossel radica en la forma en que cierra las consecuencias de la ausencia de conocimientos de los elementos del tipo objetivo imprudente, dado refiere que “cae” el tipo subjetivo, de lo que deducimos que, en alguna medida, evita tratar el error de tipo en la imprudencia, pese a que su solución se refiere necesariamente a la teoría del error, probablemente los autores no encuentren la forma de explicar el error en la culpa inconsciente, lo que los mueve a evitar tratar tan problemática cuestión.

Continuemos analizando la concepción de estos autores por su gran utilidad, la pregunta obligada es: ¿cómo es posible esa reconocibilidad individual de los elementos del tipo objetivo imprudente?, pues para ello, han desarrollado las nociones de previsibilidad y previsión, según la cual, para la configuración del tipo subjetivo basta con la mera previsibilidad (esto es, la simple posibilidad de conocer, relacionado

ello a la culpa inconsciente como se verá), sin perjuicio de que el tipo subjetivo puede, efectivamente, conformarse con la verdadera previsión de los elementos del tipo objetivo, vale decir, con la representación psíquica de los mismos (culpa consciente)<sup>xviii</sup>.

Según esta concepción, la imprudencia consciente exige la efectiva previsión del perjuicio al bien jurídico, de manera que la ausencia de dicha previsión provoca la tan mentada “caída” (error) del tipo subjetivo, sin perjuicio de que sea posible sostener la culpa inconsciente, ante la posibilidad de haber previsto el autor el resultado, esto es, fundando el tipo subjetivo en la previsibilidad del mismo. Es decir, cae la tipicidad por imprudencia consciente, ante la ausencia de previsión, pero puede sostenerse la imprudencia inconsciente en la mera previsibilidad.

En cuanto a la forma del tipo subjetivo en la imprudencia inconsciente, Maurach-Gossel conciben para ella un relacionamiento entre el autor y su hecho de neto corte normativo, en virtud de resultar imposible establecer una relación psíquica.

De tal forma, concluyen que lo relevante será que “el autor concreto pudo, de acuerdo a su capacidad física y psíquica individual al momento de la acción, reconocer la realización de los elementos objetivos del tipo, si es que no lo reconoció”<sup>xix</sup>.

Es decir, como en la culpa sin representación no es posible concebir que el autor haya imaginado la probabilidad de producción del resultado disvalioso, resulta necesario establecer un sistema de imputación subjetivo de corte normativo, fundando el mismo en la posibilidad de previsión del perjuicio, esto es, lisa y llanamente, la previsibilidad anteriormente referida.

Ahora, esa posibilidad de previsión no se basa en un baremo objetivo, sino que se condiciona a las estrictas capacidades del autor, es decir, el autor individual y no un autor abstracto con sus mismos conocimientos, experiencia y pericia, de allí que la reconocibilidad sea “individual” en el tipo subjetivo, y “general” en el objetivo.

Edgardo Donna también concibe un tipo subjetivo imprudente, siguiendo las ideas de Maurach-Gossel<sup>xx</sup>, pero lo reserva para la imprudencia con representación, en

virtud de considerar atípica la imprudencia inconsciente, ello en razón de la inexistencia de conocimiento de la situación, pero fundamentando también su posición en la impracticabilidad del juicio de reproche, esto en el estrato de la culpabilidad<sup>xxi</sup>.

Corcoy Bidasolo<sup>xxii</sup> también concibe un tipo subjetivo en la imprudencia, fundando el mismo en la previsibilidad del riesgo objetivo concurrente, argumentando en forma similar a Maurach-Gossel la imprudencia consciente en el efectivo reconocimiento de la probable producción del perjuicio, mientras que en la culpa inconsciente solo se exige la posibilidad de reconocimiento del mismo parámetro.

Se distancia de Maurach-Gossel en la forma en que mide dicha previsibilidad, dado que si bien lo hace desde los conocimientos y capacidades del autor, lo condiciona a un estándar objetivado cuando se pregunta “si una persona media en la situación y con las especiales propiedades del autor habría podido prever la realización del tipo”<sup>xxiii</sup>.

De tal forma, en verdad no se establece la capacidad de previsión en forma individual, dado que se entremezclan, a mi juicio confusamente, criterios subjetivos del autor (especial referencia a las “especiales propiedades del autor”), con baremos del denominado “hombre medio”, dado se suplanta, en el juicio ex ante, al autor específico por un sujeto medio con sus especiales conocimientos y experiencia, de lo que se concluye que no se establece con claridad cuál es la específica capacidad de previsión que se le exige al autor en el juicio de previsibilidad y evitabilidad.

Claus Roxin también concibe la posibilidad de un tipo subjetivo en la imprudencia, pero lo reserva para la forma consciente, afirmando que resulta imposible entender un tipo subjetivo en la imprudencia inconsciente.

Fundamentando su posición desde la teoría de la imputación objetiva, entiende que la culpa consciente se basa en la representación de un peligro no permitido, confiando el autor en la no producción del resultado, efectuando allí una frontera con el dolus eventualis, desde que el tipo subjetivo imprudente se separa del dolo, justamente, en virtud de la confianza de la no consecución del tipo objetivo<sup>xxiv</sup>.

En la culpa inconsciente niega el tipo subjetivo, justamente por la no representación en la psique del autor de los elementos del tipo objetivo.

En cuanto a los autores que niegan la existencia de un tipo subjetivo, podemos citar entre ellos a Stratenwert, quien, según expresa Roxin<sup>xxv</sup>, distingue entre una “faceta externa y una interna”, pero considera no factible la configuración de un tipo subjetivo, desde que la conducta imprudente no se dirige a la producción del resultado.

Ello implica un regreso a las discusiones entabladas entre Welzel y sus opositores, las que en nuestro criterio ya fueron superadas, conforme veremos en otros tramos de la presente.

