



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

SEDE CENTRO

TRABAJO FINAL

**ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO Y DERECHO PENAL DE ACTOS: UN
ANALISIS CRITICO DE SU ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL**

ALUMNO: PONCE, ANA BELEN

TELEFONO: 11 3804-1659 / MAIL: PONCEBEL20@GMAIL.COM

TUTOR: GUIDO MIELE SOLE

TITULO A OBTENER: ABOGADA

CARRERA: ABOGACIA

MARZO 2026

DEDICATORIA

A mis padres, por ser mi fuente de inspiración y el faro que ilumina mi camino.

A mi hermana, por ser mi compañera de vida.

A mis abuelos, por enseñarme el valor de la perseverancia y el amor incondicional.

A mi padrino, por los mensajes deseándome suerte y felicitándome en cada examen.

*A mis amigos, por formar parte de la familia que elegí, por abrirme las puertas de sus
casa y estar siempre presentes.*

A mi tutor de tesis, Guido Miele Sole, por su guía y apoyo en este proceso.

A quienes decidieron quedarse y seguir a mi lado cuando las cosas se tornaban difíciles.

Muchas gracias.

RESUMEN

La presente investigación analiza críticamente la incorporación de elementos subjetivos distintos del dolo en la estructura de diversos tipos penales del derecho argentino y su compatibilidad con los principios constitucionales que limitan el poder punitivo del Estado. Tradicionalmente, la dogmática penal ha admitido que, además del dolo, ciertos delitos exigen la presencia de finalidades, motivos o tendencias internas específicas, como el ánimo de lucro, la finalidad de obtener rescate o determinados móviles, para completar la tipicidad subjetiva. Sin embargo, la exigencia de estas condiciones plantea interrogantes relevantes desde una perspectiva constitucional.

A través de un análisis dogmático, constitucional y jurisprudencial, la investigación estudia el origen teórico de los elementos subjetivos distintos del dolo, su tratamiento en la doctrina penal contemporánea y su aplicación en diversos tipos penales del Código Penal argentino. Asimismo, se exploran los problemas probatorios asociados a la acreditación de intenciones internas y las dificultades que estos conceptos generan en términos de taxatividad y determinación normativa.

Palabras clave: derecho penal constitucional, elementos subjetivos distintos del dolo, tipicidad subjetiva, principio de legalidad, principio de culpabilidad, presunción de inocencia, derecho penal de acto.

ÍNDICE

Dedicatoria

Resumen

Capítulo 1. Introducción.

1.1 Presentación del problema jurídico. Objetivos generales y específicos

1.2 Relevancia y justificación jurídica. Materia constitucional y penal

1.3 Delimitación del objeto de estudio

Capítulo 2. Marco conceptual.

2.1 Conceptualización de delito. Teorías y evolución histórica

2.1.1 Teoría del causalismo naturalista. Escuela kantiana

2.1.2 Teoría del causalismo valorativo. Escuela normativista

2.1.3 Teoría del finalismo

2.1.4 Teoría del funcionalismo

2.1.5 Conclusión

2.2 Conceptualización de tipo penal. Aspectos y elementos

2.2.1 Tipo penal conforme al aspecto objetivo. Elementos

2.2.2 Tipo penal conforme al aspecto subjetivo. Elementos

2.2.3 Conclusión

2.3 Conceptualización de dolo. Teorías (directo, eventual y representación)

2.3.1 Elemento cognitivo del dolo

2.3.2 Elemento volitivo del dolo. Modalidades

2.4 Conceptualización de elementos subjetivos distintos del dolo

2.4.1 El animus del autor

2.4.2 El motivo

2.4.3 La tendencia

2.4.4 Fines especiales de la acción

2.4.5 Consideraciones finales sobre los elementos subjetivos distintos del dolo

Capítulo 3. Principios constitucionales involucrados.

3.1 Principio de legalidad penal

3.2 Principio de culpabilidad

3.3 Principio de reserva

3.4 Principio de privacidad

3.5 Principio in dubio pro reo

- 3.6 Principio de presunción de la inocencia
- 3.7 Derecho de defensa
- 3.8 Principio del acto. Derecho Penal de autor
- 3.9 Conclusión

Capítulo 4. Revisión crítica de los elementos subjetivos distintos del dolo en el marco de la Constitución Nacional.

- 4.1 Discusión doctrinaria. Roxin, Jakobs y Zaffaroni sobre los elementos subjetivos distintos del dolo
- 4.2 ¿Puede el Estado penetrar en la esfera interna del sujeto?
 - 4.2.1 El límite constitucional. La exterioridad del acto
 - 4.2.2 El principio de acto y la prohibición del derecho penal de autor
- 4.3 Problemas probatorios. ¿Cómo se prueba la intención?
 - 4.3.1 La imposibilidad ontológica
 - 4.3.2 Presunción de la inocencia y carga probatoria
- 4.4 Principio de legalidad. ¿Los elementos subjetivos respetan la lex stricta y lex certa o son conceptos elásticos?
 - 4.4.1 El mandato de taxatividad y el problema de la indeterminación normativa
 - 4.4.2 Los elementos subjetivos y la expansión interpretativa del tipo penal
- 4.5 Principio de culpabilidad. ¿El dolo no es suficiente para completar el tipo penal complejo?
 - 4.5.1 El dolo como núcleo del aspecto subjetivo
- 4.6 Análisis de tipos penales concretos del Código Penal que contienen elementos subjetivos distintos del dolo
 - 4.6.1 Hurto y estafa. El problema del ánimo de lucro
 - 4.6.2 Secuestro extorsivo y la finalidad de obtener rescate
 - 4.6.3 Asociación ilícita. Finalidad delictiva y adelantamiento de la punibilidad
 - 4.6.4 Homicidio agravado por móviles y modalidades subjetivas. Codicia, odio, alevosía y ensañamiento
- 4.7 Conclusión

Capítulo 5. Derecho comparado. El uso de los elementos subjetivos distintos del dolo en España, Perú y Estados Unidos.

- 5.1. Introducción. La dimensión subjetiva en la construcción del injusto penal
- 5.2. Modelos de graduación del Mens Rea: La jerarquía en el Derecho Anglosajón

- 5.2.1. La propuesta del Model Penal Code en Estados Unidos
- 5.2.2. La recepción en el Reino Unido
- 5.3. Elementos subjetivos específicos en el derecho continental (Perú y España)
 - 5.3.1. Intensificación cognitiva. El actuar “a sabiendas”
 - 5.3.2. Delitos de intención: Propósitos y tendencias internas
- 5.4 La expansión del Derecho Penal a través de los motivos. Delitos de odio y discriminación
 - 5.4.1. Estructura lógica de los delitos basados en motivos
- 5.5. Conclusión

Capítulo 6. Conclusiones. Análisis crítico sobre la admisibilidad de los elementos subjetivos distintos del dolo en un modelo constitucional de Derecho Penal de actos.

- 6.1. Introducción: La tensión irresuelta entre el poder punitivo y las garantías constitucionales
- 6.2. La insuficiencia de la dogmática tradicional y la crisis del principio de reserva
 - 6.2.1. El dolo como frontera infranqueable de la intervención punitiva
 - 6.2.2. La crítica a la “intención” como objeto de punición
- 6.3. El colapso de la seguridad jurídica. La imposibilidad probatoria y la arbitrariedad
 - 6.3.1. El fracaso de la concepción psicológica
 - 6.3.2. La ficción de la concepción normativa
- 6.4. Derecho comparado. Alertas sobre la expansión punitiva
- 6.5. El Derecho Penal de autor. El retorno de la inquisición y la violación de la igualdad
 - 6.5.1. Castigar por “Ser” y no por “Hacer”
 - 6.5.2. La violación del principio de igualdad
- 6.6. Síntesis y propuesta dogmática. Hacia un funcionalismo reductor de la subjetividad
 - 6.6.1. La eliminación de los elementos de tendencia y ánimo
 - 6.6.2. La recuperación del principio de lesividad
- 6.7 Conclusion final

Bibliografía

Legislación

Jurisprudencia

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1 Presentación del problema jurídico. Objetivos generales y específicos

El Derecho Penal contemporáneo se estructura sobre una serie de principios constitucionales destinados a limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado. Entre ellos, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de reserva, la presunción de inocencia y el principio de acto, constituyen pilares fundamentales del modelo de Derecho Penal propio de un Estado constitucional de derecho.

En este marco, la teoría del delito ha desarrollado una compleja arquitectura conceptual destinada a determinar cuándo una conducta humana puede ser legítimamente considerada delito. Dentro de esta estructura, el tipo penal representa la descripción normativa de una conducta prohibida, compuesta por elementos objetivos y subjetivos. Tradicionalmente, el núcleo del aspecto subjetivo ha sido identificado con el dolo, entendido como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal.

Sin embargo, numerosos tipos penales incorporan, además del dolo, elementos subjetivos adicionales que exigen la presencia de determinadas finalidades, motivos o tendencias internas del autor. Así ocurre, por ejemplo, con el ánimo de lucro en el hurto o la estafa, la finalidad de obtener rescate en el secuestro extorsivo, o ciertos móviles específicos en delitos agravados. Estas exigencias normativas han sido conceptualizadas por la doctrina como elementos subjetivos distintos del dolo.

La incorporación de estas categorías plantea un problema jurídico central: ¿resulta constitucionalmente legítimo que el derecho penal funde o agrave la responsabilidad penal a partir de estados internos del sujeto que exceden el dolo? Dicho interrogante remite a cuestiones profundas relativas a los límites del poder punitivo y al alcance del principio de exterioridad de la conducta en el Derecho Penal.

El problema adquiere especial relevancia si se considera que los elementos subjetivos distintos del dolo suelen estar formulados mediante conceptos abiertos o indeterminados, lo que genera dificultades tanto en términos de interpretación normativa como de prueba judicial. En este sentido, la determinación de la existencia de un motivo, una finalidad o una tendencia interna puede implicar una penetración del Estado en la esfera psíquica del individuo que tensiona los principios constitucionales que estructuran el Derecho Penal liberal.

A partir de estas consideraciones, la presente investigación se propone examinar críticamente el lugar que ocupan los elementos subjetivos distintos del dolo dentro del

sistema penal argentino y evaluar su compatibilidad con los principios constitucionales que rigen la materia.

1.1.1 Objetivo general

Analizar la compatibilidad constitucional de los elementos subjetivos distintos del dolo presentes en diversos tipos penales del ordenamiento jurídico argentino, a la luz de los principios fundamentales que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado.

1.1.2 Objetivos específicos

A- Examinar el desarrollo dogmático de los elementos subjetivos distintos del dolo en la teoría del delito.

B- Analizar su estructura conceptual y su diferenciación respecto del dolo como núcleo del tipo subjetivo.

C- Evaluar la relación entre estas categorías y los principios constitucionales del Derecho Penal.

D- Identificar los problemas probatorios que plantea la acreditación de estados internos del autor.

E- Analizar diversos tipos penales del Código Penal argentino que incorporan elementos subjetivos distintos del dolo.

F- Comparar el tratamiento de estas categorías en otros sistemas jurídicos.

G- Determinar si la utilización de estos elementos resulta compatible con el modelo de Derecho Penal propio de un Estado constitucional de derecho.

1.2 Relevancia y justificación jurídica. Materia constitucional y penal

El estudio de los elementos subjetivos distintos del dolo reviste una importancia significativa tanto desde la perspectiva de la dogmática penal como desde el Derecho Constitucional. En efecto, estas categorías constituyen un punto de intersección entre la estructura técnica del delito y los principios que limitan el ejercicio del poder punitivo en un Estado de derecho.

Desde el punto de vista dogmático, la incorporación de finalidades, motivos o tendencias internas dentro del tipo penal responde a la necesidad de delimitar con mayor precisión determinadas conductas consideradas socialmente lesivas. Sin embargo, esta técnica legislativa también ha generado críticas en la doctrina penal, particularmente en

relación con la ampliación del ámbito de lo punible y la dificultad de distinguir entre el análisis de la conducta y la valoración de la personalidad del autor.

En el plano constitucional, la problemática adquiere una dimensión aún más relevante. El Derecho Penal moderno se funda sobre la idea de que el Estado solo puede castigar conductas externas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, y no meros pensamientos, motivaciones o disposiciones internas del individuo. Esta concepción se vincula estrechamente con el principio de reserva, que protege la esfera privada de las personas frente a la intervención estatal, así como con el principio de acto, que excluye toda forma de derecho penal basado en las características personales o morales del autor.

La exigencia de determinados estados internos como condición para la configuración de un delito plantea entonces una tensión evidente: por un lado, el legislador pretende individualizar con mayor precisión ciertas formas de criminalidad; por otro, corre el riesgo de trasladar el foco de la responsabilidad penal desde la conducta hacia la interioridad del sujeto.

A ello se suma un problema adicional vinculado con la prueba en el proceso penal. Dado que los estados internos no son directamente observables, su acreditación suele basarse en inferencias o presunciones derivadas de circunstancias externas. Esta situación puede generar conflictos con la presunción de inocencia y con las reglas que rigen la carga de la prueba en el proceso penal.

En consecuencia, el análisis de los elementos subjetivos distintos del dolo no constituye únicamente un problema técnico de teoría del delito, sino también una cuestión central para la protección de las garantías constitucionales en materia penal.

1.3 Delimitación del objeto de estudio

El objeto de la presente investigación se centra en el análisis de los elementos subjetivos distintos del dolo dentro de la estructura de los tipos penales y su compatibilidad con los principios constitucionales que rigen el derecho penal argentino.

En primer lugar, el estudio se circunscribe al ámbito del Derecho Penal sustantivo, particularmente al análisis de la estructura del tipo penal en su dimensión subjetiva. En este sentido, se examinarán aquellas disposiciones del Código Penal que, además del dolo, exigen la presencia de determinadas finalidades, motivos o tendencias internas para la configuración del delito.

En segundo lugar, el trabajo adopta una perspectiva constitucional, orientada a evaluar si estas exigencias normativas resultan compatibles con los principios que limitan el ejercicio del poder punitivo del Estado. En particular, se analizará la relación entre los elementos subjetivos distintos del dolo y los principios de legalidad, culpabilidad, reserva, presunción de inocencia y acto.

El análisis se concentrará principalmente en el ordenamiento jurídico argentino, aunque se incorporarán referencias de derecho comparado con el objeto de contextualizar el problema dentro de un marco más amplio y examinar cómo otros sistemas jurídicos han abordado la cuestión.

Asimismo, el trabajo incluirá el estudio de tipos penales concretos que contienen este tipo de elementos subjetivos, tales como el hurto, la estafa, el secuestro extorsivo, la asociación ilícita y determinadas formas agravadas de homicidio. A través de estos ejemplos se buscará ilustrar los problemas dogmáticos, constitucionales y probatorios que plantea la utilización de estas categorías.

El propósito central es determinar si la utilización de elementos subjetivos distintos del dolo resulta compatible con el modelo de Derecho Penal de acto propio de un Estado constitucional de derecho.

CAPÍTULO 2. MARCO CONCEPTUAL

2.1 Conceptualización de delito. Teorías y evolución histórica

El Derecho Penal actual dista mucho de los ordenamientos legales originales: derecho penal romano, derecho penal canónico y derecho penal germanico, gracias a autores como César Bonesana, Marqués de Beccaria, quien propuso una visión renovadora publicando en 1764 y de forma anónima en Milán “*Dei delitti e delle pene*”, dando origen al llamado periodo humanitario. El autor se propuso humanizar el Derecho Penal, tanto en lo relativo al procedimiento judicial, como en lo relativo a la pena, la cual, para no ser arbitraria, debe ser prontamente impuesta, tener publicidad, guardar proporción con el delito, ser la más benigna si existen opciones y debía hallarse predeterminada por la ley.¹

A finales del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, las ideas de Beccaria empiezan a ser analizadas con mayor rigor científico por juristas y penalistas, que desarrollan diversas tendencias filosóficas completamente opuestas. Por un lado, se encuentran dominando la primera mitad del Siglo XIX pensadores como Carrara, de origen italiano, Rossi, de origen francés y, Feuerbach, de origen alemán, quienes, si bien no fundan una escuela, como veremos en otros casos, escriben y desarrollan sus ideas influenciados por la filosofía de Kant, demostrando su preocupación por el fundamento de la pena, la responsabilidad penal y el concepto de delito.

Esta tendencia se encuentra desarrollada en la obra de Carrara, donde parte de la existencia indiscutible del libre albedrío y sostiene que sin el mismo no se puede construir el Derecho Penal ya que ese concepto es la base de la imputabilidad moral y de la responsabilidad penal. En su obra, Carrara considera al delito como un ente jurídico que consiste en una infracción a la ley penal donde la pena es una retribución de la culpa por el hecho contrario a derecho cometido y, a su vez, una forma de tutelar el orden jurídico.² Ese carácter retributivo de la pena, fue introducido por Kant, sosteniendo que la pena era un imperativo categórico que debe cumplirse, incluso en el caso extremo de disolución de la sociedad.³

Por otro lado, y años antes de la publicación de Carrara, había surgido una tendencia opuesta a la de Kant dirigida por el filósofo francés Augusto Comte. Se trataba de una filosofía positivista que influyó en la ciencia penal italiana entre las décadas de 1860 y 1880, cuando entran en escena autores como Lombroso con “*El hombre delincuente*”, Ferri con “*La*

¹ Beccaria, C. (2014) Tratado de los delitos y de las penas. Ministerio de Justicia de España.

² Carrara, F. (2000) Programa del Curso de Derecho Criminal. Editorial Jurídica Continental.

³ Cordini, Nicolás Santiago. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?. Revista de derecho (Valparaíso), (43), 671-701. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200019>

negación del libre albedrío y una nueva teoría sobre la responsabilidad penal” y Garófalo con “Criminología”. Estos autores, a diferencia del movimiento de Carrara, si fundan una escuela, llamada Escuela Positiva y denominan al movimiento de Carrara como Escuela Clásica.

Frente a los postulados precedentes, propusieron otros totalmente opuestos: la responsabilidad penal no se funda en el libre albedrío, sino que el hombre debe responder por el simple hecho de vivir en sociedad; el delito no es un ente jurídico, sino un hecho humano y social, producto de factores individuales y sociales; y la pena no es retribución del hecho cometido, sino que cumple un fin de defensa social y de reeducación del condenado.⁴

Años después, von Liszt, jurista y criminólogo, presenta su “Programa de Marburgo” donde desarrolla una síntesis entre esas tesis contrapuestas proponiendo el concepto de una pena-fin; además publica una de las obras de criminología más importantes para sentar las bases en la materia, el “Tratado de Derecho Penal” cuya 20ª edición se traduce al español. Así nace la llamada Escuela de la Política Criminal, a partir de la cual y gracias a von Liszt adquiere relevancia el estudio dogmático del Derecho Penal y la consecuente sistematización de la teoría del delito.