No podemos permitirnos soslayar la cita expresa de la opinión de Zaffaroni, en razón de la incuestionable autoridad científica de dicho autor en la región latinoamericana y mundial en general.

En efecto, el ilustre magistrado concibe una diferenciación distinta de la culpa, clasificándola en temeraria y no temeraria<sup>xxvi</sup>, resultando la primera cuando un tercero observador perciba la probabilidad de la existencia de un plan criminal (por ej: conduzco mi automóvil a velocidad reglamentaria, pero al poca distancia de emprender el cruce de calles, un peatón comienza el cruce también, más acelero bruscamente la máquina, causando la colisión del mismo y provocándole la muerte, un tercero bien podría concebir que planifiqué arrollar al peatón en razón de las particularidades del evento), radicando la diferencia entre temeridad y no temeridad cuando exista *dominabilidad*<sup>xxvii</sup> del hecho, esto es, posibilidad de dominio, señorío sobre el hecho.

Aquí es donde Zaffaroni concibe la gran utilidad de los aspectos subjetivos (aunque veremos que no los ubica en un tipo subjetivo), dado que para diferenciar, por una parte, entre dolo eventual y por la otra, culpa consciente y temeraria, resulta menester aceptar los mentados factores subjetivos, dado ambas formas de conducta tienen en común la dominabilidad, de allí la adjetivación de *temeraria* en la culpa.

No es que el autor en cita niegue la existencia de la imprudencia inconsciente, sino que considera más valiosa la clasificación de la culpa en temeraria y no temeraria, en razón de su diferenciación con el dolo eventual a partir de la subjetividad del autor.

Ahora bien, se preguntara: ¿cómo concibe Zaffaroni el tipo subjetivo en la imprudencia?, lo niega, no porque no existan elementos subjetivos, sino porque estos supuestos se solucionan satisfactoriamente en la tipicidad conglobante, donde resultan requeridos para la configuración del tipo objetivo. Es decir, no puede existir un error de tipo en la imprudencia, lisa y llanamente porque no puede darse un caso de tipicidad objetiva sin tipicidad subjetiva, estos casos se resuelven, simplemente, por la ausencia de tipo objetivo conglobante, donde resultan necesarios los conocimientos y capacidades especiales del autor imprudente<sup>xxviii</sup>.

Justifica su posición el ilustre jurisconsulto en que sin dichos conocimientos y capacidades no puede configurarse un tipo objetivo conglobante<sup>xxix</sup>, ejemplificando a partir de un caso interesante en sus conclusiones: un sujeto circula en sentido contrario, en razón de que un tercero cambió intencionalmente los carteles indicadores, sostiene que no existe tipo objetivo en razón de que el incremento del peligro no le es imputable al autor, en virtud de carecer del conocimiento actualizable del riesgo, es decir, no era previsible el resultado<sup>xxx</sup>.

Discrepamos respetuosamente con el ilustre jurista, en razón de que el mismo razonamiento podría emplearse en el error de tipo doloso, con las mismas consecuencias (el clásico ejemplo del cazador que confunde a un colega con una presa, en razón de que la víctima se disfrazó de oso, la falta de conocimiento no le es imputable al autor del homicidio, ahora bien, nadie dudará del error de tipo en este caso, entonces: ¿porqué adoptar una solución distinta en la imprudencia?, ¿no correspondería aquí también negar el tipo objetivo conglobante, en el caso del cazador?).

El ejemplo del automovilista que circula a contramano por desconocer en forma inevitable la señalización demuestra, a todas luces, la factibilidad del error de tipo en la imprudencia: objetivamente existe una violación a las reglas sociales de cuidado en la

conducción, más existe una falta de conocimiento de la situación de riesgo que, en forma invencible, elimina toda forma de imprudencia, sea consciente o inconsciente, más adelante volveremos sobre el tópico.

### *Tipo subjetivo en la imprudencia consciente.*

Pues bien, ya nos encontramos en condiciones de exponer nuestra posición sobre si existe y, en su caso, cual es el contenido del tipo subjetivo imprudente.

En forma necesaria, hemos de hacer aunque menos una somera referencia al tipo objetivo, toda vez que ambos forman parte de una unidad típica, encontrándose interconectados.

En el tipo objetivo encontraremos la totalidad de elementos descriptivos y normativos, lugar o estrato de la teoría del delito donde corresponde ubicar el resultado típico, el deber de cuidado exigible, el nexo causal existente la conducta descuidada y el resultado, como así también la relación de determinación entre el deber de cuidado violado y el resultado, o lo que es equivalente, la evitabilidad físicamente posible del resultado, incluyendo el suscripto la provocación del riesgo intolerable, objetivamente, el síndrome del riesgo del cual nos habló Struensee.

Zaffaroni es de la opinión de que el tipo objetivo culposo es muy precario, dado requiere solo la conducta que causa un resultado típico<sup>xxxix</sup>, mientras que Roxin, por ejemplo, entiende que el concepto de violación del deber de cuidado puede ser reemplazado con la teoría de la imputación objetiva por él desarrollada<sup>xxxix</sup>.

En el tipo objetivo, cuestión por demás dificultosa es la determinación del deber de cuidado, sobre si debe realizarse a partir de parámetros objetivos o subjetivos, así se han concebido los criterios del “hombre medio empírico”<sup>xxxix</sup>, el “hombre inteligente y sensato”<sup>xxxix</sup>, la “persona concienzuda y juiciosa perteneciente al ámbito del que procede el autor”<sup>xxxix</sup>, las “reglas sociales”<sup>xxxix</sup>, etc, particularmente nos inclinamos por

este último, el de las reglas sociales, generalmente de contenido extrajurídico, toda vez que ellas pueden ser inferidas a partir de la acción final.

En esto considero que podemos seguir las valiosas enseñanzas de Zaffaroni, cuando expresa que no es correcto afirmar que la finalidad en la imprudencia sea irrelevante, toda vez que el fin de la conducta termina indicando cual era el deber de cuidado aplicable a dicha acción final, ejemplificando con el caso del automotor que sale en reversa desde un estacionamiento y colisiona a un transeúnte, pues nos enseña el maestro argentino que se requiere constatar la finalidad previamente para determinar el deber de cuidado aplicable, así: si un conductor era quien comandaba el rodado, le eran aplicables las reglas del tráfico vehicular, pero si la persona simplemente estaba higienizando el interior y accidentalmente desbloqueó el sistema de frenos manuales, pues el deber de cuidado no es el proveniente de las leyes de tránsito, sino el exigible a la persona en virtud de tomar contacto con una cosa potencialmente riesgosa, siendo el contenido de las reglas sociales en el primer caso jurídicas, y en el segundo extrajurídicas<sup>xxxvii</sup>.

Con esta estructura, ubicando el resultado, el deber de cuidado determinado conforme a las reglas sociales y al fin perseguido (siendo que toda conducta debe efectuarse conforme a un deber de cuidado), el peligro provocado y el nexo causal, junto con los demás elementos normativos y descriptivos que existan en el tipo penal específico (por ej: el art. 144 quinto del C.P, exige conocer la efectiva circunstancia de estar a cargo de la repartición, siendo funcionario público), entiendo que el tipo subjetivo imprudente con representación exige el *efectivo conocimiento* de tales circunstancias típicas, siendo que la ausencia de cualquiera de tales elementos en la psiquis del autor implica, lisa y llanamente, un caso de ignorancia de uno de los elementos esenciales del tipo, de lo que se deduce la existencia de un error de tipo.

Cabe señalar que el conocimiento de los elementos del tipo exige, por una cuestión lógica, la efectiva previsión de la producción del resultado, siendo que el agente percibe el peligro prohibido generado con la acción descuidada, mientras que el



resultado pasa a ser necesariamente evitable, justamente, en razón de haber previsto el riesgo, o el síndrome del riesgo, citando a Struensee, en virtud de los peligros provocados por la conducta negligente.

Ahora, esta percepción del resultado debe hacerse conforme los especiales conocimientos del autor, toda vez que siendo el injusto de carácter personal, no es concebible que se pretenda medir la imprudencia conforme al baremo de un “hombre medio” inexistente, ello resultaría violatorio del principio de culpabilidad por el acto, ya que no es legítimo que se mensione la violación del deber de cuidado por parámetros ajenos a los del autor individual<sup>xxxviii</sup>.

Por ello disentimos enérgicamente con las ideas de Jakobs, quien extrema y estatifica a grados inconcebibles la teoría de los roles, como si pudieran encajarse en compartimientos estancos, afirmando que el camarero que, por sus conocimientos en biología, advierte que el plato que sirve contiene una hierba venenosa, pero por su rol de camarero, no le corresponde percatarse de ello, entiende que corresponde exonerarlo de responsabilidad ya en el plano de la imputación objetiva.

Si el injusto es personal, es decir, propio del autor, no es correcto no incluir en el tipo subjetivo los conocimientos, aptitudes y capacidades del mismo, ya que a este autor se le imputará el delito, y no a ningún “hombre medio” ni a ningún “rol social”, por ello, coincidimos con Zaffaroni cuando enseña que los roles son dinámicos<sup>xxxix</sup>.

#### *Culpa con representación y teoría del error.*

Por una cuestión de definición, la culpa consciente exige la representación del hecho, lo que significa en romance: representación psíquica de los elementos del tipo objetivo antes individualizados.

La falta de cualquiera de dichos parámetros en la mente del autor provocará un caso de error, siendo distintas sus consecuencias en razón de su invencibilidad o

vencibilidad, recordando que el error o la ignorancia será evitable cuando el agente, poniendo la debida diligencia, está en condiciones de salir del déficit de conocimiento.

El error, cuando es evitable o vencible, se reconduce a la imprudencia sin representación, en razón de que una debida atención en el accionar del sujeto, provocador de peligro desaprobado, siendo que de haber percibido ese riesgo, prestando atención al deber de cuidado exigible, el agente hubiere previsto el riesgo, siendo evitable el resultado en tal hipótesis.

Nótese que la culpa inconsciente implica, lisa y llanamente, un caso de error de tipo imprudente vencible, toda vez que todos los supuestos de culpa sin representación resultan ser casos donde el agente tenía la posibilidad de prever los elementos del tipo objetivo, más por no realizar el esfuerzo necesario no salió de su ignorancia (forma de error desde el plano jurídico), de lo que se deduce que el agente podía prever el tipo objetivo, más no lo hizo, pudiendo hacerlo.

Un ejemplo clarificará la cuestión: un conductor desaprensivo cruza una intersección, con la luz del semáforo en rojo, siendo que no advierte la señal de alto, toda vez que su mente se ocupaba en cuestiones distintas a la conducción, provocando una colisión con un peatón, al cual lesiona. El autor no se representa la producción del resultado, en razón de no haber percibido el peligro jurídicamente desvalorado y causado por su accionar, esa falta de previsión impide, por lógica consecuencia, la representación del resultado. Como se aprecia fácilmente, el agente distraído no forma en su mente ni el peligro, ni el deber de cuidado que le era exigible, como así tampoco el resultado, todos elementos del tipo objetivo imprudente. Encontrándonos ante un caso de error o ignorancia vencible, la falta de previsión de los elementos típicos confirma la culpa sin representación, ello teniendo en consideración la previsibilidad de tales elementos, es decir, la posibilidad psíquica de prever.

Como no existe *representación* del tipo objetivo, siendo que podía salir de su ignorancia, lisa y llanamente, prestando la debida atención en la conducción, pues el error de tipo vencible elimina la posibilidad de considerar la imprudencia consciente,

más deja subsistente la imprudencia inconsciente, puesto que le era psíquica y físicamente posible prever (“previsibilidad”, según Maurach-Gossel), siendo que, en caso de haber sido posible prever, pues podría haber evitado el hecho.