La dogmática penal se propone el estudio del Derecho Penal vigente y su tarea principal consiste en sistematizar los diversos elementos que integran al delito según esa ley vigente, el objetivo de esto, según von Liszt, es conferir seguridad a la aplicación de la ley evitando la arbitrariedad.⁵ Claro está que, para sistematizar el concepto de delito, hay que deducir previamente de la ley cuales son los elementos constitutivos del mismo, lo que formulará al mismo tiempo la llamada definición dogmática del delito. Para ello podemos mirar el Libro Segundo del Código Penal, la Parte Especial de nuestro Código donde se agrupan los diversos delitos, catalogados entre los arts. 79 y 302, constituyendo, cada uno de ellos, una ley cuyo contenido deriva del principio de legalidad. Todos estos adoptan una forma monótona: el que hace u omite determinada acción, será castigado de determinada manera.⁶

De acuerdo con el principio de legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional⁷, la ley penal debe describir de la manera más exacta posible las acciones u omisiones que se someten a la imposición de una determinada pena. Como consecuencia,

⁴ Ferri, E. (1905) Sociología Criminal. Centro Editorial de Góngora.

⁵ Liszt, F. (1999) Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª edición alemana por Jimenez de Asúa. Madrid.

⁶ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, arts. 79 a 302. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

⁷ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 18. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

tenemos el primer elemento constitutivo del delito: aquella descripción abstracta en el tipo que será precedente a la pena, es decir, la acción.

Von Liszt fue uno de los primeros en considerar la acción como el primer elemento del delito, en cambio Radbruch se opuso a dicho criterio, sosteniendo en el Libro de Homenaje a Frank que “el concepto fundamental de la teoría del delito no es la acción, sino la realización del tipo”⁸ pero la acción siguió siendo considerada como el primer elemento del delito, aunque con el paso del tiempo se fue modificando su concepto.

El delito es, entonces, una acción, entendida esta como una omisión también. Pero para que esta acción pueda ser considerada delito debe encuadrarse estrictamente, de acuerdo con el principio de legalidad, en alguna de las descripciones contenidas en la ley, es decir en algún tipo penal. Por ende, esa tipicidad, es decir la cualidad de la acción de adecuarse a un tipo, constituye el segundo elemento del delito.

No basta con ese ajuste formal a la norma, sino que esa norma, prohibitiva o imperativa, debe ser sustancialmente violada, cosa que ocurre cuando se afecta o se pone en peligro algún bien jurídicamente protegido ya que, junto a esas normas podemos encontrar otras permisivas, es decir que autorizan en determinados casos y cumpliendo con ciertas condiciones a salvar algún bien jurídico en perjuicio de otro. Esto puede verse ejemplificado en el caso del aborto terapéutico establecido en el art. 86 del Código Penal, en dicho caso, el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer no es punible si el fin es evitar un peligro para la vida de la madre si el mismo no puede ser evitado de otra forma⁹; también encontramos este ejemplo en el caso contemplado en el art. 152, donde se viola un domicilio para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o para cumplir con el deber de humanidad o de prestar auxilio a la justicia.¹⁰ En ambos casos, la acción, pese a ser típica, queda exenta de pena porque el ordenamiento jurídico considera que no está siendo contrariado, es decir que no es una acción antijurídica, sino que encuentra una salvedad en las llamadas causales de justificación.¹¹

Entendemos, entonces, que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, pero no son sinónimos, sino que puede encontrarse en el derecho positivo alguna causal de justificación y, sino se encuentra, quedará establecido otro de los elementos constitutivos del delito: la antijuridicidad. La misma es de carácter sustancial, ya que, sin antijuridicidad, es decir sin

⁸ Ramos Mejía, E. (1979) La teoría del delito desde von Liszt y Beling a hoy. Universidad de Mendoza.

⁹ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art. 86. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁰ *Ibid.*, art. 152.

¹¹ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art. 34. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

una relación de contradicción con el derecho, ninguna acción, aun siendo típica, puede ser punible.

Tampoco es suficiente con que la acción sea típica y antijurídica ya que si fuese suficiente con la violación objetiva del derecho, el Derecho Penal dejaría de cumplir con uno de sus fines y la aplicación de la pena carecería de sentido, recordemos que el Derecho Penal no solo regula objetivamente la conducta externa del sujeto, sino que con la idea de que los bienes jurídicos no sean dañados intenta generar en el fuero interno del sujeto la motivación suficiente para respetar las normas que prohíben u obligan la realización de determinadas conductas.¹²

Por ende, es en la desobediencia consciente y voluntaria al acatamiento de esas normas cuando se posee la necesaria capacidad para comprenderlas y acatarlas, que la pena encuentra su fundamento. De esta manera, después de juzgar objetivamente si el hecho es contrario a derecho, se debe juzgar si el autor de ese hecho típico y antijurídico es plenamente capaz, si se encontraba en condiciones de poder conocer la antijuridicidad de su conducta y si pudo haber actuado conforme a derecho y decidió no hacerlo, solo así, se puede considerar que su actuación es culpable, siendo la culpabilidad otro elemento constitutivo del delito.

Partiendo desde la concepción inicial del delito establecida por von Liszt en 1881 como “el acto culpable contrario a derecho y sancionado con una pena”,¹³ redefinido por Beling en 1906 como “la acción típica, antijurídica, culpable, amenazada con una pena adecuada y que cumple las condiciones de la amenaza penal”,¹⁴ queda en evidencia que sin culpabilidad personal, ninguna acción típica y antijurídica puede merecer sanción, por ende “el delito es una acción típica, antijurídica y culpable”¹⁵, merecedora de pena.

A partir de esa definición dogmática del delito, donde quedan establecidos los distintos elementos constitutivos del mismo, comienza la tarea de formular una teoría general del delito. Cuando hablamos de la teoría del delito, nos referimos, en palabras de Muñoz Conde al “sistema de hipótesis que exponen, a partir de una determinada tendencia dogmática, cuales son los elementos que hacen posible o no la aplicación de una consecuencia jurídico penal a una acción humana”¹⁶ o en palabras de Zaffaroni “parte de la ciencia del Derecho Penal que se ocupa de explicar que es el delito en general, es decir, cuales son las características que debe tener cualquier delito”.¹⁷

¹² Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

¹³ Liszt, F. (1999) Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª edición alemana por Jiménez de Asúa. Madrid.

¹⁴ Beling, E. (1944) Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo. Traducción por Soler, Depalma. Buenos Aires.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Muñoz Conde, F. (2002) Derecho penal. Parte general. Tirant lo blanch.

¹⁷ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

Si bien dentro de la teoría del delito, por lo general, la acción siempre fue considerada como el punto de partida y el elemento principal de análisis, mientras que el resto de los elementos son dependientes de esta y la caracterizan, con el paso del tiempo fueron surgiendo diversas corrientes de pensamiento o escuelas que introdujeron modificaciones en dicha teoría, dando mayor o menor relevancia a los elementos del delito en relación con los otros, como respuesta a diferentes momentos históricos, políticos y culturales.

2.1.1 Teoría del causalismo naturalista. Escuela kantiana

Esta teoría encuentra su fundamento en el modelo cultural de finales del Siglo XIX, es decir cuando la ideología positivista orientaba al Derecho Penal postulando que los problemas jurídicos debían resolverse solo con el derecho positivo. De acuerdo con esta corriente, solo era científico aquello que podía verificarse mediante la experiencia aplicando el método deductivo y teniendo en cuenta únicamente la interpretación de los textos legales, esto tiene como consecuencia una concepción formal y causalista del delito, dejando las valoraciones filosóficas y psicológicas de lado.¹⁸

Esta teoría se caracteriza por concebir a la acción en términos físicos: un movimiento corporal que produce una modificación en el mundo exterior, es decir hay un nexo causal natural entre acción y resultado. La tipicidad se limita a describir elementos de carácter externo, sin posibilidad de justificar o valorar la acción, ya que la valoración jurídica puede tener lugar en el análisis de la antijuridicidad, pero desde un punto de vista objetivo. Solo en la culpabilidad, se pueden analizar elementos subjetivos y psicológicos del agente, siendo la imputabilidad un presupuesto de esta.

Entre los penalistas más importantes de esta teoría, es decir aquellos que lograron un gran avance en el desarrollo doctrinario, podemos destacar a Binding, Beling y von Liszt.

Binding desarrollo la llamada “teoría de las normas”, donde destacó que si la ley dice que “quien sustrae a otro una cosa mueble ajena para apropiarse injustamente, será castigado con prisión por hurto”, lejos de infringir la ley penal según la que será sentenciado, el sujeto debe haber obrado al unísono con ella,¹⁹ realizando la acción punible, la cual será analizada desde su concepción natural ajena de cualquier valoración subjetiva, solamente será tenido en cuenta que el sujeto realiza un movimiento que desemboca en un resultado, el cual integra la acción, por ende la acción es lo que el sujeto hace y sus consecuencias.²⁰

¹⁸ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General.. Editorial Abeledo Perrot.

¹⁹ Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC

²⁰ Ibid.

La teoría de Binding dio nacimiento a las modernas definiciones dogmáticas del delito, comenzando por la de Beling, quien sostuvo que para ser delito, un acto debe reunir los siguientes requisitos: acción, que produce consecuencias en el mundo exterior; descrita objetivamente en la ley, es decir típica; que sea contraria al derecho, esto es que sea antijurídica; dolosa o culposa, o sea que medie culpabilidad, sancionada con una pena.²¹ El concepto de Beling fue muy criticado por autores como Maier, Mezger y von Liszt ya que acusaban de tautológica la característica de tipicidad para definir el delito restándole importancia.²² Sin embargo, el planteamiento sobre la tipicidad, es la contribución más importante de Beling dentro de la teoría del delito, sentando las bases para construir un concepto de tipicidad más desarrollado con el paso del tiempo, ya que por entonces y dentro de la teoría causalista, el tipo solo se limitaba a describir de forma objetiva la conducta exterior, sin considerar ningún contenido valorativo.²³

La antijuridicidad, por su parte, era considerada como la contrariedad al derecho, siempre desde un punto de vista objetivo: la simple contradicción entre la conducta y el comportamiento establecido como correcto en la ley, hacía que una acción fuera antijurídica. Recién en la culpabilidad, como cuarto elemento del delito, se podría analizar la relación psicológica entre el autor y su hecho causante de un resultado objetivo. Esa relación podría ser de dos formas: dolosa, si hubo intención en la producción del resultado o, culposa, si el resultado fue producto de la imprudencia.²⁴

Dentro de esta teoría, la imputabilidad no constituye un elemento más del delito, sino un presupuesto de la culpabilidad ya que consistía en el conjunto de ciertas condiciones que debe reunir el sujeto para ser responsabilizado del resultado, y solo en caso de que así se constate, el sujeto podía ser considerado culpable y podría aplicarse una pena, la cual según von Liszt, debía tener un fin para ser justa y legítima.²⁵

En síntesis, dentro de la teoría del causalismo naturalista, se distinguen tres categorías en el delito: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, siendo las dos primeras de carácter completamente objetivo, mientras que la culpabilidad es de carácter subjetivo; por lo tanto, el análisis de cualquier cuestión objetiva debe permanecer en la tipicidad y la antijuridicidad, y el análisis de cualquier cuestión subjetiva debe permanecer en la

²¹ Liszt, F. (1999) Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª edición alemana por Jimenez de Asúa. Madrid.

²² Ibid.

²³ Beling, E. (1944) Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo. Traducción por Soler, Depalma. Buenos Aires.

²⁴ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

²⁵ Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC

culpabilidad. Si bien es una estructura tripartita del delito, existe un predominio del carácter objetivo sobre el subjetivo.²⁶

2.1.2 Teoría del causalismo valorativo. Escuela normativista

La teoría del causalismo valorativo se aparta del causalismo clásico introduciendo el elemento humano de la voluntad al concepto naturalístico de la acción. Autores como Edmund Mezger que desarrollaron esta teoría, sostienen que la verificación mediante la observación, método utilizado por el causalismo naturalista y propio de las Ciencias Naturales, no puede aplicarse a las ciencias que estudian las conductas de los hombres, es decir, al Derecho como Ciencia Social.²⁷

Esta teoría procuró superar el concepto clásico del delito integrado únicamente por elementos que se captan mediante la percepción sensorial, es decir descriptivos, dando lugar a la existencia de elementos normativos y elementos subjetivos del tipo, y estableciendo la necesidad de analizar en el tipo un contenido de valor o de intencionalidad.

Esta teoría desarrollada por la escuela normativista elaboró un concepto de acción que da respuesta a los supuestos de omisión: si bien la omisión no es causación alguna de un resultado, lo que debe tenerse en cuenta es el hecho de que no se evitó dicho resultado con una conducta que, según la norma, se esperaba del sujeto para evitar la producción de un resultado dañoso.²⁸ Con este nuevo concepto de acción surge una cuestión subjetiva y valorativa de la misma, ya no se trata de una simple descripción, sino que implica un deber de actuar que no puede observarse de forma objetiva y que depende de la valoración de una determinada situación o contexto en relación con la norma.

Respecto del tipo penal, sostiene que no se trata únicamente de conductas objetivas sino que algunas veces exige la presencia de cuestiones subjetivas para que se configure la tipicidad de la conducta, dando lugar a los llamados elementos subjetivos del tipo: la conducta debe realizarse con determinados fines, intenciones, conocimientos o estados anímicos, sino la conducta no podría encuadrar en el tipo penal o podría tratarse de un tipo penal diferente.²⁹ Además, algunos tipos penales pueden contener algún adjetivo calificativo que describe como debe ser la conducta, el análisis de estos elementos normativos excede la mera observación de los aspectos externos de la acción, requieren de una valoración jurídica

²⁶ Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC

²⁷ Lopez Barja, J (2002) Derecho penal. Parte general: Introduccion a la teoria juridica del delito. Marcial Pons.

²⁸ Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC

²⁹ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

o social que, nuevamente, pone en jaque la concepción meramente descriptiva del tipo penal que propone el causalismo naturalista.

A diferencia del causalismo naturalista, donde la antijuridicidad se aplica observando únicamente de forma objetiva la conducta, en el causalismo valorativo, además de analizar la contradicción de una conducta con el ordenamiento jurídico desde el punto de vista formal, también se analiza desde un punto de vista material, es decir que esa conducta, formalmente contraria a derecho, debe ser socialmente dañosa. Esta nueva concepción valorativa de la antijuridicidad permite que se admitan las llamadas causas supralegales de justificación, ya no solo va a quedar excluida la antijuridicidad de las causas previstas por la ley sino también, otras que, pese a su contradicción con el ordenamiento, no son conductas lesivas socialmente.³⁰

Para comprender mejor la relación entre tipicidad y antijuridicidad dentro de la escuela normativista, podemos recurrir a la analogía de Maier, él sostenía que la tipicidad se comporta respecto de la antijuridicidad como el humo con relación al fuego: si hay humo, hay indicios de fuego, es decir si se afirma la tipicidad, hay indicios de antijuridicidad, pero sería solo una presunción porque puede haber tipicidad en la conducta pero no ser antijurídica por la presencia de causales de justificación.³¹

Respecto del elemento de la culpabilidad, los normativistas sostenían que no era suficiente comprobar la presencia de dolo o culpa, sino que ese dolo o culpa presente en la conducta debía ser reprochable. Ese juicio de reproche es un elemento valorativo de índole normativo ya que supone analizar el contexto en el que el sujeto actuó y si, en ese contexto, pudo actuar de otra forma y si era posible exigirle que actúe de otra manera. Entonces, a diferencia de la teoría anterior, a la culpabilidad se le introducen dos parámetros objetivos: la reprochabilidad de la conducta y la exigibilidad de una conducta diferente.³²

Dentro de esta teoría, la imputabilidad deja de ser un presupuesto y se convierte en un elemento más del delito, este cambio encuentra su justificación en que la imputabilidad, si bien está referida al sujeto y sus condiciones personales y psíquicas, no es ajena al hecho porque esas condiciones personales o psíquicas están relacionadas a un hecho en concreto, por ejemplo, el nivel de madurez o el estado mental requerido para comprender un delito puede no serlo para otro supuesto.

³⁰ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

³¹ Maier, J. (1989) Derecho procesal penal. Hammurabi.

³² Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

En síntesis, esta teoría se aparta del causalismo naturalista aunque parte de sus conceptos: a la acción le introduce el elemento humano de la voluntad, en el tipo agrega elementos normativos y subjetivos, la antijuridicidad ya no es solo una oposición formal a la norma sino que importa el daño que cause a la sociedad permitiendo graduar el injusto de acuerdo con la gravedad del daño causado y establecer causas de justificación, y en lo que respecta a la culpabilidad, esta constituye un juicio de reproche al autor del delito.

2.1.3 Teoría del finalismo

La teoría finalista nace con Hans Welzel a partir de 1930 como una crítica a la extrema normativización del derecho realizada por la corriente anterior. Según esta postura, dicha normativización restaba importancia a datos de la realidad de los que no se debería prescindir en la teoría del delito, haciendo insuficiente la presencia de únicamente elementos normativos y valorativos.³³

El finalismo rompió con el esquema objetivo-subjetivo que planteaba el causalismo demostrando que los elementos del delito no son puramente objetivos o puramente subjetivos, sino que son conceptos complejos, es decir que dentro de cada elemento se pueden encontrar caracteres objetivos y subjetivos a la vez. De todas formas, concuerda con el causalismo en partir del concepto de acción para desarrollar la teoría del delito pero para el finalismo, la acción es la actividad final humana, no la simple causación de un resultado. La finalidad consiste en la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo previamente propuesto por la voluntad.³⁴

El sujeto se propone fines y, gracias a su conocimiento previo de las leyes naturales, puede anticipar, dentro de ciertos límites, el curso y los resultados de su actividad, es por eso que voluntariamente puede elegir los medios causalmente necesarios para alcanzar la realización del objetivo. Por esto, la acción es considerada siempre como una finalidad determinada de actuar conscientemente en función de un resultado propuesto voluntariamente, dentro de esta teoría hablamos de acciones finales.

Conforme indica Welzel, la dirección final de una acción humana se desarrolla en dos fases: primero, en la esfera del pensamiento, donde se fija la meta, se seleccionan los medios y se consideran los efectos posibles; y segundo, en la esfera del mundo real, donde se lleva a cabo la conducta teniendo en cuenta lo elaborado en la esfera del pensamiento.³⁵ En esta línea de pensamiento, Maurach expone que debe considerarse acción a toda conducta

³³ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

³⁴ Fernández Carrasquilla, J. (1995) Derecho penal fundamental. Temis.

³⁵ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

humana regida por la voluntad orientada hacia un resultado determinado y, esta conducta, abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, por ende funciona como base del delito de comisión y de omisión; y comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos) como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hechos culposos).³⁶

Lo planteado por Maurach fue muy criticado ya que, a simple vista, parece que el concepto finalista solo sirve para analizar los delitos dolosos y no los culposos, donde el sujeto no se propone realizar una acción enfocándose en provocar un daño, ni tampoco los delitos de omisión. Pero Welzel sostiene su postura explicando que las acciones siempre persiguen un fin, incluso en los delitos culposos porque mientras en los delitos dolosos, la conducta contraria a derecho se configura por el propio fin perseguido con la acción, en los delitos culposos ese resultado contrario a derecho se produce por el modo en el que ha actuado el sujeto, aun cuando esa conducta estaba orientada a lograr un fin lícito, en este caso es dicha modalidad lo que se reprocha.³⁷ Por eso, se debe analizar el contexto y la actividad que se está realizando ya que estará rodeada de reglas determinadas que se deben tener en cuenta.