Ahora, si el error de tipo imprudente era inevitable, invencible, pues ello lisa y llanamente elimina toda forma de tipicidad culposa, simplemente porque el hecho resulta ser imprevisible e inevitable.

Nótese que la previsibilidad, tanto del resultado como de la evitabilidad físicamente factible del mismo, resulta ser un presupuesto necesario del tipo subjetivo, siendo que un error invencible torna al peligro y al resultado consecuente en imprevisibles, resultando por ende, también inevitable el perjuicio.

El error invencible torna al peligro en imprevisible, incognoscible, justamente porque aunque el agente hubiera prestado la debida diligencia no lograría salir del mismo.

Asimismo, la percepción del riesgo provocado con la acción descuidada se encuentra unido a la noción de desatención de las reglas sociales determinantes del deber de cuidado, en el caso del conductor que cruza el semáforo en rojo, al no percibir el peligro tampoco se persuade de la regla de cuidado aplicable. Ahora, cuando la percepción del riesgo desaprobado resulta imposible de percibir, la conducta resulta ser atípica, en razón de resultar un error invencible de tipo.

En el ejemplo de Zaffaroni, donde el conductor circula en sentido prohibido en razón de que un tercero extrajo intencionalmente las señales de advertencia, la inevitable ignorancia del peligro desaprobado (riesgo existente objetivamente, junto con el deber de cuidado también objetivamente infringido), elimina toda posible previsibilidad del riesgo provocado y del resultado que de él deriva, siendo, en tal razonamiento, inevitable la producción del perjuicio al bien jurídico.

En el caso citado por Zaffaroni, el error de tipo imprudente es invencible, resultando un claro caso fortuito.

Por ello, cabe sintetizar que el error evitable reconduce el supuesto a la imprudencia inconsciente, justamente por la falta de representación del tipo objetivo, pero justificando la tipicidad imprudente sin representación en la previsibilidad del tipo objetivo (esto es, la posibilidad de prever), mientras que el error inevitable torna imprevisible el riesgo provocado, siendo que dicha imprevisibilidad torna inevitable, desde lo subjetivo, la producción del resultado, dado que nadie puede evitar un hecho que nunca habría logrado prever, siendo en tal evento un caso fortuito sin consecuencias en el ámbito materialmente penal.

*¿Es posible el error de tipo en la culpa sin representación?, ¿existe un tipo subjetivo en la misma?*

Conforme el esquema propuesto, sería una equivocación terminológica preguntarnos sobre la posibilidad del error de tipo en la culpa inconsciente, justamente porque todo supuesto de imprudencia sin representación resulta ser un error evitable de tipo imprudente, es decir, sería como preguntarnos si una silla es una silla, toda vez que, por aplicación del principio lógico de identidad, el ser es lo que es y no otra cosa.

Así entendido, resulta una incongruencia hablar de una causal de atipicidad de la culpa inconsciente por error de tipo invencible por dos razones fundamentales:

1.- En caso de falta de representación vencible de los elementos del tipo objetivo imprudente, se afirma la culpa inconsciente, ello en virtud del deber de previsión subsistente y de la evitabilidad del error fundada en la posibilidad de previsión de tales elementos del tipo objetivo imprudente.

2.- Si el error resulta ser invencible, aun afirmando la exigibilidad del deber de previsión (por ejemplo, el conductor sabe que debe observar las señales), igualmente la invencibilidad del error elimina la *capacidad psíquica de previsión* (en el ejemplo, un tercero eliminó las señales de contramano), es decir, resulta imprevisible el resultado, justamente porque el agente no puede apreciar el peligro provocado. Ello elimina toda

tipicidad, de lo que se concluye, a contrario sensu (evitabilidad del error) que todo caso de culpa sin representación es un supuesto de error de tipo imprudente vencible.

Lo que ocurre es que el conocimiento y la reconocibilidad individual<sup>xi</sup> en la imprudencia inconsciente es actualizable y disponible por el autor, siendo que el déficit de su accionar, y que dicho sea de paso, determina la imprudencia, es que no actualiza esos conocimientos en el momento de la producción del resultado<sup>xli</sup>.

Recordando lo expuesto con anterioridad, vale mencionar la previsión y la previsibilidad, por Maurach-Gossel, siendo que la previsión se refiere a la culpa consciente, mientras que la previsibilidad, esto es, posibilidad de previsión, se relaciona con la imprudencia inconsciente.

La ausencia evitable de previsión permite, justamente en razón de su vencibilidad, la configuración de la imprudencia inconsciente, descartando solo la consciente, ante el consecuente déficit en la cognoscibilidad.

En lo que hace a la configuración de un tipo subjetivo, si bien generalmente la doctrina niega la posibilidad de la existencia del mismo en la imprudencia sin representación, considero que igualmente es posible concebir un tipo subjetivo en la misma, aunque vale reconocer que este se integra totalmente de un juicio eminentemente normativo.

En efecto, siguiendo el criterio del conocimiento actualizable expuesto por Zaffaroni, como así la previsibilidad afirmada por Maurach-Gossel, entiendo que el tipo subjetivo en la imprudencia sin representación se conforma con el *conocimiento actualizable del tipo objetivo*, justamente, basamento del mismo es la posible previsión de tales aspectos típicos.

Ahora bien, esa previsibilidad individual se refiere, necesariamente, a un criterio normativo de determinación, toda vez que se juzga algo que, en rigor de verdad no ocurrió, dado que el sujeto no se representó los elementos del tipo objetivo.

Se contestará que no existe conocimiento efectivo de la situación riesgosa, siendo imposible fundamentar un tipo subjetivo sin conocimiento efectivo, debo decir que ello no es del todo correcto ni cierto.