Este cambio conceptual de la acción genera consecuentemente un cambio en el elemento de la tipicidad ya que, si el tipo penal describe conductas que se reprimen con una pena y, ahora, esas conductas tienen una finalidad, el tipo penal debe tener en cuenta esa finalidad al momento de determinar que pena imponer. Es decir que la tipicidad ya no es un elemento meramente objetivo sino que cuenta con elementos subjetivos: mientras en el aspecto objetivo del tipo penal se observarán las características externas de la conducta, en el aspecto subjetivo se tendrá en cuenta el dolo o la imprudencia con que se realizó la conducta.³⁸

La antijuridicidad también es analizada desde un aspecto objetivo y otro subjetivo porque para el finalismo no solo importa lo que se hizo sino también lo que se quiso hacer, es decir la intención. Siguiendo este principio, primero hay que analizar si se produjo una lesión, porque sino existe un resultado lesivo, aunque haya un desvalor en la acción, la cuestión pasa de ser una cuestión jurídica a una cuestión moral.³⁹

Por último, dentro del finalismo, la culpabilidad como elemento consiste en la reprochabilidad sobre el sujeto por no actuar de la manera que debía conforme a derecho, lo

³⁶ Lopez Barja, J (2002) Derecho penal. Parte general: Introduccion a la teoria juridica del delito. Marcial Pons.

³⁷ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid.

cual requiere que el sujeto tenga un marco de autodeterminación que le permita tomar la norma como referencia y elegir cómo actuar. Además, a diferencia de la teoría anterior, la imputabilidad desaparece como concepto ya que es absorbida por la culpabilidad como el juicio de reproche.⁴⁰

Dentro del finalismo queda configurado el concepto de delito complejo en el cual cada elemento cuenta con un aspecto objetivo y otro subjetivo relacionados entre sí y, a su vez, relacionados con los otros elementos del delito ya que había quedado superada la idea de analizarlos por separado.

2.1.4 Teoría del funcionalismo

A diferencia de las teorías anteriores, que buscaban un desvalor en la acción o en el resultado, los funcionalistas se centran en el concepto de riesgo y en determinar si este se ha creado o no. Además, la culpabilidad está enfocada en criterios de prevención a los fines de aplicar la pena. Es decir, la pena ya no se enfoca en la reprochabilidad de la conducta como sanción, sino que debe ser funcional para la sociedad. El funcionalismo también intenta establecer criterios de imputación para todos los tipos de delitos, no solo los de comisión activa como las teorías anteriores, sino que tiene en cuenta los tipos imprudentes y omisivos.⁴¹

Dentro del funcionalismo, deben concurrir dos aspectos: la posibilidad de haber actuado de otra manera y que la pena sea necesaria, porque si el sujeto pudo actuar de otra manera pero la pena no es necesaria porque no va a ser útil, no hay responsabilidad penal y debería prescindirse de la pena. La culpabilidad y la necesidad preventiva de pena, forman el concepto de responsabilidad que, como veremos, comienza a tener lugar en esta teoría.

Dentro de la teoría del funcionalismo podemos encontrar diversos autores que, si bien siguen una corriente de pensamiento, desarrollaron sus propias variables sobre la misma, como veremos a continuación.

A- Funcionalismo moderado

Claus Roxin publica en 1970 su monografía “Política criminal y sistema del derecho penal” y con ella pretende superar las polémicas entre causalistas y finalistas, propone la unidad sistemática entre Derecho Penal y política criminal reconociendo los elementos del delito propuestos por el finalismo, es decir tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; pero con una orientación político-criminal ya que los presupuestos de la punibilidad deben estar

⁴⁰ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

⁴¹ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

orientados por los fines del Derecho Penal, por lo tanto estos elementos constituyen instrumentos de una valoración político-criminal.⁴²

Roxin sustituye la idea de causalidad por un conjunto de reglas orientadas a valoraciones jurídicas, porque en el injusto penal lo que importa es la generación de un riesgo no permitido o desaprobado jurídicamente. No tiene mayor relevancia el desvalor de la acción o del resultado, alcanza con verificar la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma.⁴³

Como el fin es la protección de la norma, toma la acción como exteriorización de la personalidad ya que ese criterio amplio puede comprender una conducta dolosa, imprudente u omisiva.⁴⁴ En cuanto al tipo, establece que es el elemento que se encarga de cumplir la función de la política criminal, ya que es a través del tipo se puede hacer efectivo el principio de legalidad porque otorga certeza en la determinación de las conductas prohibidas reprochables con una pena. En la antijuridicidad es donde se hace visible el conflicto de intereses: los intereses predominantes parten del consenso social y los intereses personales del sujeto se van a analizar en torno a la existencia, o no, de circunstancias que permitan justificar una conducta, que en principio es prohibida.⁴⁵ Por último en torno a la culpabilidad, podemos afirmar que igual que en las teorías anteriores, el funcionalismo sostiene que el sujeto es capaz de autodeterminarse, pero con la diferencia de que la culpabilidad aquí se limita con la necesidad de prevención dando lugar a un nuevo concepto: la responsabilidad como base de la imposición de la pena.⁴⁶

B- Funcionalismo sociológico o radical

Por otro lado, tenemos el funcionalismo sociológico o radical, elaborado por Günther Jakobs, que considera al derecho como garante de la identidad normativa, la Constitución y la sociedad cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social.⁴⁷ Al igual que el funcionalismo moderado reconoce como punto de partida la teoría finalista pero se diferencia del funcionalismo moderado en no hacer tanto hincapié en las tendencias de política criminal, para el finalismo de Jakobs, los elementos o categorías que integran al delito tienen como fin estabilizar al sistema, dando origen al principio preventivo general que está

⁴² Roxin, C. (2006) Política criminal y sistema del derecho penal. Traducción Muñoz Conde, Francisco. Hammurabi.

⁴³ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traducción Luzón Peña, Miguel. Civitas.

⁴⁴ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traducción Luzón Peña, Miguel. Civitas.

⁴⁷ Ibid.

orientado al mantenimiento del sistema social. La pena aparece para hacer respetar la fidelidad al derecho, esto se conoce como prevención general positiva.⁴⁸

Como para Jakobs la sociedad se constituye mediante normas, el ordenamiento jurídico penal tiene la misión de velar por la subsistencia de dichas normas y, por ende, de la sociedad. En este sentido, cuando se violan las normas jurídicas, se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, entonces la pena actúa como una demostración de la vigencia de la norma a costa del actuar de un sujeto considerado competente. Queda en evidencia que la pena no repara y no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que según esta concepción, se encarga de confirmar la identidad normativa de la sociedad.⁴⁹

C- Funcionalismo reductor de Zaffaroni. Doctrina nacional

En oposición a los criterios funcionalistas mencionados, en la doctrina nacional podemos encontrar la posición del Dr. Zaffaroni, quien parte de la idea de que el delito es un conflicto, por ende la sociedad se rige por un modelo conflictivista y no un modelo de consenso. Dentro de este marco social, la teoría del delito cumple una función de política criminal, idea que toma del funcionalismo en general, pero dicha política puede verse desde dos puntos de vista: desde el lado del poder estatal para legitimar o desde una posición de límite y control de ese poder. Zaffaroni toma esta última postura, sosteniendo que la teoría del delito debe cumplir una función reductora del poder punitivo del Estado para garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales y para evitar un accionar irracional.⁵⁰

La teoría funcionalista clásica, tiene una concepción positiva de la pena, sostiene que puede cumplir alguna finalidad en la sociedad y por eso está legitimado el poder punitivo, en cambio Zaffaroni sostiene que la pena no puede cumplir alguna función legítima, por eso hay que limitarla y controlar su aplicación. Desde su concepción, la teoría del delito es una serie de filtros que deben bloquear o disminuir el paso incontrolado del poder punitivo del Estado, permitiendo que fluya la cantidad estrictamente necesaria y de forma racional al aplicar la pena.

En este sentido, la acción es tomada desde su concepción finalista, donde se requería la presencia del aspecto subjetivo y del aspecto objetivo a la vez, es decir la presencia del

⁴⁸ Muñoz Conde, F. (2000) Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio. Universidad de Lima.

⁴⁹ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

⁵⁰ Villa, L. (2015) Realismo marginal, funcionalismo reductor y teoría agnóstica de la pena: Una introducción al pensamiento jurídico-penal de Eugenio Raúl Zaffaroni.

desvalor de la conducta y del desvalor del resultado, limitando el poder punitivo ya que, en caso de faltar alguno de los dos aspectos, no podría pasarse al siguiente filtro.

En cuanto a la tipicidad, tomando como punto de partida el conflictivismo social, considera que el tipo penal individualiza una acción final y conflictiva, es decir que debe producir un resultado lesivo que tiene que encuadrar dentro de lo que él llama dominabilidad, osea que ese resultado lesivo debe pertenecer al autor.⁵¹

Respecto de la antijuridicidad, Zaffaroni hace un aporte importante en la forma de considerarla en relación a las causas de justificación. Para él, cuando se justifica una conducta no se trata de una excepción a la prohibición, sino que es el ejercicio de un derecho, ajeno al ámbito de la prohibición, no es que se entiende que una conducta está prohibida desde su tipicidad y luego se hace una excepción a la antijuridicidad, sino que directamente se encuentra dentro del ámbito de libertad de acción. A partir de esta idea, sostiene que no se requiere un elemento subjetivo de justificación ya que si forma parte del ejercicio de los derechos dentro del ámbito de la libertad, el sujeto no necesita una finalidad determinada ni acreditar una intención, reduciendo más la aplicación del poder punitivo del Estado.⁵²

Finalmente, respecto de la culpabilidad, entiende este elemento como reprochabilidad, reconociendo un marco de autodeterminación graduable de acuerdo al sujeto, lo que produce diferentes grados de reproche a la conducta.

2.1.5 Conclusión

A pesar de las distintas corrientes que introdujeron modificaciones en este concepto, el objeto de la teoría del delito sigue siendo determinar las exigencias que en todos los casos deben cumplirse para que una conducta sea punible. La teoría del delito, tiene una función práctica y no solamente teórica, como se encarga de enunciar una serie de presupuestos para la imputación de una pena, favorece una jurisprudencia nacional, objetiva e igualitaria, ya que, sino existieran esos principios generales, las imputaciones y decisiones serían tomadas en base a criterios subjetivos generando inevitablemente inseguridad jurídica.

2.2 Conceptualización de tipo penal. Aspectos y elementos

Según Righi, el sistema penal se diferencia de otros sistemas normativos porque la característica principal de las normas penas es que no prohíben acciones en forma directa sino que están formadas por dos partes: por un lado tenemos un presupuesto, consistente en describir determinado comportamiento y, por otro lado tenemos una consecuencia jurídica,

⁵¹ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

⁵² Ibid.

es decir la pena aplicable, que a su vez está condicionada a que el sujeto haya realizado exactamente la acción descripta como presupuesto.⁵³

A esa adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley penal, se conoce como tipicidad. Por ende, podemos decir que la tipicidad es una característica de la acción, lo que permite deducir que el tipo penal es la descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal⁵⁴ o en palabras de Righi y siguiendo la misma corriente, podemos decir que el tipo penal es la descripción prevista en la norma jurídica de una conducta prohibida.⁵⁵ Pero para que el tipo penal se configure, no alcanza con la adecuación jurídica completa de la conducta, sino que es necesario que no existan causas de justificación ya que estas excluyen la tipicidad de la misma.

De acuerdo con Donna, el bien jurídico es el centro de toda la construcción de la norma penal⁵⁶ y el tipo penal surge como una herramienta para procurar el acatamiento de la norma que protege un determinado bien jurídico, por ende, para lograr este fin, describe una conducta que es contraria a dicha norma y le impone una sanción penal.

Estos tres conceptos (norma, bien jurídico y tipo penal) se encuentran sumamente interrelacionados, la norma se encuentra entre el bien jurídico y el tipo penal pero no debe confundirse con este último ya que la norma constituye una prohibición o mandato dirigido a tutelar el bien jurídico mientras que el tipo penal es, como mencionamos anteriormente, la descripción de una conducta delictiva.⁵⁷

De esta relación conceptual podemos interpretar que, cuando el sujeto ajusta su conducta a la descripción del tipo, está cumpliendo con la ley penal porque actúa conforme lo regulado en el Código Penal, pero a su vez, viola la norma que prohibía dicha forma de actuar; por ende y según Donna, podemos decir que la conducta típica es aquella que se corresponde con la descripción de un tipo penal determinado y que, al mismo tiempo, resulta contraria a la norma prohibitiva o al mandato que se encuentra implícito en la ley penal.⁵⁸

En nuestro ordenamiento jurídico, los tipos penales están compilados en la Parte Especial del Código Penal⁵⁹ formando un sistema cerrado y discontinuo: es un límite al poder punitivo del Estado porque describe conductas contrarias a la norma que afectan un

⁵³ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

⁵⁴ Bacigalupo Zapater, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Hammurabi.

⁵⁵ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

⁵⁶ Donna, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Editorial Rubinzal Culzoni.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, arts. 79 a 302. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

determinado bien jurídico, lo cual permite interpretar que toda conducta que no está descrita como delito puede ser realizada sin reproche alguno, esto va en consonancia con el art. 19 de la Constitución Nacional.⁶⁰ En otras palabras, como sostiene Soler, los espacios en blanco del Código Penal son sinónimos de libertad.⁶¹

Además de estar en consonancia con el art. 19 de la Constitución Nacional, las normas penales deben adecuarse a diferentes principios constitucionales, como el principio de legalidad establecido en el art. 18, según el cual solo pueden considerarse delitos los hechos descritos como tales en la ley y no otros semejantes.⁶² Por lo tanto, el tipo penal debe describir, no sólo la conducta punible contraria a la norma, sino también el conjunto de condiciones objetivas y subjetivas que el legislador quiso exigir específicamente respecto de ese delito concreto.⁶³

2.2.1 Tipo penal conforme el aspecto objetivo. Elementos

Para comenzar con la imputación de un delito, se debe verificar si el comportamiento que se analiza encuadra en el tipo objetivo de alguno de los comportamientos descritos en el Código Penal, esta descripción sobre determinados estados y procesos que deben constituir la base de la responsabilidad criminal, es objetiva.⁶⁴ Este aspecto objetivo del tipo contiene, por lo menos, la descripción de un sujeto activo, un sujeto pasivo y una situación de hecho que debe poder atribuirse al autor.

Tomando la clasificación de elementos que forman el aspecto objetivo de Righi, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la situación de hecho, son los elementos permanentes o constitutivos del tipo penal ya que estos se encuentran en todos los tipos; mientras que los elementos descriptivos y normativos, constituyen los elementos ocasionales del tipo penal porque no forman parte de su estructura general, sino que condicionan la adecuación de la conducta al delito previsto.⁶⁵

A- Elementos permanentes o constitutivos

La concurrencia de estos elementos se puede observar en todos los tipos penales descritos en la Parte Especial del Código Penal. Primero encontramos la figura del sujeto activo quien sería el autor de la conducta prevista, y por otra parte, tenemos al sujeto pasivo quien sería el titular del bien jurídico tutelado por la norma, es decir la víctima del delito.

⁶⁰ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

⁶¹ Soler, S. (1992) Derecho penal argentino. Tipográfica Editora Argentina.

⁶² Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 18. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

⁶³ Donna, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Editorial Rubinzal Culzoni.

⁶⁴ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.

⁶⁵ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte general. Editorial Abeledo Perrot.

Por último, el tercer elemento permanente sería la situación de hecho o acción, es decir el comportamiento típico que normalmente se encuentra descrito con un verbo, este elemento recibe el nombre de núcleo de tipo.⁶⁶

B- Elementos ocasionales

Si bien existen tipos penales cuya descripción sólo prevé el núcleo, hay otros que también cuentan con referencias que condicionan la adecuación del verbo a la descripción, estas referencias son los elementos ocasionales y se clasifican en descriptivos y normativos.

Los elementos descriptivos son aquellos que pueden ser percibidos a través de los sentidos sin requerir valoraciones, normalmente suelen describir cuestiones objetivas sobre el objeto, el medio, el lugar o el momento del hecho. La apreciación de estos elementos corresponde al juez mediante la constatación de determinadas manifestaciones sensorialmente perceptibles en el mundo externo.⁶⁷

A diferencia de los elementos descriptivos, los elementos normativos no pueden ser percibidos por los sentidos ya que exigen una valoración especial sobre los elementos permanentes. Esta valoración puede ser de tipo jurídico, social o cultural, extraña al tipo penal al que se remite el juez.⁶⁸

Luzon Peña diferencia los elementos descriptivos de los normativos sosteniendo que mientras los elementos descriptivos son aquellos que para cuyo conocimiento alcanza con el común saber empírico y lógico de los hombres sobre sí mismos y sobre la realidad exterior, sin necesidad de recurrir a normas para comprender su significado; los elementos normativos requieren para su conocimiento y comprensión de su alcance, el conocimiento de alguna norma jurídica o social.⁶⁹

2.2.2 Tipo penal conforme el aspecto subjetivo. Elementos

El aspecto subjetivo del tipo penal encuentra su justificación en el Estado de Derecho, donde la simple causación de un resultado no resulta suficiente para la imputación penal, es decir que la responsabilidad objetiva no basta, sino que es necesario que el autor haya obrado con dolo o imprudencia. Righi sostiene que lo que se requiere para lograr la imputación penal es que “el comportamiento haya surgido del fuero interno del autor”⁷⁰, de otra forma, la imputación sería lesiva al principio de culpabilidad.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Navarrete, M. (2020) Lecciones de derecho penal. Parte general. Editorial tecnos.

⁶⁸ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

El tipo subjetivo refiere a los fenómenos que ocurren en la conciencia del autor, es decir en su fuero interno, estas características o elementos subjetivos, dolo y culpa, se utilizan para describir el tipo legal de la conducta marcando una línea divisoria entre los delitos dolosos y los delitos culposos separados por la voluntad del autor de realizar el tipo objetivo. A diferencia del aspecto objetivo, donde los elementos son descritos y valorados objetivamente, los elementos subjetivos, deben ser probados.

A- Dolo

La tipicidad del delito doloso no depende únicamente de la adecuación de la conducta a la descripción del aspecto objetivo, sino también de la intención del autor. Es decir, la subsunción de la conducta requiere considerar, primero, lo que el sujeto activo hizo y, después evaluar que haya sabido lo que hacía.

Puppe sostiene que cotidianamente nos referimos al dolo cuando hablamos de algo que se tiene algo en miras, se antepone como meta o uno se lo propone, así podemos definir al dolo como el conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo, por lo cual está compuesto de un elemento intelectual, el conocimiento o saber, y otro elemento volitivo, la voluntad o querer.⁷¹

Esta noción, reduce el principal elemento del tipo subjetivo al conocimiento de los elementos permanentes y ocasionales del tipo objetivo, fundamentándose en que quien conoce el peligro concreto que genera su acción riesgosa obra con dolo, porque sabe lo que hace, por ende, el desconocimiento de algún elemento del tipo objetivo elimina el dolo pero no necesariamente la responsabilidad penal ya que puede haber alguna norma que prevea la imputación culposa.⁷²

B- Culpa

Los delitos culposos son caracterizados por la ausencia de finalidad delictiva. Al delito culposos se lo identifica a partir de una negación: el hecho no es doloso, por lo cual se le reconoce un menor grado de ilicitud. El sujeto que obra con culpa y causa un perjuicio a otro, responde por haber incumplido el deber de ser cuidadoso, siendo imprudente o negligente o actuando con impericia, aun cuando su acción no estaba dirigida voluntariamente a causar un perjuicio sobre el bien jurídicamente protegido. Entonces, para el ámbito penal la culpa posee diversas formas: imprudencia, negligencia o impericia.

⁷¹ Puppe, I. (2010) La distinción entre dolo e imprudencia. Hammurabi.

⁷² Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

La imprudencia implica afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse, Zaffaroni la define como un vicio en el que incurre aquel que realiza una acción de la cual debió abstenerse por ser en sí misma peligrosa y capaz de ocasionar daños.⁷³

A diferencia de la imprudencia, que implica hacer más de lo debido, la negligencia consiste en no hacer lo que se debe, es una falta de actividad que produce daño. Equivalente a la despreocupación, Zaffaroni la define como “un defecto en las cualidades necesarias para observar una conducta acorde con los requerimientos del orden jurídico”. Por lo general, la negligencia coincide con la culpa inconsciente o sin representación pero puede darse el caso de quien previendo la posibilidad de un resultado, sin quererlo, omite realizar la conducta necesaria para impedirlo, y así obró negligentemente.

Por otra parte, y ya que la pericia supone un saber teórico y práctico junto con la capacidad necesaria para desarrollar los conocimientos en el campo específico de que se trate, la impericia se presenta en aquellas actividades donde su desarrollo exige conocimientos técnicos especiales y el sujeto obra sin poseer dichos conocimientos o, poseyendolos, no los aplica.⁷⁴

2.2.3 Conclusión

En la dogmática penal existe un consenso en torno a la idea de que el tipo penal posee una estructura penal compleja integrada por un aspecto objetivo y un aspecto subjetivo. Esta concepción, consolidada especialmente a partir del finalismo, entiende que el injusto típico no se agota en la mera descripción externa de una conducta, sino que requiere también la consideración de la relación subjetiva del autor con el hecho.⁷⁵ En este sentido, la tipicidad penal supone la concurrencia de dos dimensiones inseparables: por un lado, la realización de una conducta que se corresponde con los elementos objetivos del tipo y, por otro, la presencia del elemento subjetivo que vincula al autor con esa conducta.

Desde esta perspectiva, el dolo cumple una función estructural fundamental dentro del tipo penal. Su presencia permite atribuir el hecho al autor como una conducta consciente y voluntaria, evitando que el derecho penal sancione resultados puramente fortuitos o ajenos a la dirección de la voluntad. El dolo constituye, por lo tanto, el elemento subjetivo necesario y suficiente para completar la dimensión interna del tipo penal en los delitos dolosos. La concurrencia del aspecto objetivo y del dolo configura así la estructura completa del tipo

⁷³ Zaffaroni, E. (1979) Homicidio y lesiones culposas. Hammurabi.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

penal, permitiendo afirmar la tipicidad de la conducta sin necesidad de recurrir a elementos subjetivos adicionales.

Sin embargo, veremos en este capítulo que el legislador, en diversas figuras delictivas, introduce elementos subjetivos adicionales que exceden el contenido del dolo. Tales elementos, frecuentemente denominados elementos subjetivos distintos del dolo introducen una finalidad ulterior o una motivación específica que trasciende la mera realización consciente de la conducta típica.

La incorporación de estos elementos subjetivos adicionales genera un fenómeno que puede describirse como una hipertrofia del aspecto subjetivo de la tipicidad. En efecto, si el tipo penal ya se encuentra estructuralmente completo mediante la combinación de sus elementos objetivos y el dolo, la introducción de finalidades o motivaciones específicas implica una ampliación innecesaria del componente subjetivo. Esta ampliación desplaza el foco del análisis penal desde el hecho exteriorizado hacia la esfera interna del sujeto, obligando al intérprete a reconstruir estados anímicos, intenciones o finalidades que exceden la simple dirección consciente de la conducta.

2.3 Conceptualización de dolo. Teorías (directo, eventual y representación)

El dolo se ha definido por numerosos e importantes autores a lo largo del tiempo; según Manzini, el dolo es la voluntad consciente y no coaccionada de ejecutar u omitir un hecho lesivo o peligroso para un interés legítimo de otro, del cual no se tiene facultad de disposición conociendo que tal hecho está reprimido por la ley.⁷⁶ Según Francesco Carrara, el dolo es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.⁷⁷ Hernando Grisante lo define como la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.⁷⁸ Luis Jiménez de Asúa dice que el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere.⁷⁹

En la doctrina penal latinoamericana encontramos a Zaffaroni que sostiene que el dolo es la forma básica de imputación subjetiva en los delitos dolosos y se configura cuando

⁷⁶ Manzini, V. (1948) Tratado de Derecho Penal. Traducción de Melendo, Santiago. Ediar.

⁷⁷ Carrara, F. (2000) Programa del Curso de Derecho Criminal. Editorial Jurídica Continental.

⁷⁸ Grisante Aveledo, H. (2015). Lecciones de derecho penal: Parte general. Vadell Hermanos Editores.

⁷⁹ Jiménez de Asúa, L. (1950). Tratado de derecho penal. Editorial Losada.

el autor conoce las circunstancias del tipo objetivo y actúa con voluntad de realizarlas.⁸⁰ En términos similares, Bacigalupo afirma que el dolo implica la conciencia de los elementos del tipo y la decisión de llevar adelante la conducta típica, constituyendo así el vínculo subjetivo que permite imputar el hecho al autor.⁸¹

De este modo, la conceptualización del dolo permite comprender que la tipicidad penal no se agota en la constatación de una conducta exterior que coincide con la descripción legal sino que además requiere la verificación de la relación interna entre el autor y el hecho. La presencia del dolo garantiza que el Derecho Penal sanciona únicamente conductas realizadas con conocimiento y voluntad, excluyendo aquellos supuestos en los que el resultado se produce de manera puramente fortuita o accidental.

En síntesis, puede decirse que el dolo es el conocimiento y voluntad de realizar un delito o una conducta punible; por ende y partiendo de esta definición podemos encontrar los dos elementos que integran el dolo: por un lado, tenemos el elemento cognitivo, es decir el conocimiento de que la acción a realizar constituye un delito; por otro lado, tenemos el elemento volitivo, es decir el querer o tener la voluntad de realizar la actividad típica.⁸²

2.3.1 Elemento cognitivo del dolo

El elemento cognitivo del dolo refiere al conocimiento que el autor posee respecto de los elementos objetivos del tipo penal. Dicho conocimiento implica que el sujeto debe representarse las circunstancias fácticas que integran la descripción típica al momento de actuar. En otras palabras, el autor debe tener conciencia de que su conducta se corresponde con el comportamiento prohibido por la ley.

En este sentido, Roxin explica que el elemento cognitivo del dolo consiste en la representación de los elementos del tipo objetivo, lo que implica que el autor debe conocer las circunstancias que hacen que su conducta sea típica. Este conocimiento abarca tanto los elementos descriptivos del tipo como los elementos normativos, aunque en este último caso, basta con una comprensión social básica de su significado.⁸³

Por su parte, Jakobs señala que el conocimiento requerido para el dolo consiste en la representación de que la propia conducta se inserta dentro de un contexto de significación jurídica que la convierte en una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.⁸⁴ Desde esta

⁸⁰ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

⁸¹ Bacigalupo Zapater, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Hammurabi.

⁸² Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC.

⁸³ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.

⁸⁴ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

perspectiva, el elemento cognitivo del dolo implica que el autor se represente la relevancia jurídica de su comportamiento dentro de un determinado ordenamiento normativo.

En la doctrina argentina, Zaffaroni ha destacado que el conocimiento que integra el dolo debe referirse a todos los elementos objetivos del tipo penal, incluidos aquellos que definen la calidad del sujeto pasivo, el objeto material o las circunstancias específicas del hecho, por ende, cuando el autor actúa bajo un error invencible sobre alguno de estos elementos, el dolo queda excluido.⁸⁵

De este modo, el elemento cognitivo del dolo cumple la función de garantizar que la responsabilidad penal se funde en una conducta realizada con conciencia de su significado fáctico, evitando que se sancione penalmente a quienes actúan sin conocimiento de las circunstancias que integran el tipo penal.

2.3.2 Elemento volitivo del dolo. Modalidades

El elemento volitivo del dolo se refiere a la voluntad del autor de realizar la conducta típica y, en su caso, de producir el resultado previsto por la norma penal. Mientras el elemento cognitivo implica la representación mental de las circunstancias del tipo, el elemento volitivo expresa la decisión de actuar conforme a esa representación. La voluntad en el dolo no debe entenderse como un deseo psicológico sino como la aceptación o decisión de llevar adelante la conducta típica. En este sentido, el elemento volitivo expresa la orientación de la conducta del autor hacia la realización del hecho ilícito.

A partir de la combinación entre los elementos cognitivo y volitivo, la doctrina ha desarrollado distintas modalidades de dolo que reflejan diferentes formas de relación subjetiva entre el autor y el resultado típico. Estas modalidades permiten describir los distintos grados de intensidad con los que el autor dirige su conducta hacia la realización del delito.

A- Dolo directo

El dolo directo constituye la forma más intensa de dolo y se caracteriza por la coincidencia plena entre la representación del autor y su voluntad de realizar el hecho típico. En esta modalidad, el sujeto actúa con la intención directa de producir el resultado previsto por la norma penal. En el dolo directo, el autor no solo conoce las consecuencias de su

⁸⁵ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

acción, sino que lograr ese resultado es su objetivo, es decir que tiene intención de realizarlo.⁸⁶

Algunos autores como Mezger, suelen encontrar y definir la figura de dolo indirecto relacionada con el directo. También se lo denomina dolo de consecuencias necesarias porque “se presenta cuando, para obtener una determinada finalidad, el autor utiliza medios que sabe producirán otro resultado colateral”.⁸⁷

El dolo indirecto no es una figura completamente distinta al dolo directo porque tiene la misma intensidad volitiva ya que el autor obra sin ningún factor inhibitorio respecto del resultado colateral. El autor dirigió su voluntad a causar ese resultado.

B- Dolo eventual

El dolo eventual, como toda forma de dolo, requiere del elemento volitivo, es decir de la voluntad del autor para realizar la acción. La diferencia entre el dolo eventual y el dolo directo, es que el resultado no es de producción necesaria, entonces hay dolo eventual cuando el autor dirige su voluntad a alcanzar un resultado que considera como consecuencia probable de su acción. Dice Righi que “lo decisivo es que, al representarse esa alternativa, el autor realiza la acción igual”⁸⁸, ya que quien obra con dolo eventual quiere el resultado posible.

En el dolo eventual actúa sin importarle lo que suceda, con lo cual demuestra una actitud de menosprecio por el bien jurídico que se encuentra tutelado en la norma penal. Righi compara esta figura con la culpa consciente y afirma que “la actitud de indiferencia hacia la posible producción del resultado que caracteriza el dolo eventual, no se encuentra en la culpa con representación”⁸⁹ porque en la culpa con representación, si bien el autor se representa el resultado probable, actúa con la esperanza de que este no se produzca.

La delimitación entre dolo eventual y culpa consciente ha sido objeto de intensos debates doctrinarios. Una de las formulaciones más influyentes es la denominada teoría del consentimiento, según la cual existe dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como posible y lo acepta o consiente. En cambio, cuando el sujeto confía en que el resultado no se producirá, se configura un supuesto de culpa consciente. En este punto, Jakobs ha sostenido que el dolo eventual implica la decisión del autor de actuar aun cuando reconoce

⁸⁶ Peña Gonzales, O. (2010) Teoría del delito. APECC.

⁸⁷ Mezger, E. (1955) Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General. Editorial Hammurabi.

⁸⁸ Righi, E. (2019) Derecho Penal. Parte General. Editorial Abeledo Perrot.

⁸⁹ Ibid.

la posibilidad de que su conducta genere un resultado típico, mientras que en la culpa consciente el sujeto actúa confiando en que el resultado no se producirá.⁹⁰

C- Representación

Vimos que, cuando el autor se representa y quiere el resultado y dirige su conducta hacia su realización se configura un supuesto de dolo directo, pero cuando el autor se representa el resultado como posible pero confía en que no se producirá y continúa con su conducta se configura un supuesto de dolo indirecto; en cambio la representación como modalidad del dolo se configura cuando no hay una certeza absoluta de la producción del resultado, sino únicamente la conciencia de su posibilidad dentro del curso causal de la acción.

En palabras de Welzel, la representación constituye el momento intelectual del dolo ya que permite que el autor comprenda el sentido final de su conducta y las consecuencias que pueden derivarse de ella.⁹¹

La articulación entre representación, conocimiento y voluntad permite comprender la estructura interna del dolo como forma de imputación subjetiva. A través de estos elementos, el derecho penal establece el vínculo entre el autor y el hecho típico, garantizando que la responsabilidad penal se funde en conductas realizadas con conciencia y decisión.

2.4 Conceptualización de elementos subjetivos distintos del dolo

Dentro de la teoría del delito, la tipicidad penal ha sido concebida como una estructura compleja integrada por elementos objetivos y subjetivos. En los delitos dolosos, vimos que el elemento subjetivo fundamental está constituido por el dolo, entendido como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo penal. Sin embargo, la legislación penal y parte de la dogmática han incorporado, junto al dolo, otros componentes de naturaleza subjetiva que exceden su contenido clásico. Estos componentes son conocidos como elementos subjetivos distintos del dolo, elementos subjetivos especiales o elementos subjetivos del injusto.

En términos generales, los elementos subjetivos distintos del dolo pueden definirse como aquellas exigencias de carácter interno que el legislador introduce en el tipo penal y que requieren, además del dolo, la presencia de una determinada finalidad, tendencia, ánimo o motivo en la conducta del autor. A diferencia del dolo que, como vimos, se refiere al

⁹⁰ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

⁹¹ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

conocimiento y voluntad respecto de los elementos objetivos del tipo, estos elementos agregan una dimensión subjetiva adicional que apunta a la orientación interna de la acción.

En este sentido, Roxin sostiene que estos elementos son exigencias subjetivas adicionales que condicionan la realización del tipo penal, en la medida en que el legislador exige que el autor actúe con una determinada finalidad o con un propósito específico.⁹² Estos elementos aparecen en tipos penales que requieren un fin ulterior, es decir una finalidad que trasciende la mera realización del hecho típico.

De manera similar, Welzel señaló que estos elementos se caracterizan por introducir una orientación subjetiva específica dentro de la estructura del tipo penal. Sin embargo, advirtió que en algunos tipos penales el legislador exige no sólo la dirección final de la conducta hacia la realización del hecho típico, sino también la presencia de una finalidad adicional que constituye un elemento subjetivo específico del tipo.⁹³

En la doctrina latinoamericana, Zaffaroni ha señalado que los elementos subjetivos distintos del dolo consisten en exigencias internas adicionales que el legislador introduce en el tipo penal y que obligan a indagar en la orientación interna del autor más allá del simple conocimiento y voluntad de realización del hecho.⁹⁴ Según este autor, tales elementos suelen expresarse mediante fórmulas lingüísticas como “con ánimo de”, “con el propósito de”, “con la finalidad de” o “con el designio de”.

Por su parte, Enrique Bacigalupo sostiene que estos elementos constituyen componentes subjetivos adicionales del tipo penal que no se refieren a la voluntad de realizar el hecho típico, sino a la presencia de una determinada finalidad o motivación en el autor.⁹⁵ Desde esta perspectiva, el tipo penal no sólo exige que el sujeto conozca y quiera la realización del hecho, sino también que actúe impulsado por una orientación interna específica.

La existencia de estos elementos subjetivos ha generado intensos debates en la teoría del delito. Mientras algunos autores consideran que cumplen una función legítima de delimitación típica, otros han advertido que su proliferación puede generar una expansión excesiva del componente subjetivo del tipo penal. En este sentido, la crítica doctrinaria ha señalado que la introducción de tales elementos produce una hipertrofia del aspecto subjetivo

⁹² Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.

⁹³ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

⁹⁴ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

⁹⁵ Bacigalupo Zapater, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Hammurabi.

de la tipicidad, en la medida en que exige al intérprete reconstruir estados internos de la conciencia del autor que exceden la estructura clásica del dolo.

Desde un punto de vista sistemático, los elementos subjetivos distintos del dolo pueden manifestarse de diversas formas. Entre las categorías más relevantes que la doctrina ha identificado se encuentran el animus, el motivo, la tendencia y los fines especiales de la acción.

2.4.1 El animus del autor

Uno de los elementos subjetivos más tradicionales en la dogmática penal es el animus o ánimo del autor. Esta categoría hace referencia a la actitud subjetiva específica con la que el sujeto realiza la conducta típica. A diferencia del dolo, que se refiere al conocimiento y voluntad de realizar el hecho, el animus describe una orientación interna particular que caracteriza la acción.

En la doctrina penal, el concepto de animus ha sido utilizado para identificar diferentes estados subjetivos que el legislador considera relevantes para la configuración de determinados delitos. Así, por ejemplo, en diversos tipos penales aparecen expresiones como animus lucrandi (ánimo de lucro), animus injuriandi (ánimo de injuriar) o animus domini (ánimo de dueño).

Desde el punto de vista dogmático, el animus representa una forma específica de dirección subjetiva de la conducta. En palabras de Claus Roxin, estos elementos reflejan una finalidad particular que el legislador considera relevante para delimitar el injusto penal.⁹⁶ En consecuencia, el animus funciona como un elemento que restringe el alcance del tipo penal, excluyendo aquellas conductas que, aunque objetivamente coincidan con la descripción típica, carecen de la orientación subjetiva requerida.

No obstante, la doctrina crítica ha advertido que el uso de esta categoría puede resultar problemático. En la medida en que el animus se refiere a la orientación interna del sujeto, su acreditación depende de inferencias sobre la intención del autor, lo cual incrementa la complejidad probatoria y amplía el margen interpretativo del juzgador.

2.4.2 El motivo

Otra categoría relevante dentro de los elementos subjetivos distintos del dolo es el motivo. Mientras el animus se refiere a la finalidad inmediata de la acción, el motivo alude a la razón o impulso que lleva al autor a actuar. Desde una perspectiva psicológica, el motivo

⁹⁶ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.

constituye el factor que impulsa al individuo a realizar una determinada conducta. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Penal la relevancia de los motivos ha sido tradicionalmente limitada, en la medida en que el sistema penal moderno se estructura sobre el principio del acto y no sobre la valoración de la personalidad del autor.

En este sentido, Günther Jakobs sostiene que los motivos pertenecen fundamentalmente al ámbito de la culpabilidad o de la determinación judicial de la pena, y no al de la tipicidad.⁹⁷ La introducción de motivos específicos dentro del tipo penal implica trasladar al ámbito de la tipicidad una valoración sobre las razones internas que impulsan la conducta, lo cual puede resultar problemático desde el punto de vista del principio de legalidad y de la seguridad jurídica.

En palabras de Bujan Perez, catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Coruña, “una acreditación difícil, por no decir imposible, si se parte de la premisa metodológica de concebir la mente como sustancia y de que, consiguientemente, dicho elemento subjetivo es un objeto que reside en algún lugar opaco de la mente del autor, con lo que probar su presencia es tarea condenada al fracaso”⁹⁸.