Piénsese en el caso del dolo eventual, por ej: coloco una bomba en la aeronave de una persona célebre, a fin de asesinar a esa persona específica, sabiendo que necesariamente mataré también a los tripulantes (dolo de consecuencias necesarias con respecto a ellos, dolo directo contra el objetivo), ahora, tengo conocimiento que, y esto es lo relevante, ocasionalmente esta persona suele ir acompañada de su familia, pero desconozco si esa familia viajará al momento de colocar el dispositivo explosivo, la pregunta es: ¿qué conocimiento *actual* del tipo objetivo ostenta el sujeto con respecto al homicidio de los integrantes de la familia?, ningún conocimiento actual, el mismo es simplemente actualizable, sin embargo, nadie osaría negar el dolo en tal supuesto. El mismo razonamiento puede emplearse para construir un tipo subjetivo en la imprudencia sin representación.

En el caso del homicida de la celebridad, el conocimiento de la posibilidad de asesinar también a los integrantes de la familia no es actual, sino actualizable, disponible en su psiquis, lo que justifica la existencia del dolo, lo propio ocurre con la imprudencia inconsciente, donde el sujeto ostenta la disponibilidad del conocimiento de los factores de riesgo desaprobado, solo que no los actualiza, radicando allí la negligencia y el obrar contrario al deber de cuidado exigible a su acción.

El conductor que cruza con el semáforo en rojo, siendo que puede co-pensar que se encuentra conduciendo un vehículo, pues ostenta los conocimientos actualizables de que se encuentra al comando de una máquina que provoca riesgos, por ente, le es previsible que puede ocasionar eventuales perjuicios por el empleo inadecuado del mismo.

Resulta interesante analizar mínimamente la teoría de las normas de Hruschka, en virtud de su utilidad para el juicio normativo, necesario para la configuración del tipo subjetivo en la culpa inconsciente.

*Teoría de las normas de Hruschka: utilidad para la determinación del deber de previsión en el tipo subjetivo.*

Siguiendo a Donna, hemos de concordar con el ilustre jurista que la teoría desarrollada por Hruschka para fundamentar el delito imprudente<sup>xlii</sup> es más que útil, personalmente, más aun para la culpa sin representación.

Así, se parte de la diferenciación entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos, en los cuales encuadramos los deberes generales (en los primeros) mientras que en los segundos las obligaciones.

Esto tiene íntima relación con la concepción de la norma como tal, en forma análoga a como lo había sostenido oportunamente Binding en su “*Die normen*”, siendo que la prohibición de atentar contra la norma (por ejemplo, no matarás), se aplica tanto a los delitos dolosos como imprudentes, ello en razón de que, en rigor de verdad, la conducta es común a ambas formas típicas, solo diferenciándose la configuración delictiva, justamente, por la distinta tipicidad.

Hruschka ubica, como dijimos, los deberes fundamentales, que en definitiva implican las prohibiciones y mandatos, en el imperativo categórico, siendo que de los mismos derivan los hipotéticos, fundados estos en el imperativo principal, del cual surgen las obligaciones.

Ejemplifica con el caso del bañero o guardavidas, que ostenta como mandato principal “salvar vidas” (imperativo categórico-deber), impidiendo que un bañista se ahogue, más también tiene la obligación de estar atento a los peligros a que puedan estar expuestos los restantes bañistas (imperativo hipotético-obligación).

Como se aprecia, las obligaciones se basan necesariamente en el deber, el cual también resulta ser fundante o legitimante de las mismas, siendo que dicha relación fundante se basa en lo que el autor citado define como juicios sintéticos, caracterizados

como aquellos en los cuales del propio sujeto no puede obtenerse el predicado, esto es, no pueden extraerse sus consecuencias a partir de la aplicación de las reglas de la lógica (por ej: “la mesa es verde”, de la frase no surge por sí solo si verdaderamente ese es el color del objeto), así entendidos, son opuestos a los analíticos<sup>xliii</sup>, de los cuales si se deriva del propio enunciado sus consecuencias (por ej: “los árboles pertenecen al reino vegetal”). Son asertivas las observaciones de Donna, cuando señala que los juicios sintéticos precisan para su confirmación la prueba empírica<sup>xliv</sup> (la experimentación), más señala Hruschka que ello no resulta menester para fundar las obligaciones sobre la base de los deberes (prohibiciones y mandatos).

De tal forma, procedamos a sintetizar como se relacionan deberes y obligaciones: de los primeros surge la prohibición general de realizar una conducta, que como tal es de carácter normativo (por ej: no matarás), allí surge el imperativo categórico; ahora, del deber resultante (deber de no matar) surgen determinadas obligaciones relacionadas con su efectivo cumplimiento, a saber: 1) la prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato (por ej: el guardavidas concurre ebrio a prestar servicios, claramente se incapacita para el cumplimiento del deber de salvar vidas, incumpliendo la obligación relacionada al deber), 2) el mandato de conservar, en caso de peligro, la posibilidad de cumplir el mandato (por ej: el automovilista que conduciendo, es decir, generando potencialmente riesgos, atiende su teléfono celular, perdiendo la atención en el tránsito, no siendo posible que cumpla de tal forma el deber), 3) el mandato de mantener la posibilidad de cumplir con el deber, mientras subsista esa chance (por ej: si un conductor comienza a sufrir una fuerte indisposición, que le impide por el dolor mantener la diligencia en el tráfico, le resulta imposible cumplir el mandato por cuestiones físicas, de lo que se deduce que debería detenerse).

Como se aprecia, la teoría de las normas de Hruschka reviste especial interés para la imprudencia inconsciente, toda vez que a partir de la tesis de los deberes y de las obligaciones consecuentes resulta factible construir un juicio de carácter normativo, por el cual el agente que emprende una acción final provocadora de riesgos esta compelido a cumplir con el deber de evitar lesiones a los bienes jurídicos, siendo que existen



obligaciones que giran alrededor del eje del concepto de deber jurídico, y que tienden al cumplimiento del mismo, a contrario sensu, evitar el incumplimiento de la norma prohibitiva, y así no lesionar el bien jurídico receptado por ella.