El elemento subjetivo se caracteriza por añadir algo a la conducta típica objetivamente descrita, de tal forma que le confiere un significado distinto, el elemento subjetivo hace surgir una nueva acción, con una relevancia penal específica diferente de la que poseería la acción integrada solo por términos típicos objetivos, de tal manera que sin el elemento subjetivo, la conducta será ya irrelevante para el Derecho Penal o integraría un tipo penal diferente.

A pesar de estas objeciones, el legislador ha incorporado en algunos casos determinados motivos como elementos típicos, especialmente cuando se considera que revelan una particular peligrosidad o una mayor gravedad del hecho.⁹⁹ No obstante, la utilización de esta categoría dentro de la tipicidad penal ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina garantista.

2.4.3 La tendencia

En términos generales, este concepto hace referencia a una orientación interna de la conducta hacia un determinado objetivo o finalidad. A diferencia del *animus*, que suele referirse a una finalidad concreta y definida, la tendencia expresa una dirección general de la conducta del autor. En algunos tipos penales, el legislador exige que el sujeto actúe con

⁹⁷ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

⁹⁸ Martínez-Bujan Perez, C. (2013) Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial. Tirant lo Blanch.

⁹⁹ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, arts. 79 a 302. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

una determinada tendencia, lo que implica que la conducta debe estar orientada hacia un objetivo específico, aunque este objetivo no necesariamente se materialice.

Según explica Hans Welzel, las tendencias constituyen manifestaciones de la dirección final de la acción que el legislador considera relevantes para delimitar el injusto penal. Desde esta perspectiva, la exigencia de una determinada tendencia permite restringir el alcance del tipo penal a aquellas conductas que presentan una orientación específica hacia la lesión del bien jurídico protegido.¹⁰⁰ En los delitos de tendencia, el autor busca un resultado posterior al que es causado por la acción típica, por ejemplo en el secuestro extorsivo lo que se busca es el pago de un rescate.

Sin embargo, al igual que ocurre con otras formas de elementos subjetivos especiales, la utilización de tendencias dentro de la estructura del tipo penal puede generar dificultades interpretativas y probatorias. En particular, la determinación de si una conducta estaba orientada hacia una determinada finalidad depende en gran medida de la valoración que el juzgador realice sobre el contexto y las circunstancias del caso.

2.4.4 Fines especiales de la acción

En estos casos, el legislador exige que el autor actúe con un propósito específico que trasciende la mera realización del hecho típico. Estos fines especiales suelen aparecer en tipos penales que contienen expresiones como “con el propósito de”, “con la finalidad de” o “para”. En tales supuestos, la realización del tipo penal depende no sólo de la conducta objetiva y del dolo, sino también de la presencia de un objetivo ulterior que el autor busca alcanzar mediante su acción.

Según Claus Roxin, los fines especiales constituyen uno de los ejemplos más claros de elementos subjetivos adicionales del tipo penal. En estos casos, el legislador exige que la acción esté dirigida hacia un objetivo específico que forma parte de la descripción típica.¹⁰¹ Sin embargo, su utilización también ha sido objeto de críticas, especialmente cuando la finalidad exigida no guarda una relación directa con la lesión del bien jurídico protegido.

2.4.5 Consideraciones finales sobre los elementos subjetivos distintos del dolo

El análisis realizado permite advertir que los elementos subjetivos distintos del dolo constituyen una categoría heterogénea dentro de la teoría del delito. A través de figuras como

¹⁰⁰ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

¹⁰¹ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.

el animus, el motivo, la tendencia o los fines especiales de la acción, el legislador introduce exigencias subjetivas adicionales que condicionan la configuración del tipo penal.

Si bien estos elementos pueden cumplir una función delimitadora en determinados supuestos, su proliferación plantea serios problemas desde el punto de vista sistemático. En particular, la incorporación de exigencias subjetivas adicionales produce una expansión del componente subjetivo del tipo penal que puede generar una hipertrofia de la tipicidad subjetiva, desplazando el análisis penal hacia la interioridad del autor.

En este contexto, la crítica desarrollada en la presente investigación adquiere especial relevancia. Si el tipo penal ya se encuentra estructuralmente completo mediante la combinación de sus elementos objetivos y el dolo, la introducción de elementos subjetivos adicionales aparece como una ampliación innecesaria que altera el equilibrio estructural del tipo penal y genera tensiones con los principios constitucionales que conforman el Derecho Penal contemporáneo.

CAPÍTULO 3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS

La Constitución Nacional no solo organiza al Estado, sino que también formula un sistema de principios y garantías que constituyen pilares fundamentales. Así, el desarrollo del Derecho Penal de un Estado de derecho ha estado siempre sometido a ciertos principios y garantías que orientan y limitan el poder punitivo del Estado. Estos principios deben estar presentes durante el proceso y en la decisión tomada por el juez para asegurar el cumplimiento de los derechos del imputado, respetar el Estado de derecho y la forma republicana de gobierno. La aplicación de estos principios como límite debe estar presente al momento de establecer los delitos, constituyendo límites a la criminalización, como al momento de fijar las penas, constituyendo límites al castigo.

La Constitución Nacional adopta un sistema liberal que prioriza la libertad de los ciudadanos y consagra una serie de principios fundamentales para el derecho penal, muchos de los cuales, a su vez, son reformulados por los Pactos de Derechos Humanos incorporados mediante la reforma de 1994 en el art. 75, inc. 22.¹⁰²

3.1 Principio de legalidad penal

Este principio es fundamental para el derecho penal y reside en la exigencia de que la descripción de las acciones amenazadas con pena debe estar contenida en la ley. En consecuencia, decimos que sin ley previa no hay delito, por ende tampoco hay sanción, expresado normalmente con el aforismo latino “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Esta garantía se encuentra reconocida en el Derecho Internacional como un Derecho Humano, según el cual nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.

En nuestra Constitución Nacional, este principio se encuentra en el art. 18, el cual establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.¹⁰³ Esta disposición, además guarda relación con el art. 19 de la Constitución Nacional, donde establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.¹⁰⁴

De acuerdo con este principio, todos los ciudadanos tienen derecho de conocer en el momento de su acción, si dicha conducta se encuentra alcanzada por una prohibición o si existe algún deber de realizar acción alguna porque cuya omisión constituye un delito.

¹⁰² Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 75, inc. 22. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹⁰³ *Ibíd.*, art. 18.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, art. 19.

De este principio se desprenden otras garantías: por un lado, exige la existencia de un delito determinado por la ley y requiere que la ley señale la pena que le corresponde a dicho delito, por otro lado, se deriva la garantía del debido proceso judicial.

Ahora, esa ley penal que determina la existencia de un delito, debe cumplir con ciertos requisitos:

A- Ley previa

La ley penal debe existir con anterioridad al hecho para que este pueda ser penado, de aquí deriva el principio de irretroactividad de la ley penal, según el cual la ley siempre rige para el futuro, excepto cuando sea en beneficio del imputado ya que en tal caso rige el principio de retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna.¹⁰⁵

B- Ley escrita

Es necesario que la ley penal haya sido sancionada por el Poder Legislativo y publicada en el Boletín Oficial de la Nación, excluyendo la aplicación de la costumbre o el derecho no escrito. Sin embargo, a veces los tipos penales contienen elementos normativos de carácter cultural, por lo cual será necesario recurrir a la costumbre para completar el hecho descrito.

C- Ley estricta

Implica la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía, pero hay que distinguir la analogía que perjudica al imputado e implicaría ampliar la aplicación de la ley a hechos no previstos, de la analogía que trata de aplicar a un hecho una ley penal o un principio jurídico que trae un beneficio para el reo, lo cual constituye una excepción a la prohibición de la analogía.¹⁰⁶

D- Ley cierta

Impone la necesidad de cierto grado de precisión y exhaustividad a la hora de la determinación del hecho, cumpliendo con el mandato de determinación que exige que la ley determine de manera suficiente las distintas conductas prohibidas, evitando la generalización y los conceptos elásticos. Sin embargo, algunas veces surgen elementos valorativos del tipo penal, como la negligencia o imprudencia, que implican la apertura del tipo penal.

¹⁰⁵ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art. 2. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁰⁶ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

3.2 Principio de culpabilidad

Zaffaroni define el principio de culpabilidad como la expresión más acabada de exigencia de respeto a la persona y, según su postura, puede subdividirse en dos principios: por un lado, la exclusión de la imputación de un resultado por la mera causación del mismo; y por otro lado, la prohibición de ejercicio del poder punitivo cuando no es exigible otra conducta adecuada a derecho.¹⁰⁷

Este principio tiene como condición imprescindible que se demuestre que el sujeto ha tenido la posibilidad de optar entre la infracción y el respeto de la norma y la motivación suficiente para transgredirla. Solo de esta forma, el hecho puede ser imputado y reprochado con una pena legítima.

3.3 Principio de reserva

Este principio, como vimos, se relaciona y deriva del principio de legalidad e implica reservarles a los ciudadanos una zona exenta de castigo: se trata de situaciones que, por más inmorales, viciosas o perjudiciales que sean, no configuran una conducta establecida por la ley como delito. El art. 19 de la Constitución Nacional establece que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.¹⁰⁸

Este principio se vincula con el propio sistema democrático, en conjunto con el art. 18, delimita el ámbito en el que los ciudadanos tienen garantizados que no serán alcanzados por el derecho penal porque no se encuentran captados por reglas que delimitan cuáles son las infracciones y sus consecuencias previo a su acaecimiento.

3.4 Principio de privacidad

Establece la Constitución Nacional en su art. 19 que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados,¹⁰⁹ consagrando así, una zona de intimidad del individuo que no puede ser amenazada ni castigada por el ius puniendi.

Conforme este artículo, esta zona de privacidad comprende el fuero interno de la persona, es decir las ideas, pensamientos y creencias que no trascienden al exterior o que no pueden ser probadas con certeza, ya que se encuentra relacionado con el principio de indubio pro reo.

¹⁰⁷ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

¹⁰⁸ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹⁰⁹ Ibid.

3.5 Principio in dubio pro reo

El principio in dubio pro reo constituye una regla de valoración de la prueba, está dirigido al juez ya que es quien debe valorar la prueba con criterios favorables para el acusado cuando su contenido arroje dudas sobre su culpabilidad. Esto se fundamenta en que resulta menos grave para la sociedad, la libertad de cargo de un culpable que la condena de un inocente.

La aplicación de este principio permite un proceso penal que respete la igualdad entre las partes, funciona como presupuesto básico para la limitar la desigualdad de posiciones entre el apoyo estatal a la hipótesis de acusación y respecto de quien debe soportar la persecución penal.

El aforismo “in dubio pro reo” representa la garantía constitucional derivada del principio de inocencia, ya que exige al tribunal que alcance la certeza sobre la imputación delictiva para condenar y aplicar una pena.

3.6 Principio de presunción de la inocencia

La presunción de la inocencia es uno de los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho, constituye uno de los derechos subjetivos que debe ser reconocido a toda persona imputada, es definido incluso como un estado jurídico que solo puede ser invalidado mediante una condena firme.¹¹⁰

Este principio permite a toda persona conservar el estado de “no autor del delito” hasta que se emita una resolución judicial firme, por lo tanto, toda persona es inocente y debe ser tratada así mientras no se declare su culpabilidad en un juicio. La culpabilidad debe ser jurídicamente construida, logrando un grado de certeza suficiente; el imputado no debe construir su inocencia y, por lo tanto, no debe ser tratado como culpable durante el proceso.

Es una garantía que encontramos en el Derecho Internacional en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el art. 9 que establece que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable¹¹¹; también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 11 donde explica que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesaria para su defensa¹¹²; y finalmente en la Convención Americana sobre Derechos

¹¹⁰ Oré Guardia, A. (1996) Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas.

¹¹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 9.

¹¹² Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 11.

Humanos se establece en el art. 8 que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.¹¹³

En el marco de este principio, quien acusa tiene la carga de prueba, debe probar la culpabilidad, mientras que el imputado no está obligado a probar su inocencia ya que la misma se presupone.

3.7 Derecho de defensa

La defensa en juicio es un derecho constitucional del imputado, se encuentra en el art. 18 de la Constitución Nacional donde se consagra como la facultad que toda persona tiene para contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercer su defensa en todo proceso donde se vea involucrado.¹¹⁴

En el plano internacional encontramos esta garantía en el art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹¹⁵; en los apartados D y E de la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹⁶; y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹¹⁷

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que se trata de un componente central del debido proceso que obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso y no simplemente como objeto del mismo. Además, establece que es un derecho que debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y que solo culmina cuando finaliza el proceso con la ejecución de la pena, en caso de que corresponda.

3.8 Principio del acto. Derecho Penal de autor

El Derecho Penal de actos implica que la ley penal castiga la perpetración de una acción ilícita y culpable, cualquiera sea la personalidad del autor. En una posición opuesta se encuentra el Derecho Penal de autor, donde se castiga a un sujeto por reunir determinadas características personales que la ley describe y frente a las cuales se les conecta una pena, es decir, se le aplica una sanción al individuo porque su personalidad encuadra en un tipo de autor.

Para el derecho penal argentino, y conforme al art. 19 de la Constitución Nacional, el principio del acto es el que rige nuestro ordenamiento. De acuerdo con el mismo, solo los

¹¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969) Art. 8. OEA.

¹¹⁴ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 18. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹¹⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 8.

¹¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969) Apartados D y E. OEA.

¹¹⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 14.

hechos externos, lesivos y peligrosos para un bien jurídico, son actos punibles.¹¹⁸ Es decir que, siguiendo este principio, no se puede penar a una persona por su personalidad, peligrosidad o ideas, sino por lo que hace.

Por otra parte, encontramos la contracara del principio del acto, conocido como principio del autor, el cual es propio de sistemas autoritarios, donde se castiga al sujeto por lo que es, teniendo en cuenta su postura política, religión, ideología, raza o, mismo, su posible peligrosidad, sin requerir un acto concreto para juzgarlo. En nuestro ordenamiento jurídico, este último principio está prohibido.

3.9 Conclusión

Los principios impuestos por el derecho constitucional permiten entender al Derecho Penal como última ratio de la política estatal destinada a prevenir los comportamientos delictivos. El primer límite, aunque implícito, es la justicia, en cuya virtud el Estado debe renunciar a imponer penas injustas, aun cuando existan fundamentos de utilidad o conveniencia social.

¹¹⁸ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

CAPÍTULO 4. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL.

La presente investigación se centra en la idea de que juzgar a una persona por sus intenciones, mediante la aplicación de elementos subjetivos distintos del dolo, y no por sus actos es incompatible con el principio de reserva, art. 19 de la Constitución Nacional y el principio del acto, fundamental para el Derecho Penal.

Como vimos en el capítulo 2, los elementos subjetivos distintos del dolo son la intención, la tendencia o el ánimo específico con los que actúa el autor y que están especificados en ciertos tipos penales como un requisito extra al dolo que, por sí solo ya completa el aspecto subjetivo del tipo penal.

La teoría que desarrollamos sostiene que tales elementos no deben existir, ya que todo lo que conforma la parte subjetiva del delito debe estar incluido dentro del dolo, es decir el conocimiento y la voluntad. Cualquier otro elemento que no se refiera al conocimiento y a la voluntad del autor debe ser considerado en la culpa, por lo que dolo y culpa son suficientes para definir un delito, siendo los elementos subjetivos distintos del dolo una hipertrofia del aspecto subjetivo del tipo penal

Tradicionalmente, el elemento subjetivo del tipo se asoció con la intención del sujeto que comete un delito, en esta investigación sostenemos que poder probar ese elemento subjetivo implica pretender ingresar al fuero interno del autor, lo cual constituye una violación a diversos principios que desarrollamos en el capítulo 3.

La crítica principal a la incorporación de elementos subjetivos distintos del dolo es que derivan en una mayor subjetividad al momento de aplicar el Derecho Penal, lo que se traduce en un mayor grado de arbitrariedad en la aplicación de sanciones.

4.1 Discusión doctrinaria. Roxin, Jakobs y Zaffaroni sobre los elementos subjetivos distintos del dolo

Contemplar una breve discusión doctrinaria acerca del papel que ocupan los elementos subjetivos en la estructura del delito nos permitirá entender qué relación tienen estos con los principios constitucionales. Entre las posiciones más influyentes se encuentran las desarrolladas por Claus Roxin, Günther Jakobs y Eugenio Raúl Zaffaroni, cuyas perspectivas reflejan distintas concepciones acerca de la función del derecho penal y de los límites de la imputación subjetiva.

En la teoría del delito desarrollada por Roxin, los elementos subjetivos especiales son considerados componentes legítimos de la estructura típica cuando cumplen la función de delimitar con mayor precisión el ámbito de la prohibición penal.¹¹⁹ Desde este enfoque, la incorporación de finalidades específicas en ciertos tipos penales puede resultar necesaria para diferenciar conductas que, desde el punto de vista objetivo, podrían resultar similares pero que presentan un distinto significado jurídico-penal.

Así ocurre, por ejemplo, en diversos delitos patrimoniales donde la exigencia de una finalidad específica, como el ánimo de lucro, permite distinguir entre comportamientos socialmente tolerados y conductas que merecen reproche penal. Para Roxin, estos elementos subjetivos no implican necesariamente un desplazamiento hacia el derecho penal de autor, siempre que se mantengan vinculados a la realización del hecho típico y no se transformen en meras valoraciones acerca de la personalidad del autor.¹²⁰

La posición de Jakobs, en cambio, se inscribe en el marco de su teoría funcional del Derecho Penal, según la cual la función principal del sistema penal consiste en garantizar la vigencia de las normas que estructuran la convivencia social.¹²¹ Desde esta perspectiva, los elementos subjetivos especiales pueden desempeñar un papel relevante en la determinación del significado normativo de la conducta.

Sin embargo, la teoría de Jakobs también ha sido objeto de críticas por su tendencia a enfatizar la función preventiva del Derecho Penal en detrimento de su dimensión garantista. En particular, algunos autores han señalado que ciertos desarrollos de esta teoría pueden facilitar la expansión del poder punitivo hacia formas de imputación basadas en la peligrosidad o en la actitud normativa del autor.

En el ámbito latinoamericano, la posición de Zaffaroni se presenta como una de las críticas más contundentes frente a estas tendencias expansivas del Derecho Penal. Desde su perspectiva, el sistema penal debe interpretarse siempre a la luz de su función limitadora del poder punitivo, evitando configuraciones normativas que permitan ampliar excesivamente el ámbito de punibilidad.¹²²

En relación con los elementos subjetivos, Zaffaroni advierte que su utilización puede favorecer un desplazamiento hacia modelos de Derecho Penal de autor, particularmente cuando la imputación penal se basa en la evaluación de motivaciones o intenciones que

¹¹⁹ Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traducción Luzon Peña, Miguel. Civitas.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

¹²² Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

exceden el marco del hecho típico.¹²³ Según este enfoque, la estructura del delito debe centrarse en la realización de una conducta objetivamente verificable y subjetivamente abarcada por el dolo, evitando incorporar criterios de imputación que dependen de valoraciones acerca de la personalidad o de la moralidad del autor.

La discusión entre estas posiciones refleja dos concepciones diferentes del Derecho Penal: mientras que algunas corrientes doctrinarias enfatizan la necesidad de adaptar la estructura del delito a las diversas formas de criminalidad contemporánea, las perspectivas garantistas insisten en la importancia de preservar los límites tradicionales del poder punitivo. En el contexto del Derecho Penal argentino, este debate adquiere particular relevancia debido a la presencia de numerosos tipos penales que incorporan elementos subjetivos especiales.

En consecuencia, el análisis crítico de estos elementos no solo contribuye a comprender la estructura dogmática del delito, sino que también permite evaluar hasta qué punto determinadas configuraciones normativas pueden resultar compatibles con los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad.

4.2 ¿Puede el Estado penetrar en la esfera interna del sujeto?

4.2.1 El límite constitucional. La exterioridad del acto

La utilización de elementos subjetivos distintos del dolo como fundamento para juzgar y aplicar una pena implica una indebida penetración en la esfera interna del sujeto violando el principio de reserva garantizado en la Constitución Nacional. Consideramos que su aplicación va más allá de una discusión sobre la estructura del tipo penal, se trata de un problema que afecta el núcleo del modelo liberal de Derecho Penal adoptado constitucionalmente partiendo del art. 19, el cual consagra dicho principio y delimita el ámbito de actuación legítima del poder punitivo estatal.

El art. 19 establece que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.¹²⁴ Esta cláusula, de carácter liberal, reconoce al individuo como titular de una esfera de autonomía inmune al control estatal. Este precepto ha sido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como una garantía estructural que delimita el alcance del Derecho Penal, en el precedente “Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes” (1986) reafirmó que el Estado no puede

¹²³ Ibid.

¹²⁴ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

sancionar conductas que no trascienden la órbita privada ni generen lesión o peligro concreto a bienes jurídicos de terceros, revalorizando este carácter limitador del art. 19 frente a posibles expansiones punitivas basadas en criterios morales.¹²⁵

Como hemos mencionado en el capítulo 2, los elementos subjetivos distintos del dolo se definen como aquellos componentes anímicos exigidos por el tipo penal que exceden el simple conocimiento y voluntad de realización del hecho típico. Entre ellos, encontramos el ánimo de lucro, la intención de causar un daño, el propósito de obtener un beneficio, entre otros. Vimos que estos elementos no se reducen al dolo sino que suponen una finalidad ulterior o una motivación específica que el legislador incorpora como requisito típico.

Sin embargo, cuando tales elementos subjetivos pasan a constituir el fundamento de la imposición de una pena, el Derecho Penal está desplazando su centro de atención desde el hecho hacia la esfera interna del autor cuando, dentro del modelo que tenemos en nuestro país, el injusto penal debe fundarse en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico mediante una conducta exteriorizada. Ha sostenido Zaffaroni que el Derecho Penal de acto, en contraposición al Derecho Penal de autor, se caracteriza por juzgar hechos y no personalidades, convicciones o inclinaciones internas.¹²⁶ Por ende, este desplazamiento genera un problema constitucional: si el principio de reserva impide que el Estado aplique su potestad punitiva en la esfera de las acciones privadas, con mayor razón debería verse impedido que el Estado sancione motivaciones, finalidades o estados anímicos que, en sí mismos pertenecen al ámbito interno del individuo.

Si bien entendemos que la inclusión de estos elementos podría ser legítima si su exigencia se vincula a una mayor afectación del bien jurídico protegido, en diversos supuestos la finalidad específica no altera la entidad objetiva del daño, sino que responde a valoraciones morales sobre la motivación del autor. Así, el “ánimo de lucro” como elemento constitutivo en determinados delitos no incrementa el perjuicio material causado, sino que constituye un mayor reproche hacia quien actúa con afán económico. De acuerdo con esta hipótesis de trabajo, el problema radica en que el reproche deja de apoyarse exclusivamente en el desvalor de acción y de resultado, para basarse en un juicio sobre la orientación interna del sujeto.

El análisis llevado a cabo en este trabajo permite hacer una crítica más profunda si se hace una distinción entre pensamiento y acción: aunque el Derecho Penal no sanciona pensamientos aislados, la exigencia de fines específicos obliga al juez a reconstruir la

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de agosto de 1986). Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes. Fallos: 308:1392.

¹²⁶ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

interioridad del sujeto para determinar su responsabilidad, ejercicio que, aun cuando tome como base indicios externos, basa la punibilidad en la comprobación de un estado mental particular. En la medida en que el reproche se apoye en esa interioridad, el derecho penal se aproxima a un modelo de control de conciencia.

Si bien puede objetarse que todo delito doloso requiere penetrar en la subjetividad para verificar el dolo, la diferencia reside en que el dolo constituye el mínimo subjetivo indispensable para imputar un hecho como propio, sin él, la acción carece de sentido consciente hacia el resultado típico; mientras que los elementos subjetivos distintos del dolo, agregan una capa adicional de interioridad que no siempre corresponde con una mayor lesión objetiva, es decir que se trata de finalidades ulteriores que podrían permanecer en el fuero interno sin alterar la configuración externa del hecho.

Desde una perspectiva garantista, el principio de lesividad, íntimamente vinculado al principio de reserva, exige que el Derecho Penal sólo intervenga cuando exista una lesión o peligro concreto a un bien jurídico. Luis Ferrajoli ha sostenido que el Derecho Penal debe excluir cualquier forma de punición basada en juicios morales o valoraciones sobre la personalidad del autor.¹²⁷ Por lo tanto, cuando la punibilidad depende de acreditar un ánimo o propósito específico, se corre riesgo de que el juicio penal derive en una evaluación ética del sujeto más que en la constatación de un daño socialmente relevante.

4.2.2 El principio de acto y la prohibición del derecho penal de autor

En el marco del Estado constitucional argentino, el Derecho Penal se legitima únicamente en la medida en que sanciona hechos exteriorizados que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos y no en tanto evalúa rasgos internos de la personalidad, convicciones morales o inclinaciones subjetivas del autor. Siguiendo con la hipótesis planteada, los elementos subjetivos distintos del dolo es decir, el ánimo de lucro, la finalidad especial, la tendencia o el móvil, representan una categoría problemática ya que se trata de elementos anímicos adicionales al dolo que trasciende la simple dirección consciente de la acción, siendo incompatibles con el principio del acto.

La doctrina argentina es particularmente enfática en la defensa del Derecho Penal de acto. Zaffaroni ha advertido que el Derecho Penal de autor se caracteriza por juzgar al individuo por lo que es o lo que se presume que es y no por lo que ha hecho.¹²⁸ Siguiendo esta pauta, la introducción de elemento subjetivos distintos del dolo opera como un mecanismo de desplazamiento desde el acto hacia el autor, más aún cuando tales elementos

¹²⁷ Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trota.

¹²⁸ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

no son imprescindibles para delimitar el bien jurídico protegido, sino que responden a un mayor reproche hacia determinadas motivaciones.

Tomando esta premisa, podemos ver que la acreditación de estos elementos subjetivos exige inferencias sobre la personalidad, el contexto virtual o las convicciones del autor produciendo que el proceso penal se convierta en un espacio de análisis del fuero interno del sujeto donde la prueba ya no se limita a los hechos sino que se orienta a reconstruir estados mentales, dando origen a otro problema que desarrollaremos más adelante: los problemas probatorios y su consecuente violación a los principios de seguridad jurídica, *in dubio pro reo* e inocencia.

En materia de política criminal, la expansión de la aplicación de los elementos subjetivos distintos del dolo, podría interpretarse como una intensificación del control social a través de cuestiones morales o motivaciones personales, generando que el derecho penal se aleje del modelo clásico de reacción frente a lesiones concretas y se acerque a un modelo de prevención basado en la sospecha de la peligrosidad.

Por lo expuesto, podemos sostener que la utilización de estos elementos como fundamento para juzgar y aplicar una pena implica un riesgo estructural para el principio del acto ya que al desplazar el eje de reproche desde la conducta exteriorizada hacia la motivación interna, el sistema penal se aproxima al derecho de autor. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido en diversos precedentes que el derecho penal debe interpretarse restrictivamente fundándose en hechos y no personalidades.

En el ya mencionado caso de Bazterrica, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la incriminación de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, en tanto que dicha conducta no implicaba un riesgo concreto para terceros y se encontraba amparado en el art. 19 de la Constitución Nacional. El Tribunal sostuvo que el Estado no puede intervenir penalmente cuando la conducta se desarrolla en la esfera privada y no produce afectación a bienes jurídicos ajenos.¹²⁹ Si bien el caso no versa específicamente sobre un elemento subjetivo distinto del dolo en particular, si reafirma un criterio estructural para el Derecho Penal: no puede fundarse en valoraciones morales sobre la persona, sino exclusivamente en la lesión de bienes jurídicos protegidos. Este razonamiento permite reforzar la idea de que la punición debe centrarse en el acto lesivo y no en la interioridad del sujeto.

En línea semejante, el Tribunal retomó esta doctrina en “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” (2009), donde declaró nuevamente la inconstitucionalidad de la penalización

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de agosto de 1986). Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes. Fallos: 308:1392.

de la tenencia de estupefacientes para consumo personal cuando se trata de conductas realizadas en el ámbito privado y sin trascendencia a terceros. La Corte enfatizó que el artículo 19 funciona como límite al poder punitivo y que la intervención penal sólo se legitima frente a conductas que trascienden la esfera íntima. El Tribunal afirmó que no corresponde al Estado imponer modelos de virtud personal ni sancionar opciones individuales que no afecten derechos ajenos.¹³⁰ Esta afirmación resulta relevante para la hipótesis analizada: si el Derecho Penal no puede castigar conductas privadas por su mera desaprobación moral, con mayor razón no debería fundar la pena en la valoración de motivaciones internas que no incrementan la lesividad objetiva del hecho.

Otro precedente importante consideramos que es “Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa” (2006) en el cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52 del Código Penal para reincidentes.¹³¹ El Tribunal sostuvo que dicha sanción implicaba una respuesta punitiva basada en la peligrosidad del autor más que en la gravedad del hecho concreto y que ello resultaba incompatible con el principio de culpabilidad por el acto. La Corte enfatizó que el sistema constitucional argentino no admite un Derecho Penal de autor que agrave la respuesta punitiva por la mera condición personal del condenado,¹³² es decir que, como esta investigación, sostuvo que el reproche penal debe anclarse en el hecho cometido, no en rasgos personales o valoraciones sobre el sujeto.

En vistas de la jurisprudencia mencionada, puede sostenerse que la utilización de elementos ajenos al dolo, que operan como criterios de valoración moral o de caracterización del autor, nos aleja de un Derecho Penal de actos y nos acerca a un sistema penal de autor que, como vimos, la Corte considera incompatible con los principios constitucionales.

4.3 Problemas probatorios. ¿Cómo se prueba la intención?

4.3.1 La imposibilidad ontológica

Probar una intención es una tarea difícil y arbitraria ya que consiste en un elemento subjetivo que reside en la mente del imputado y, por ende, no puede medirse ni observarse directamente. Se suelen utilizar distintas pruebas circunstanciales para definirla, pero éstas, quedan sujetas a interpretación de quien tiene la tarea de evaluarlas. Juzgar una intención e intentar encuadrarla en alguno de los elementos subjetivos distintos del dolo para determinar

¹³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (25 de agosto de 2009). Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. Fallos: 332:1963.

¹³¹ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.52. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹³² Corte Suprema de Justicia de la Nación. (5 de septiembre de 2006). Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa. Fallos 329:3680.

una pena, requiere comprender a fondo el estado mental del acusado al momento de ejecutar la acción.

Para descubrir los conocimientos e intenciones que tuvo el sujeto activo, y que según el caso podría configurar un evento doloso y agravado por elementos subjetivos, existen dos principales propuestas sobre cómo podemos acreditar éste elemento naturalmente subjetivo, de difícil percepción.

A- Concepción psicológica

Una de las teorías es la que estima que los conocimientos requeridos por la fórmula dolosa son datos de naturaleza psicológica: es un fenómeno psicológico que concurre en el momento de comisión delictiva que debe ser demostrado efectivamente en el proceso penal. Es preciso averiguar una realidad que se ubica en la cabeza del autor, algo que se encuentra en la psiquis del sujeto, y al que debe accederse posteriormente en el proceso. Es evidente la dificultad que conlleva acreditar este dato.

Esta corriente, se ve en serios problemas en el instante de su aplicabilidad, toda vez que no contamos con medios que puedan acreditar convincentemente ese momento interno que sirve de sustrato material para la consideración del dolo en el caso concreto. Es fundamental no perder de vista que los métodos que se utilicen para la constatación de conocimiento deben aportar certeza, interpretado esto como una plena coincidencia entre los hechos probados y los realmente acaecidos.

Los distintos medios a los que comúnmente se recurre para la averiguación de este fenómeno psicológico son los explicados a continuación.

I. Las ciencias empíricas

En lo que hace a las ciencias empíricas tenemos aquellas disciplinas científicas que tienen como objeto el análisis empírico de la faz interna o psicológica de la persona. Esta perspectiva puede resultar tal vez la más convincente para muchos en base a la idea de que las valoraciones judiciales no pueden apartarse de aquéllos conocimientos que se consideran seguros desde un punto de vista científico.

Las disciplinas científicas postuladas son la psiquiatría y la psicología ya que en principio son las únicas capaces de penetrar en la esfera psicológica del sujeto. Pero, a la luz del actual grado de desarrollo de tales disciplinas sólo podemos estar seguros de que el conocimiento aportado al proceso no será algo más que meros cálculos de probabilidad. Además, estas disciplinas requieren generalmente la colaboración activa de la persona cuya

realidad psíquica se ve sometida a evaluación, lo que en el marco del proceso no es posible exigir al acusado, ya que así estaría colaborando, quíerese o no, con la labor propia del contradictor público de justificar su responsabilidad en el hecho.

En fin, los aportes de las ciencias empíricas en lo que tiene que ver con la comprobación de los conocimientos que pudo haber tenido el encausado al perpetrar el hecho, no tiene una base segura. No ofrecen plena certeza de cuando alguien ha actuado con determinada intención. Por lo tanto, y sosteniendo la hipótesis aquí desarrollada, es viable afirmar que el postulado de la concepción psicológica nunca permitiría la condenación por un delito doloso, en razón de lo tortuoso que es constatar la realidad psíquica pretérita y ajena. De insistir con su aplicación, en tanto que no ofrece certezas sino meras probabilidades, se corre el riesgo de errar y asignarle al individuo determinados conocimientos que históricamente no existieron en su mente, y la pena en consecuencia aplicada pasaría a cumplir lo que desde un inicio queremos evitar: una sentencia arbitraria, sin fundamento suficiente donde se afecte la dignidad del imputado por no respetar las garantías y principios del Derecho Penal.

II. La confesión del acusado

Continuamos con la confesión de acusado, para muchos la única prueba directa con aptitud de acreditar ciertamente los conocimientos con que contó dicho sujeto en el momento de llevar a cabo su conducta y el motivo que lo llevó a realizar la misma, ya que por ser el dato objeto de indagación naturalmente interno, imperceptible a los ojos de todos, solamente quien lo posee podría revelarlo; caso contrario, la opción restante es recurrir a la prueba indirecta. Sin perjuicio que ésta prueba no garantiza que lo dicho por el acusado sea la verdad de lo acontecido en el pasado, es decir, la certeza tampoco aquí está amarrada.

III. Los indicios

Por último, otro medio probatorio del que puede valerse para constatar los procesos psíquicos sobre los que se asientan los elementos subjetivos es la prueba de indicios. Pero, cabe hacernos la pregunta de si esta prueba nos habilita para averiguar el estado real de representación que tuvo pretéritamente el sujeto al tiempo de cometer el delito.

Resulta relevante no omitir que la capacidad de esta prueba para obtener conclusiones que coinciden con la verdad de los hechos, se ciñe a la entidad de las premisas que conforman el silogismo. Las reglas de la experiencia que se apliquen a modo de premisa mayor deben ser enunciados que aporten declaraciones seguras e irrefutables sobre el contenido de dicha realidad; no es suficiente que no contradigan las leyes de la lógica o los conocimientos. Del

mismo modo, los hechos probados que conforman la premisa menor deben corresponder plenamente con la realidad acaecida. Si ambas premisas ofrecen probabilidades diversas, su conjugación conduce no más allá que a otra probabilidad.

Al igual que en los otros dos supuestos el resultado de la prueba no garantiza que estemos frente a la verdad y librados de meras probabilidades que bajo ningún punto de vista pueden habilitar una sentencia condenatoria.

El texto legal ofrece una solución para este problema que se basa en confiar la determinación del conocimiento necesario para el dolo y los elementos subjetivos a la convicción judicial del juez. Quizás, haga aplicable el agravante por elementos subjetivos, pero a costa de renunciar a la seguridad jurídica. La convicción del juez suele ser la solución que aporta la ley procesal ante la disyuntiva de aplicar estrictamente la concepción psicológica de la determinación de los elementos subjetivos y la pretensión de que el Derecho Penal no deje de ser un instrumento efectivo para el control social.

El proceso habitual no exige plena constatación, sino basta con que el juez, a la vista de la prueba practicada, se convenza de su existencia. Ello implica una flexibilización notable de las condiciones bajo las cuales, se hace posible dictar una condena: es mucho más sencillo convencerse de una determinada realidad que demostrarla de modo objetivo e incontrastable.

Aun cuando a la convicción del juez se sumen los requisitos de que se encuentre libre de toda duda razonable y que no contradiga las reglas de la sana crítica o de la experiencia, el convencimiento es poco objetivo, si bien estas condiciones pueden erradicar de la resolución judicial todo tinte de arbitrariedad e irracionalidad del razonamiento, no garantizan una plena correspondencia entre sus conclusiones y la realidad. Por lo cual, es dable admitir en este marco la posibilidad de que se den por probados determinados hechos, y en virtud de los mismos se fundamente una condena, sin que se haya eliminado aún el riesgo que no coincidan con la realidad efectivamente ocurrida.

A esto último también hay que sumarle que se produce una vulnerabilidad en la seguridad jurídica y el derecho de igualdad, ya que la capacidad de convencimiento puede variar de una persona a otra, pudiendo suceder que un mismo caso reciba, según quien lo resuelva, dos soluciones distintas y, ambas conclusiones deben ser consideradas correctas si es que ninguna es notablemente irracional. En consecuencia, esta respuesta que ofrece la ley procesal frente al dilema que plantea la inaplicabilidad de la concepción psicológica tampoco es convincente.

B- Concepción normativista

En oposición a la concepción psicológica, podemos encontrar un conjunto de criterios agrupados bajo el nombre de concepción normativista, cuya intención es ofrecer parámetros o criterios objetivos aplicables, que habiliten igual tratamiento en todos los casos y que sean previsibles para el destinatario de la norma.

Ante la incontrastable situación de optar por la concepción psicológica, en donde termina siendo la convicción del juez la que decide y se renuncia a la objetividad, esta modalidad normativa aparece basándose en criterios preestablecidos para determinar la presencia de elementos subjetivos en pro de la seguridad jurídica, la igualdad y el respeto a la dignidad del imputado. Aunque si bien, esta opción parece más lógica, también resulta criticable.

Una de las críticas que podemos realizar es que a través de su aplicación se admite la posibilidad de no dar con la realidad efectivamente ocurrida. También en la concepción psicológica surge este inconveniente, pero la única diferencia que encontramos es que desde el inicio el objetivo de la concepción psicológica es dar con la verdad material, sin perjuicio de que se recurra a mecanismos poco objetivos e incontrolables como es la convicción del juez, y aquí, en la concepción normativa, se admite que esa realidad empírica es difícil de revelar y lo único que genera son inseguridades y arbitrariedades, postulando recurrir a criterios fijos, conocidos de antemano, conforme al sentido social, y que se relacionan con la figura de hombre ideal racional.