Justamente, como en la culpa sin representación existe un deber de previsión de los aspectos del tipo objetivo (enunciado bajo el término “previsibilidad” por Maurach-Gossel), el incumplimiento de este deber, de esta “obligación” en palabras de Hruschka, hace imputable el hecho al agente aun en el plano subjetivo, toda vez que ostenta la posibilidad de actualizar esos conocimientos, no haciéndolo en forma imprudente, violando el deber de cuidado que le era exigible.

### *Conclusiones.*

Luego de analizar detenidamente los problemas dogmáticos expuestos, arribo a la conclusión de que, efectivamente, existe un tipo subjetivo imprudente, tanto en la culpa consciente como en la inconsciente.

En la primera estará conformado el tipo subjetivo por la *percepción y conocimiento* de las circunstancias del tipo objetivo (resultado, causalidad, deber de cuidado aplicable, etc), pero especialmente del peligro jurídicamente desaprobado provocado con el accionar (toda vez que peligro y deber de cuidado están relacionados porque este último tiende a evitar al primero), lo que genera una concepción similar al “síndrome del riesgo” acuñado por Struensee, más en el juicio de tipicidad se deberán considerar los conocimientos especiales del autor, es decir, el autor individual, y no un sujeto ficticio, irreal, de lo que se deduce que la apreciación del deber de cuidado debe hacerse conforme lo hubiera hecho el autor propiamente dicho, ya que a él se le achacará el injusto personal, y no a ningún “hombre medio”, solo existente en la imaginación del intérprete.

En la culpa inconsciente, el tipo subjetivo se compone únicamente de un juicio normativo, por el cual el autor individual tenía el *deber de prever* la posible concreción

del tipo objetivo, *encontrándose capacitado física y psíquicamente para representarse el resultado*, ello desde que resultó alcanzado por la norma que le prohibía afectar al bien jurídico, siendo que, subjetivamente, *los conocimientos relacionados al tipo objetivo eran actualizables y disponibles*, por lo que, tendiendo la posibilidad de emplearlos, no lo hizo, violando el mandato de previsión y diligencia (deberes-obligaciones).

Conforme este esquema del tipo subjetivo, el error de tipo imprudente es perfectamente posible, dado que en la culpa consciente, la ignorancia vencible de cualquiera de los elementos objetivos típicos implica, por concepto, la configuración de la culpa inconsciente, justamente porque el autor *no se representa los elementos objetivos*, más siendo posible que así lo hiciera, ante la *evitabilidad del error*, y subsistiendo la *previsibilidad* del resultado, cabe reconducir el supuesto a la imprudencia inconsciente.

Obviamente, si la ignorancia de los elementos típicamente objetivos era inevitable, la mera existencia del deber de previsión no justifica la tipicidad (ello implicaría una responsabilidad objetiva, por la sola lesión al deber), desde que resulta imposible la previsión del resultado, por ende, ni siquiera puede sostenerse la culpa inconsciente, dado que el caso fortuito aparece en escena allí cuando es psíquicamente imposible representarse el tipo objetivo.

No es correcto desde el punto de vista metodológico referirse a la posibilidad de un error de tipo como filtro de la tipicidad en la imprudencia inconsciente, ya que ella en sí misma es un caso de error de tipo imprudente vencible, toda vez que la falta de representación del resultado se basa en una ignorancia evitable del riesgo típicamente relevante, dado que el agente no prestó la atención suficiente para apreciar el síndrome del riesgo por él generado.

Como la falta de representación de los elementos del tipo objetivo siempre se refiere al conocimiento actual, no es correcto hablar de un error en la culpa inconsciente, donde ese conocimiento actual resulta inexistente, por lo que siendo esta

punible, es claro que la culpa inconsciente en sí misma es un error de tipo evitable, justamente porque el autor no conoce pudiendo haber conocido, conforme a la previsibilidad del tipo objetivo.

### *Bibliografía.*

“Derecho Penal: Parte General”, tomo II, de Edgardo Donna, editorial Rubinzal Culzoni, 1ra edición, 2008.

“Derecho Penal: Parte General”, tomo V, de Edgardo Donna, editorial Rubinzal Culzoni, 1ra edición, 2009.

“Derecho Penal: Parte General”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 2da edición, 2002.

“Derecho Penal: Parte General”, tomo I, de Claus Roxin, ed. Civitas, traducción de la 2da edición alemana, 1997.

“Estructura básica del derecho penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1ra edición, 2009.

“El tipo subjetivo en el delito imprudente”, de Roxana Piña, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

### *Notas.*

---

<sup>i</sup> No es menos importante la definición de teorema adoptado por la Real Academia Española, cuando define al mismo como: “Proposición demostrable lógicamente partiendo de axiomas o de otros teoremas ya demostrados, mediante reglas de inferencia aceptadas”, lo cual servirá para demostrar que, lógicamente, la afirmación de la inexistencia de un tipo subjetivo implica una seria incoherencia teórica.

<sup>ii</sup> Siguiendo en ello la concepción de Zaffaroni, cuando entiende que la tipicidad es uno de los *adjetivos* del *sustantivo* acción, ver al respecto la obra “Estructura básica del derecho penal”, editorial Ediar, 1ra edición, 2009, pág. 62: “la conducta (como sustantivo) es el género y los restantes caracteres del concepto estratificado son los adjetivos... los

---

adjetivos no caracterizan a la conducta, sino al delito; se limitan a adjetivar la conducta para averiguar si es un delito”.