Por lo tanto, la conducta dolosa ya no depende de determinados datos psíquicos cuya revelación será imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino que dicha conducta, acorde sus características externas y perceptibles, se valora socialmente como quebrantamiento de una norma penal. Pero no basta el sentido social como medio para establecer si existieron en el acusado las intenciones o motivaciones que requiere el tipo penal en el que se intenta encuadrar la acción. Las valoraciones sociales sobre la consciencia con que una persona ha llevado a cabo un determinado comportamiento, sólo pueden ser aceptables cuando resulte inequívoco que tal realización ha sido realizada con dicha motivación, aquí volvemos a la cuestión inicial y central de esta tesis, ¿Cómo se prueba de forma inequívoca que el individuo ha actuado con una intención determinada?

El papel que cumplen las ciencias empíricas en ésta concepción, para el caso la psicología y la psiquiatría, es aportar orientaciones decisivas sobre la imputabilidad del acusado, pero su eficacia es dudosa en la determinación de los conocimientos demandados por el concepto de dolo.

Esta concepción tiene como finalidad el desarrollo de criterios concretos para determinar en qué casos se puede aseverar inequívocamente que una acción ha sido realizada con una ultraintención que conceptualiza a los elementos subjetivos, pero no resuelve la cuestión de la seguridad jurídica o la arbitrariedad al momento de probar la intención del sujeto, violando así, diferentes principios del Derecho Penal, que ya hemos visto.

4.3.2 Presunción de la inocencia y carga probatoria

Como mencionamos en el capítulo anterior, el principio de inocencia constituye una de las garantías estructurales del proceso penal en un Estado de derecho. En nuestro ordenamiento jurídico este principio encuentra su fundamento en el art. 18 de la Constitución Nacional¹³³ y en tratados internacionales con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la misma.¹³⁴ En este sentido, el art. 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad¹³⁵; también el art 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra idéntica garantía.¹³⁶

De este principio se derivan consecuencias fundamentales dentro del proceso penal: la carga de la prueba corresponde íntegramente a la acusación, la culpabilidad debe acreditarse mediante prueba suficiente producida en juicio y cualquier duda razonable debe resolverse en favor del imputado.

En este contexto, la hipótesis de trabajo de la presente investigación, según la cual los elementos subjetivos distintos del dolo resultan incompatibles con los principios garantizados en la Constitución Nacional, adquiere una relevancia particular en materia probatoria. Ello se debe a que estos elementos, al exigir la acreditación de finalidades, móviles o estados anímicos del autor, introducen una exigencia probatoria que en la práctica resulta extremadamente difícil de satisfacer mediante evidencia empírica verificable. Como consecuencia, el proceso penal se ve forzado a operar con inferencias altamente especulativas sobre la interioridad del sujeto debilitando el estándar de certeza requerido para desvirtuar la presunción de inocencia.

A diferencia del dolo, que como hemos visto, puede inferirse razonablemente a partir de las circunstancias objetivas del hecho, tales como la naturaleza de la acción, el medio empleado o el conocimiento del riesgo, los elementos subjetivos distintos a este exigen probar finalidades ulteriores o motivaciones internas que no necesariamente se reflejan en la

¹³³ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 18. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹³⁴ *Ibid.*, art. 75, inc. 22.

¹³⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969) Art.8.2. OEA.

¹³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 14.2.

conducta externa. En estos casos, el juez se ve obligado a reconstruir el estado psíquico del autor mediante conjeturas o indicios indirectos como señalamos en el apartado anterior, lo que incrementa el margen de discrecionalidad judicial y, por ende, el riesgo de derivar en decisiones arbitrarias.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado en reiteradas oportunidades la centralidad de esta garantía, por ejemplo en el precedente “Casal, Matias Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa” (2005), ha afirmado que la revisión judicial debe asegurar que la condena se funde en una valoración racional de la prueba que permita alcanzar un grado de certeza suficiente sobre la responsabilidad penal del imputado.¹³⁷ Asimismo, en el fallo “Mattei, Angel s/ recurso de hecho” (1968), el tribunal sostuvo que la imposición de una pena exige la existencia de una convicción judicial fundada en prueba suficiente, descartando cualquier forma de presunción de culpabilidad incompatible con el sistema constitucional, criterio vinculado directamente con el principio de *in dubio pro reo*.¹³⁸

Asimismo, en el precedente “Carrera, Fernando Ariel s/ causa n°1069” (2012), la Corte reafirmó que la presunción de inocencia se ve vulnerable cuando la condena se apoya en inferencias probatorias insuficientes o en reconstrucciones ficticias que no alcanzan el grado de certeza requerido por el proceso penal. En ese fallo, el Tribunal hizo hincapié en que la valoración de la prueba debe respetar criterios de racionalidad y objetividad, descartando conclusiones basadas en meras y simples conjeturas.¹³⁹

La relación entre estos precedentes y la problemática que hemos planteado resulta evidente: cuando el tipo penal exige probar un ánimo o finalidad particular, el riesgo de que la condena se funde en inferencias débiles aumenta considerablemente, en muchos casos, la atribución de esa finalidad específica se realiza a partir de indicadores ambiguos o interpretaciones contextuales que no permiten alcanzar un grado de certeza equiparable al exigido para los elementos objetivos del tipo.

Esta situación deriva en la inversión fáctica de la carga probatoria, lo que constituye un problema desde la perspectiva constitucional. Si bien, formalmente la carga de la prueba continúa recayendo sobre la acusación, en la práctica el individuo se ve obligado a demostrar la inexistencia de una intención o finalidad subjetiva que el Estado no logra acreditar plenamente.

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de septiembre de 2005). Casal, Matias Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa. Fallos 328:3399.

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de noviembre de 1968). Mattei, Angel s/ recurso de hecho. Fallos 272:188.

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de junio de 2012). Carrera, Fernando Ariel s/ causa n°1069. Fallos 335:1020.

En conclusión, si se considera que el sistema penal argentino, en virtud de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales, exige que la culpabilidad se establezca mediante prueba cierta y objetiva, resulta posible sostener que los elementos subjetivos distintos del dolo entran en conflicto con el principio de presunción de inocencia, como ha sido planteado.

4.4 Principio de legalidad. ¿Los elementos subjetivos respetan la *lex stricta* y *lex certa* o son conceptos elásticos?

Como vimos, el principio de legalidad constituye uno de los pilares fundamentales del derecho penal moderno y opera como garantía frente al ejercicio del poder punitivo estatal. En nuestro ordenamiento jurídico encuentra reconocimiento expreso en el art. 18 de la Constitución Nacional,¹⁴⁰ así como en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, entre ellos el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴¹ y el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁴²

En su formulación clásica “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” el principio exige que las conductas punibles se encuentren previamente determinadas por la ley de manera clara, precisa y estricta. Dentro de las exigencias que derivan de este principio se encuentra el denominado mandato de determinación o taxatividad, conforme al cual la ley penal debe describir las conductas prohibidas de modo suficientemente preciso para permitir a los ciudadanos conocer de antemano qué comportamientos se encuentran penalmente prohibidos y para limitar la discrecionalidad judicial en su interpretación.

En este sentido, podemos sostener que la función garantista del Derecho Penal se vería gravemente comprometida si los tipos penales se estructuraran mediante fórmulas abiertas o indeterminadas que habiliten amplios márgenes de valoración judicial, por ende la incorporación en diversos tipos penales de elementos subjetivos distintos del dolo, introduce un elemento problemático en relación con esta exigencia de determinación normativa. Ello ocurre porque dichos elementos suelen formularse mediante categorías conceptuales de difícil delimitación, lo que abre la puerta a interpretaciones amplias o valorativas que pueden debilitar la certeza que el principio de legalidad pretende asegurar.

Desde esta perspectiva, el problema no radica únicamente en la presencia de un componente subjetivo en el tipo penal, lo cual resulta inherente a la estructura misma del delito, sino en la incorporación de elementos subjetivos que exceden la estructura del dolo

¹⁴⁰ Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, art. 18. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹⁴¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969) Art.9. OEA.

¹⁴² Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art. 15.

cuya comprobación depende en gran medida de inferencias interpretativas acerca de la finalidad o motivación del autor. En este contexto, resulta pertinente examinar de qué manera estos elementos pueden afectar el estándar constitucional de taxatividad penal.

4.4.1 El mandato de taxatividad y el problema de la indeterminación normativa

El principio de taxatividad exige que la ley penal describa las conductas prohibidas de manera tal que el ciudadano pueda prever razonablemente cuándo su comportamiento puede dar lugar a responsabilidad penal. La función de esta exigencia es doble: por un lado, asegurar previsibilidad normativa para los ciudadanos y, por otro, limitar el margen interpretativo de los jueces en la aplicación de la ley penal.

El penalista Sebastián Soler señalaba que la claridad del tipo penal constituye una garantía esencial de la libertad individual, pues sólo una descripción precisa del comportamiento prohibido permite limitar efectivamente el poder punitivo del Estado. Cuando la ley introduce conceptos psicológicos vagos o indeterminados, el alcance efectivo de la prohibición penal queda librado a la interpretación judicial.¹⁴³

En términos similares, Enrique Bacigalupo sostiene que la exigencia de determinación normativa implica que los tipos penales deben describir comportamientos externos verificables, evitando referencias ambiguas a estados internos cuya acreditación resulta problemática desde el punto de vista probatorio.¹⁴⁴

En el ámbito argentino, la Corte Suprema ha reiterado en numerosas oportunidades que el principio de legalidad impide la utilización de interpretaciones extensivas o analógicas en perjuicio del imputado. Así lo ha sostenido, en los fallos Arriola y Gramajo ya mencionados, y en “Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción ley 23.737” (2008), en los cuales el Tribunal enfatizó que la interpretación de la ley penal debe mantenerse dentro del límite semántico del texto legal.¹⁴⁵

La introducción de elementos subjetivos distintos del dolo plantea dificultades particulares en relación con este mandato porque como vimos a diferencia del dolo, que consiste en el conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, estos elementos suelen referirse a finalidades específicas o motivaciones del autor, tales como actuar “con ánimo de lucro”, “con la finalidad de causar un perjuicio” o “con el propósito de obligar a otro a hacer algo” constituyendo conceptos que no siempre poseen un contenido normativo claramente delimitado. Su determinación exige, en muchos casos, una

¹⁴³ Soler, S. (1992) Derecho penal argentino. Tipográfica Editora Argentina.

¹⁴⁴ Bacigalupo Zapater, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Hammurabi.

¹⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (23 de abril de 2008). Acosta, Alejandro Esteban s/infracción ley 23.737. Fallos 331:858.

reconstrucción interpretativa del estado mental del autor basada en indicios externos, lo que inevitablemente introduce un componente valorativo en la aplicación del tipo penal.

Desde la perspectiva garantista adoptada por la Constitución Nacional, esta situación genera el riesgo de que la delimitación del ámbito de punibilidad quede parcialmente desplazada desde el legislador hacia el juez, debilitando así el principio de legalidad.

4.4.2 Los elementos subjetivos y la expansión interpretativa del tipo penal

La problemática se vuelve aún más evidente cuando se analizan ciertos tipos penales del Código Penal argentino que incorporan elementos subjetivos especiales, particularmente en materia de delitos patrimoniales y contra la libertad. Por ejemplo, en el delito de estafa previsto en el art. 172 del Código Penal, la figura se estructura en torno a la noción de “engaño” orientado a provocar un perjuicio patrimonial.¹⁴⁶ Tradicionalmente se ha entendido que esta figura requiere la presencia de un ánimo de lucro, elemento subjetivo que no siempre se encuentra expresamente formulado en la norma, pero que la doctrina y la jurisprudencia han considerado implícito en la estructura del delito.

Algo similar ocurre en figuras como la extorsión o ciertos delitos contra la administración pública, donde la determinación del elemento subjetivo específico, como la finalidad de obtener un beneficio indebido, depende en gran medida de la interpretación judicial.

La doctrina penal ha advertido que este tipo de configuraciones normativas puede conducir a una ampliación del ámbito de punibilidad mediante interpretaciones extensivas. En particular, Eugenio Raúl Zaffaroni ha señalado que la utilización de conceptos indeterminados en el tipo penal puede generar un desplazamiento del Derecho Penal de acto hacia formas de valoración centradas en la personalidad o en las intenciones del autor.¹⁴⁷

En conclusión, cuando la tipicidad penal depende de la reconstrucción de finalidades internas del autor que no se encuentran claramente definidas en la norma, el principio de legalidad corre el riesgo de transformarse en una garantía meramente formal. Desde esta perspectiva, el análisis de los elementos subjetivos distintos del dolo no constituye únicamente una cuestión dogmática relativa a la estructura del delito, sino también un problema constitucional vinculado con los límites del poder punitivo en un Estado de derecho.

¹⁴⁶ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.172. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁴⁷ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

4.5 Principio de culpabilidad. ¿El dolo no es suficiente para completar el tipo penal complejo?

Como mencionamos en el capítulo anterior conforme al principio de culpabilidad, la imposición de una pena sólo puede justificarse cuando el autor ha actuado con culpabilidad, es decir cuando el hecho puede serle reprochado personalmente en virtud de su capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y de actuar conforme a dicha comprensión. El principio de culpabilidad se encuentra vinculado con el Derecho Penal de acto, según el cual la responsabilidad penal debe fundarse exclusivamente en la realización de un hecho típico y antijurídico, y no en características personales o valoraciones morales del autor.

Tomando como marco esa idea, el dolo cumple un papel central como elemento necesario para completar el aspecto subjetivo del tipo penal, ya que conecta la conducta del autor con el hecho típico, el cual se encuentra en el aspecto objetivo del tipo penal.

4.5.1 El dolo como núcleo del aspecto subjetivo

El penalista argentino Esteban Righi explica que el dolo constituye el núcleo de la imputación subjetiva en el Derecho Penal porque permite establecer el vínculo entre la conducta externa y la decisión consciente del autor.¹⁴⁸ En términos similares, Edgardo Alberto Donna sostiene que el dolo asegura la imputación personal del hecho y permite fundamentar el reproche penal dentro del marco del principio de culpabilidad.¹⁴⁹

Podemos afirmar que el dolo resulta generalmente suficiente para satisfacer las exigencias del principio de culpabilidad. Cuando el autor conoce y quiere realizar la conducta típica, la conexión subjetiva entre el sujeto y el hecho ilícito se encuentra plenamente configurada, por lo tanto no se requiere la incorporación de elementos subjetivos adicionales ya que estos no incrementan necesariamente el desvalor del hecho desde el punto de vista del bien jurídico protegido. En muchos casos, estos elementos simplemente califican la motivación interna del autor.

El problema surge cuando el tipo penal exige, además del dolo, la presencia de una finalidad específica o motivación adicional para considerar configurado el delito. En estos casos, el reproche penal no se limita al conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, sino que se extiende a la valoración de las motivaciones o propósitos internos del autor. Esta ampliación o hipertrofia del aspecto subjetivo va en contra del principio de culpabilidad en la medida en que introduce criterios de valoración que exceden el marco del acto típico.

¹⁴⁸ Righi, E. (2019) Derecho Penal. Parte General. Editorial Abeledoperrot.

¹⁴⁹ Donna, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Editorial Rubinzal Culzoni.

Desde una perspectiva crítica, Günther Jakobs ha sostenido que ciertos desarrollos del Derecho Penal contemporáneo tienden a desplazar el foco desde el hecho hacia el autor, particularmente cuando la imputación penal se basa en la evaluación de finalidades o actitudes internas.¹⁵⁰ En la doctrina latinoamericana, Eugenio Raúl Zaffaroni ha advertido que esta tendencia puede conducir a formas encubiertas de Derecho Penal de autor, en las cuales la responsabilidad penal se fundamenta en valoraciones acerca de la personalidad o peligrosidad del sujeto más que en la realización concreta de un hecho.¹⁵¹

En síntesis, podemos afirmar que la incorporación de elementos subjetivos especiales en los tipos penales puede contribuir a esta violación del principio de culpabilidad cuando la determinación del injusto depende de la interpretación de las motivaciones del autor y no exclusivamente de su conducta objetiva.

4.6 Análisis de tipos penales concretos del Código Penal que contienen elementos subjetivos distintos del dolo

La parte especial del Código Penal contiene diversos tipos penales cuya estructura incorpora ánimos especiales, finalidades ulteriores o móviles específicos, configurando lo que doctrinariamente se denomina delitos de tendencia o delitos con elementos subjetivos especiales.

Desde una perspectiva dogmática, estos elementos han sido tradicionalmente considerados necesarios para delimitar determinadas figuras. Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, particularmente a la luz de los principios de legalidad, acto y culpabilidad por el hecho, su legitimidad resulta discutible.

El problema central, como venimos sosteniendo en este trabajo, consiste en que tales elementos desplazan el eje del análisis desde la conducta exterior hacia la interioridad psicológica del autor, lo que puede generar una contradicción con el modelo de Derecho Penal de acto consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y con el principio de reserva del art. 19.¹⁵²

Como ha señalado Luis Ferrajoli, el derecho penal del Estado constitucional debe limitarse a sancionar hechos exteriorizados que lesionen bienes jurídicos, evitando la punición de estados internos o inclinaciones personales del autor.¹⁵³

¹⁵⁰ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

¹⁵¹ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

¹⁵² Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430, arts. 18 y 19. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

¹⁵³ Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trotta.

En este apartado examinaremos algunos de los principales tipos del Derecho Penal argentino que incorporan estos elementos.

4.6.1 Hurto y estafa. El problema del ánimo de lucro

Uno de los ejemplos clásicos de elementos subjetivos distintos del dolo es el ánimo de lucro, tradicionalmente exigido para los delitos de hurto y estafa. El art. 162 del Código Penal describe el hurto como el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble total o parcialmente ajena.¹⁵⁴ Si bien la norma no menciona expresamente el ánimo de lucro, la doctrina argentina tradicional ha entendido que este elemento forma parte del tipo.

Autores clásicos como Sebastian Soler sostenían que el hurto requiere el propósito de obtener un beneficio patrimonial mediante el apoderamiento.¹⁵⁵ Sin embargo, desde la perspectiva constitucional adoptada en esta investigación, la existencia de ánimo de lucro presenta dificultades importantes ya que el bien jurídico protegido, es decir el patrimonio, resulta lesionado con el mero apoderamiento ilegítimo indistintamente de la existencia o inexistencia de un propósito de enriquecimiento porque no altera la afectación objetiva del bien jurídico. Además, el ánimo de lucro constituye un estado interno difícilmente verificable, lo que introduce un margen significativo de discrecionalidad jurídica.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha enfatizado la importancia de limitar la intervención penal a conductas que impliquen una lesión concreta a bienes jurídicos. En el precedente Bazterrica, el tribunal sostuvo que el derecho penal no puede intervenir frente a conductas que no generen una afectación concreta de bienes jurídicos ya que eso vulneraría el principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.¹⁵⁶ Este criterio, resulta relevante para analizar la legitimidad de estos elementos subjetivos, en la medida que tienden a desplazar el análisis desde la lesión objetiva hacia la motivación del autor.