<sup>iii</sup> Bien se define lo *óntico*, como adjetivo, conforme la Real Academia Española, como “En el pensamiento de Heidegger, filósofo alemán del siglo XX, referente a los entes, a diferencia de *ontológico*, que se refiere al ser de los entes”, es decir, la conducta es lo óntico, lo que pertenece al mundo real, mientras que la teoría del delito es la construcción y análisis ontológico de la misma, es decir, desde el deber ser.

<sup>iv</sup> Donna, Edgardo, “Derecho Penal: Parte General”, tomo II, pág. 112.

<sup>v</sup> Donna, obra citada, pág. 111: “La exigencia de que el movimiento corporal debe ser voluntario... no se refieren a una auténtica voluntad, sino a la mera “voluntad fisiológica” del movimiento, lo que simplemente significa que el impulso haya sido consciente”.

<sup>vi</sup> Donna, obra citada, pág. 114 y siguientes.

<sup>vii</sup> Vale la pena recordar las palabras de Núñez, mencionadas por Donna en el tomo II, pág. 117 de la obra ya citada, cuando el primero refería que “la acción no puede ser mirada como un puro proceso causal... sin ninguna consideración al *contenido* de esta voluntad... la idea de la acción involucra en este sentido la de finalidad, porque no es un proceso causal ciego, sino inteligente... la responsabilidad penal sólo puede encontrar su base fundamental en una acción así concebida. Sin embargo, un concepto de la acción bajo el punto de vista puramente mecanista, que la mira como un proceso puramente causal y que la define como un efecto en el mundo exterior producido por la voluntad, vale y satisface las necesidades y exigencias de la teoría jurídico penal de la acción... su explicación jurídico penal... puede... por razones puramente sistemáticas, dividir lógicamente su consideración para facilitar su comprensión y exposición”.

<sup>viii</sup> Donna, ob. Cit. Pág. 116.

<sup>ix</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal: Parte General”, Ediar, segunda edición, 2002, pág. 403: “Partiendo de su teoría del conocimiento, en la que el valor crea - o por lo menos altera- el objeto valorado, el neokantismo permitió la construcción de un concepto de acción que no difería sustancialmente del que había enunciado von Liszt en el marco positivista. Desde una posición idealista como la del neokantismo es bastante cómodo intentar una teoría de la acción que no respete las características ónticas de la acción humana, pero que se elabore a la medida de las necesidades del derecho penal. La teoría del conocimiento neokantiana permite construir una acción a la medida del derecho penal, aunque no tenga nada que ver con la realidad ni con el mundo. Por esta vía, el neokantismo siguió manteniendo las imágenes y representaciones que mueven a la voluntad separadas de su contenido y, por ende, construyó una *voluntad sin finalidad*, de modo más confortable -desde el punto de vista metodológico- que el propio Liszt, pues no debía justificar nada en el plano de lo *natural* ni presentarlo como tal”.

<sup>x</sup> Tal como señala Zaffaroni en su tratado, pág. 404: “La *teoría finalista de la acción*, como concepción opuesta al *causalismo*, fue enunciada por Welzel en 1938 y, a partir de entonces, desarrollada en las sucesivas ediciones de su obra general. Su idea rectora fue la construcción de un concepto de acción que respetase los datos de la realidad, o sea, un concepto *óntico-ontológico* de la acción, lo que implicaba el frontal rechazo del concepto jurídico-penal que no tomaba en cuenta los contenidos de la representación que regía la conducta conforme a un sentido, y que, por ende, destruía conceptualmente su esencia de ejercicio de actividad final.”... “El fundamento último del finalismo es que el valor (o el conocimiento) no altera el objeto desvalorado, es decir, el punto de vista contrario al idealismo que, en su grado extremo, llega a afirmar que el *acto de conocimiento es un acto de creación*. La distinción entre

---

valoración del objeto y objeto de la valoración es fundamental e inevitable, no sólo en la tipicidad sino en todos los estratos del delito, porque la valoración siempre es un predicado” (obra citada, pág. 406).

<sup>xi</sup> Tal como señala Roxana Piña en su publicación “El tipo subjetivo en el delito imprudente”, realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>xii</sup> Donna, Parte General, tomo V, pág. 268.

<sup>xiii</sup> Roxana Piña, en la obra antes citada, pág. 22, describe al desvalor de hecho de la siguiente forma: “este hecho buscado consiste en una determinada constelación de circunstancias objetivas que resultan negativamente valoradas porque el ordenamiento jurídico conecta a ellas la prognosis de una posible lesión del bien jurídico (causación del resultado típico), prohibiendo, por tanto, la producción final de tal constelación”.

<sup>xiv</sup> Piña, obra citada, pág. 21.

<sup>xv</sup> Donna, Parte General, tomo V, pág. 268.

<sup>xvi</sup> Bien señala Zaffaroni en su obra ya citada, pág. 137, que “No sería razonable discutir la punición de la venta de alcohol a los menores y a los ebrios, pero sería irracional pretender resolver la problemática del alcoholismo mediante una *ley seca*, o prevenir la arteriosclerosis prohibiendo la venta de aceites, las riñas mediante la prohibición de distintivos y banderas, etc. Prácticamente no hay conducta que no pueda criminalizarse con pretexto de prevenir algún riesgo en una sociedad de riesgos y, por ende, no habría actividad que no fuese susceptible de ser criminalizada. Cuando la inidoneidad del modelo punitivo es burda, como sucede en los ejemplos señalados, en el de extendidos problemas sociales, en el de conductas que están ampliamente generalizadas, etc., las agencias judiciales no pueden permanecer indiferentes y renunciar a su función de control de la responsabilidad de las agencias políticas. La grosera inidoneidad del modelo punitivo es causal de inconstitucionalidad de la ley penal.”.

<sup>xvii</sup> Maurach-Gossel-Zipf, “Derecho Penal”, tomo II, punto 43, V, número 112, según cita Donna en su tratado, tomo V, pág. 276.

<sup>xviii</sup> Maurach-Gossel-Zipf, obra citada, punto 43, número 123, según cita Donna, tomo V, pág. 277.

<sup>xix</sup> Maurach-Gossel-Zipf, obra citada, punto 43, número 126.

<sup>xx</sup> Donna, obra citada, tomo V, pág. 279 y siguientes.

<sup>xxi</sup> Donna, obra citada, tomo V, pág. 52, cuando concluye al respecto que: “no puede entenderse, y de esto no hay duda, una culpabilidad sin conciencia del injusto, y este extremo en la imprudencia inconsciente no se dá. Un derecho penal basado en la culpabilidad debe admitir este resultado, salvo que se quiera volver a viejos tiempos de la mera responsabilidad objetiva”.

<sup>xxii</sup> Corcoy Bidasolo, “El delito imprudente, criterios de imputación del resultado”, PPU, Barcelona, 1989, pág. 225 y siguientes, según cita de Donna, “Parte General”, tomo V, pág. 281.

<sup>xxiii</sup> Corcoy Bidasolo, obra en cita, pág. 233.

<sup>xxiv</sup> Roxin, “Derecho Penal: Parte General”, pág. 1021 y 1022.

<sup>xxv</sup> Roxin, obra citada, pág. 1021.

<sup>xxvi</sup> Zaffaroni, Alagia y Slokar, obra citada, pág. 553: “Para determinar la temeridad de la culpa inconsciente, el observador debe tener en cuenta los conocimientos objetivables que por entrenamiento o información tiene el agente, pues de lo contrario no puede observar exteriormente la apariencia de un plan criminal. Esto responde a la regla de

---

que el observador no puede imputar a la acción del agente un aumento prohibido del peligro, cuando éste no disponga de los conocimientos que, debidamente actualizados, le permitirían imaginar la probabilidad del resultado.”

<sup>xxvii</sup> Zaffaroni, obra citada, pág. 553: “sucede es que en la *culpa consciente y temeraria*, es decir donde hay dominabilidad, y donde para el observador tercero puede existir un plan, el tipo subjetivo es indispensable, como elemento reductor que permita distinguir esta forma de culpa del dolo eventual”.

<sup>xxviii</sup> Zaffaroni, obra en cita, pág. 553: “No tiene sentido construir un concepto de tipo subjetivo en la culpa inconsciente porque no sería útil, ya que por la propia estructura del tipo culposo nunca se daría el caso de una tipicidad objetiva sin tipicidad subjetiva (error de tipo), toda vez que tales supuestos son excluyentes de la tipicidad conglobante (objetiva), (c) No obstante, tampoco en la culpa consciente es posible considerar un error de tipo, porque también en ella todos los casos de esta naturaleza se resuelven en la tipicidad conglobante.”.

<sup>xxix</sup> Zaffaroni, “Estructura básica del derecho penal”, pág. 96: “en los cursos causales humana y técnicamente dominables, es necesario determinar si el autor tiene los conocimientos o el entrenamiento necesarios para dominarlos: en caso de carecer de tales condiciones, tampoco existe la posibilidad objetiva de dominio y, por tanto, el hecho nunca podrá serle atribuido como propio...”.

<sup>xxx</sup> Zaffaroni, “Parte General” ya citada, pág. 554.

<sup>xxxi</sup> Zaffaroni, obra citada, pág. 552.

<sup>xxxii</sup> Roxin, obra citada, pág. 999 y siguientes.

<sup>xxxiii</sup> Donna, “Parte General”, tomo V, pág. 222.

<sup>xxxiv</sup> Donna, obra citada, pág. 223.

<sup>xxxv</sup> Donna, obra citada, pág. 224.

<sup>xxxvi</sup> Donna, obra citada, pág. 224.

<sup>xxxvii</sup> Zaffaroni, “Estructura básica del derecho penal”, pág. 164/5.

<sup>xxxviii</sup> Es por demás ilustrativa la obra de Roxana Piña ya citada, punto IV.

<sup>xxxix</sup> Zaffaroni, “Parte General”, pág. 476 y siguientes: “Con la apelación al rol concebido como deber jurídico, Jakobs elimina el problema de los conocimientos especiales o individuales, que reemplaza por un promedio o standard que, en definitiva, elimina la importancia del dolo del autor, que resulta irrelevante cuando no violó o defraudó las expectativas correspondientes a su rol... El *rol banal* considerado en abstracto, al que apela Jakobs para limitar la imputación objetiva, no tiene idoneidad para ello cuando, en la situación concreta, el agente se ha valido del mismo para dominar la causalidad hacia el resultado y, por lo tanto, para asumir el rol de autor (o coautor) de un delito... Pero lo que sustancialmente pasa por alto esta tesis es que *cuando el agente asume el dominio del hecho de un injusto penal, cambia su rol*. Los roles de buen camarero, de buen capataz, de buen vecino o de buen policía saltan en pedazos cuando, por efecto de asumir el dominio del hecho, el agente asume el rol de homicida o de terrorista. El error fundamental de esta teoría es que no llega a reconocer que en esos casos los *roles banales* no son más que *disfraces que ocultan los roles reales de homicida o terrorista*”.

<sup>xl</sup> Parafraseando en ello a Maurach-Gossel.

<sup>xli</sup> Zaffaroni, Parte General, pág. 553/4: “La distinción entre culpa consciente e inconsciente radica en que en la primera, el agente tiene un *conocimiento actualizado* del aumento del peligro, en tanto que en la culpa inconsciente tiene un *conocimiento actualizable* de éste”.

<sup>xlii</sup> Donna, obra citada, tomo V, pág. 32 y siguientes.

*As idéias e opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, as opiniões do Conselho Editorial.*

ISSN: 2238-1678

---

<sup>xliii</sup> Donna, obra citada, pág. 33 y 34.

<sup>xliv</sup> Donna, obra citada, pág. 34.