En el mismo sentido, la Corte ha reconocido la estructura típica del hurto como una conducta de apoderamiento ilegítimo que afecta el derecho de propiedad, señalando que la figura queda configurada cuando se produce ese desapoderamiento contrario a la voluntad del titular. En el precedente Adami, el Tribunal sostuvo que la conducta prevista en el art. 162 del Código Penal se configura cuando existe un apoderamiento ilegítimo de cosa ajena,

¹⁵⁴ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.162. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁵⁵ Soler, S. (1992) Derecho penal argentino. Tipográfica Editora Argentina.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de agosto de 1986). Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes. Fallos 308:1392.

destacando que el tipo penal se construye alrededor de esa afectación patrimonial y no en la motivación del autor.¹⁵⁷

En conclusión, en los delitos de hurto y estafa, el ánimo de lucro no resulta imprescindible para la protección del bien jurídico patrimonio. Su incorporación responde más a una construcción doctrinaria que privilegia determinadas motivaciones subjetivas, pero desde la perspectiva constitucional desplaza el foco de reproche penal hacia la interioridad del autor, reforzando la hipótesis de que los elementos subjetivos distintos del dolo resultan problemáticos en un sistema penal fundado en el principio del acto.

4.6.2 Secuestro extorsivo y la finalidad de obtener rescate

El delito de secuestro extorsivo previsto en el art. 170 del Código Penal constituye un ejemplo paradigmático de delito de tendencia, en el cual el tipo penal exige una finalidad específica: obtener rescate.¹⁵⁸

La doctrina alemana ha estudiado extensamente esta categoría, según Hans Welzel, los delitos de tendencia incorporan una orientación final de la conducta que excede el acto material realizado.¹⁵⁹ En términos similares, Jakobs ha señalado que estos delitos implican una ampliación del tipo subjetivo, ya que el legislador exige no sólo el dolo respecto de la conducta sino también una finalidad ulterior.¹⁶⁰

En la jurisprudencia argentina, la Cámara Federal de Casación Penal ha sostenido en el fallo “Delea, Hector Gustavo s/ recurso de casación” (2005) que el delito se configura aún cuando el rescate no llegue a concretarse, permitiendo interpretar que el tipo penal está completo aún sin el elemento subjetivo incorporado por el legislador pero, a su vez, la mayor gravedad del tipo penal se fundamenta en una intención futura que no necesariamente se ha materializado, lo que implica que la punición se basa parcialmente en un propósito interno del autor.¹⁶¹

Como ha advertido Ferrajoli, el Derecho Penal del Estado de derecho debe evitar sancionar intenciones o finalidades no exteriorizadas, ya que ello puede conducir a formas encubiertas de Derecho Penal de autor.¹⁶² En este caso, el núcleo del injusto del secuestro extorsivo radica en la privación ilegítima de libertad, mientras que la finalidad de obtener rescate constituye una motivación ulterior del autor, lo que introduce un elemento subjetivo

¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (25 de septiembre de 1986). Adami, Leonardo Esteban y otros s/hurto. Fallos 308:1557.

¹⁵⁸ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.170. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁵⁹ Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.

¹⁶⁰ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

¹⁶¹ Cámara Federal de Casación Penal. (20 de octubre de 2005). Delea, Hector Gustavo s/ recurso de casación.

¹⁶² Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trotta.

adicional cuya acreditación depende de inferencias sobre la intención del sujeto. Como resultado, obtenemos una ampliación del aspecto subjetivo que genera una vulneración del principio de culpabilidad ya que la punición se vincula a una finalidad futura que no se ha materializado.

El delito de secuestro extorsivo evidencia cómo el legislador incorpora finalidades específicas dentro del tipo penal como un elemento subjetivo que excede al dolo necesario para la imputación del hecho y, aunque estas finalidades responden a consideraciones político-criminales, su inclusión como elemento típico supone trasladar parte del juicio penal al ámbito de la intención del autor.

4.6.3 Asociación ilícita. Finalidad delictiva y adelantamiento de la punibilidad

El delito de asociación ilícita previsto en el art. 210 del Código Penal sanciona la participación en una asociación o banda destinada a cometer delitos.¹⁶³ Este tipo penal constituye uno de los ejemplos más claros de adelanto de la punibilidad ya que permite sancionar conductas preparatorias sin necesidad de que se haya cometido un delito concreto.

La doctrina argentina ha señalado el problema constitucional que plantea esta figura, Zaffaroni ha sostenido que el delito de asociación ilícita implica una expansión del Derecho Penal hacia ámbitos propios del Derecho Penal de autor.¹⁶⁴

La Cámara Federal Criminal y Correccional ha señalado que la configuración del delito requiere la existencia de una organización estable y la finalidad común de cometer delitos, así se afirmó en el fallo “Márquez, Carlos y otros s/ procesamiento y embargo” (2012).¹⁶⁵ Sin embargo, el problema central radica en que la punibilidad se funda en la pertenencia a una organización con determinada finalidad delictiva, aun cuando no se haya concretado ningún delito.

Desde la perspectiva adoptada en esta investigación, este tipo penal plantea dificultades particulares ya que permite sancionar conductas preparatorias sin que se haya producido aún un delito concreto. Ferrajoli ha criticado este tipo de estructuras típicas señalando que representan una forma de anticipación del poder punitivo, incompatible con un modelo garantista de derecho penal basado en la lesión efectiva de bienes jurídicos.¹⁶⁶

¹⁶³ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.210. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁶⁴ Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

¹⁶⁵ Cámara Federal en lo Criminal y Correccional. (17 de abril de 2012). Márquez, Carlos y otros s/ procesamiento y embargo. Expediente N°46.580.

¹⁶⁶ Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trota.

Este delito constituye un ejemplo de cómo los elementos subjetivos distintos del dolo pueden servir como fundamento de la punibilidad ya que al sancionar la pertenencia a una organización con finalidad delictiva, el tipo penal desplaza el centro del injusto desde la lesión de bienes jurídicos hacia la peligrosidad de los sujetos.

4.6.4 Homicidio agravado por móviles y modalidades subjetivas. Codicia, odio, alevosía y ensañamiento

El art. 80 del Código Penal contempla diversas circunstancias agravantes del homicidio que determinan la imposición de la pena de prisión perpetua. Entre ellas se encuentran móviles específicos, como la codicia o el odio, y modalidades de ejecución tradicionalmente interpretadas como indicadores de una especial intención del autor, entre las cuales podemos mencionar la alevosía y el ensañamiento.¹⁶⁷

Desde la dogmática penal, estos agravantes responden a la idea de que ciertos modos de actuar o determinadas motivaciones revelan un mayor desvalor del hecho y una mayor culpabilidad del autor. Sin embargo, cuando se examinan estas figuras desde la perspectiva constitucional adoptada en esta investigación, según la cual los elementos subjetivos distintos del dolo resultan incompatibles con diversos principios del sistema penal, surgen importantes objeciones.

En síntesis, en todos los supuestos el resultado típico es el mismo: la muerte de una persona. La diferencia radica exclusivamente en factores vinculados con la motivación o con determinadas finalidades o actitudes internas del autor, lo que convierte esos agravantes en ejemplos de elementos subjetivos distintos del dolo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado reiteradamente la centralidad del derecho a la vida dentro del sistema constitucional. En el precedente Gramajo ya mencionado sostuvo que los delitos contra la vida constituyen una de las formas más graves de afectación a los derechos fundamentales protegidos en la Constitución Nacional, lo que justifica la severidad de las respuestas penales previstas por el legislador.¹⁶⁸ No obstante, la gravedad del bien jurídico protegido no elimina la necesidad de analizar la estructura de los agravantes previstos en el art. 80 del Código Penal.

¹⁶⁷ Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179, art.80. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

¹⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (5 de septiembre de 2006). Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa. Fallos 329:3680.

A- Homicidio agravado por codicia y odio

Los agravantes vinculados con móviles, como matar por codicia o por odio racial, religioso o de género, constituyen ejemplos claros de agravación basada en la motivación subjetiva del autor. Desde el punto de vista del injusto objetivo, la conducta consiste siempre en causar la muerte de otra persona. Sin embargo, como vimos, el legislador agrava la pena cuando considera que la motivación del autor revela una mayor gravedad moral del hecho. Desde la perspectiva de la teoría del delito, estas figuras plantean un problema estructural: el incremento punitivo se basa en un juicio sobre la interioridad del autor, no en una mayor del bien jurídico.

La doctrina garantista ha criticado este tipo de construcciones. Ferrajoli sostiene que el Derecho Penal del Estado constitucional debe limitarse a sancionar hechos lesivos de bienes jurídicos, evitando la evaluación de las motivaciones internas del autor como fundamento de la pena.¹⁶⁹ En términos similares, Jakobs ha advertido que esta valoración de móviles puede conducir a un desplazamiento del Derecho Penal hacia un modelo centrado en la personalidad del autor, lo que vulnera el principio de culpabilidad por el hecho.¹⁷⁰

Desde la perspectiva de esta investigación, los agravantes del homicidio basados en móviles constituyen ejemplos de elementos subjetivos distintos del dolo que generan un incremento punitivo basado en la motivación del autor, desplazando el centro del reproche penal desde la lesión objetiva del bien jurídico hacia la interioridad psicológica del sujeto, situación que resulta incompatible con el modelo constitucional del Derecho Penal del acto.

B- Homicidio agravado por alevosía

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reconocido esta figura en diversos precedentes al analizar condenas por homicidio agravado, señalando que la alevosía se configura cuando el autor se vale de una situación de indefensión de la víctima para asegurar el resultado. En el caso “Ramos, Jose Luis s/ homicidio agravado por alevosía” (2024), el Tribunal dejó sin efecto una sentencia que había descartado el agravante de ensañamiento y alevosía sobre la base de una valoración fragmentaria de la prueba, señalando que el tribunal inferior había omitido analizar de manera integral los indicios relativos a la modalidad del hecho y a la situación de vulnerabilidad de la víctima.¹⁷¹

El interés de este precedente radica en que la Corte reconoce que la configuración del agravante exige la acreditación de un componente subjetivo diferente del dolo que, como ha

¹⁶⁹ Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trotta.

¹⁷⁰ Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de agosto de 2024). Ramos, José Luis s/homicidio agravado por alevosía.

ocurrido, se valora a partir de indicios relativos que pueden acercarse pero no constatar la intención del autor ya que como venimos mencionando a lo largo del trabajo, implica ingresar en la esfera interna del sujeto.

El legislador ha interpretado este agravante como una modalidad particularmente reprochable de ejecución del delito. Sin embargo, un análisis más detenido revela que la alevosía incorpora un elemento subjetivo específico: la decisión consciente de aprovechar la indefensión de la víctima para asegurar el resultado. Este tipo de agravante combina elementos objetivos y subjetivos ya que la situación de indefensión de la víctima constituye un dato objetivo pero la agravación sólo se configura cuando el autor la conoce y aprovecha deliberadamente esa situación.

De este modo, el agravante exige algo más que el dolo de matar: requiere la voluntad de ejecutar el hecho mediante un procedimiento que garantice el resultado sin riesgo. Desde la perspectiva constitucional, esto implica que el agravante tiene fundamento en una valoración de la estrategia subjetiva del autor, lo que introduce un elemento adicional al dolo típico del homicidio.

C- Homicidio agravado por ensañamiento

La Corte Suprema ha señalado en su jurisprudencia que este agravante se configura cuando el autor provoca padecimientos adicionales que exceden lo necesario para causar la muerte.¹⁷² Desde el punto de vista dogmático, el ensañamiento presenta una estructura problemática ya que no depende únicamente del resultado producido sino también del propósito del autor de incrementar el sufrimiento de la víctima.

Nuevamente nos encontramos frente a un elemento subjetivo específico que excede el dolo de matar y agrava la punición basándose en el especial desvalor de la actitud interna del autor. Como sostiene Ferrajoli, cuando el Derecho Penal agrava la pena en función de la crueldad o perversidad del autor, el proceso penal corre riesgo de transformarse en un juicio moral sobre la personalidad del imputado.¹⁷³

4.7 Conclusión

El desarrollo efectuado a lo largo del presente capítulo permite arribar a una conclusión sistemática respecto del problema analizado: la utilización de los elementos subjetivos distintos del dolo como fundamento para la tipicidad penal y la imposición de

¹⁷² Corte Suprema de Justicia de la Nación. (31 de agosto de 2010). Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento. Fallos 333:1687.

¹⁷³ Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trota.

pena resulta incompatible con los principios estructurales que conforman el Derecho Penal en un Estado constitucional de derecho.

En efecto, el análisis realizado demuestra que tales elementos introducen un desplazamiento del centro de gravedad del juicio penal desde el acto exteriorizado hacia la interioridad del sujeto, lo cual genera tensiones evidentes con el principio del acto, con el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional y con la prohibición de un Derecho Penal de autor.

En primer lugar, el análisis de la estructura del tipo penal permitió advertir que el dolo resulta suficiente para cumplir la función de conectar subjetivamente al autor con el hecho ilícito. Desde esta perspectiva, la incorporación de finalidades, tendencias o ánimos específicos como requisitos adicionales del tipo penal aparece como una ampliación innecesaria del aspecto subjetivo del delito. Tal ampliación produce lo que puede denominarse una hipertrofia del elemento subjetivo, en la medida en que exige al intérprete indagar no sólo si el autor actuó con conocimiento y voluntad respecto del hecho típico, sino también cuáles fueron las motivaciones internas o finalidades últimas que orientaron su conducta. De este modo, el análisis penal deja de centrarse exclusivamente en el acto exteriorizado y comienza a proyectarse sobre la esfera interna del individuo.

En segundo lugar, el recorrido doctrinario realizado permite advertir que esta problemática ha sido reconocida, aunque con distintos enfoques, por importantes autores de la dogmática penal contemporánea. Mientras ciertos desarrollos dogmáticos han aceptado la existencia de elementos subjetivos especiales como instrumentos de delimitación típica, otras posiciones han advertido que su utilización puede derivar en un desplazamiento del reproche penal hacia aspectos internos de la personalidad del autor. En este sentido, las perspectivas críticas dentro de la teoría del delito han señalado que la función del Derecho Penal debe limitarse a la valoración de conductas exteriorizadas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, evitando la introducción de juicios valorativos sobre motivaciones o tendencias subjetivas que pertenecen al ámbito íntimo del individuo.

Desde el punto de vista constitucional, la cuestión adquiere una dimensión aún más relevante ya que, como vimos el principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional constituye uno de los pilares del modelo liberal de organización jurídica. Esta cláusula establece una frontera clara entre el ámbito de intervención legítima del Estado y la esfera de autonomía individual. En ese marco, el Derecho Penal sólo puede intervenir frente a conductas que trascienden el ámbito privado y produzcan una lesión o peligro concreto a bienes jurídicos de terceros. Cuando la punición se fundamenta en la

acreditación de intenciones, tendencias o finalidades específicas, el análisis penal se aproxima inevitablemente a una evaluación de la interioridad del sujeto, lo que implica una injerencia estatal en un ámbito que el orden constitucional pretende mantener protegido.

A su vez, la utilización de elementos subjetivos distintos del dolo también plantea problemas desde la perspectiva del principio del acto. Como se ha señalado a lo largo del capítulo, el Derecho Penal moderno se estructura sobre la idea de que la responsabilidad penal debe fundarse en hechos y no en la personalidad del autor. El principio del acto exige que el reproche penal se dirija exclusivamente a la conducta realizada y a sus consecuencias objetivamente verificables. En cambio, el derecho penal de autor se caracteriza por valorar rasgos personales del individuo, su peligrosidad o sus inclinaciones internas. Cuando la tipicidad o la agravación de la pena dependen de la demostración de una finalidad subjetiva particular, el proceso penal se orienta inevitablemente hacia la reconstrucción de la esfera interna del sujeto. Este desplazamiento, aunque sea parcial, introduce elementos propios de un Derecho Penal de autor dentro de un sistema que, en teoría, se encuentra estructurado sobre el paradigma del Derecho Penal de acto.

Asimismo, el análisis desarrollado permite advertir que la exigencia de probar tales elementos subjetivos incrementa los niveles de discrecionalidad en la aplicación del Derecho Penal. A diferencia de los elementos objetivos del tipo, que pueden ser acreditados mediante pruebas directas o indicios verificables, los estados internos de la conciencia sólo pueden ser reconstruidos a través de inferencias. Esta circunstancia amplía inevitablemente el margen interpretativo del juzgador y aumenta el riesgo de decisiones basadas en valoraciones subjetivas. En consecuencia, la utilización de estos elementos no sólo desplaza el centro del reproche penal hacia la interioridad del sujeto, sino que también debilita las garantías de certeza y previsibilidad que deben caracterizar a la aplicación del Derecho Penal.

En este contexto, la hipótesis sostenida en esta investigación encuentra un respaldo consistente: la incorporación de elementos subjetivos distintos del dolo dentro de la estructura del tipo penal resulta problemática desde el punto de vista dogmático, constitucional y garantista. En lugar de contribuir a una delimitación más precisa del injusto penal, tales elementos introducen un nivel adicional de subjetividad que favorece la expansión del poder punitivo y dificulta el control racional de las decisiones judiciales. Implica un desplazamiento del Derecho Penal hacia la valoración de la interioridad del sujeto, lo cual constituye una forma indirecta de aproximación al Derecho Penal de autor. Este desplazamiento resulta incompatible con el modelo garantista que surge de la Constitución Nacional y con la concepción liberal del Derecho Penal, según la cual las

personas deben ser juzgadas por los actos que realizan y no por las intenciones o motivaciones que permanecen en el ámbito de su fuero interno.

Por todo lo expuesto, podemos afirmar que un sistema penal respetuoso de los principios constitucionales debería limitar el aspecto subjetivo del delito a las categorías de dolo y culpa, entendidas como formas de imputación subjetiva vinculadas directamente con el hecho. La introducción de finalidades, tendencias o ánimos específicos como requisitos típicos adicionales no sólo resulta innecesaria desde el punto de vista de la teoría del delito, sino que además genera tensiones con los principios fundamentales del Derecho Penal.

CAPÍTULO 5. DERECHO COMPARADO. EL USO DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO EN ESPAÑA, PERÚ Y ESTADOS UNIDOS.

5.1. Introducción. La dimensión subjetiva en la construcción del injusto penal

La dogmática penal contemporánea se enfrenta a una constante tensión entre la valoración objetiva del resultado lesivo y la valoración subjetiva de la actitud del autor. En los códigos penales de nuestro entorno jurídico-cultural, específicamente en los sistemas de tradición continental como el peruano y el español, es posible identificar una serie de circunstancias agravantes y tipos penales calificados que no dependen de la magnitud del daño material, sino que hacen referencia explícita a las intenciones, los motivos o los estados cognitivos particulares que tuvieron los autores en la realización de sus comportamientos.

La incorporación de estos elementos subjetivos conlleva una consecuencia punitiva de primera magnitud: un aumento considerable de la pena a imponerse por la comisión del delito. Normalmente, la doctrina suele agrupar algunos de estos casos bajo las categorías de "delitos de tendencia", "delitos de intención" o, también llamados, "delitos de odio". Lo que tienen en común todas estas figuras es la incorporación de un elemento subjetivo específico que funciona como un multiplicador del desvalor de la acción. Este elemento permite elevar la intensidad de la pena imponible por el hecho delictivo, bajo la premisa lógica de que dicha sanción sería ostensiblemente menor si no concurriera tal disposición anímica.

Para ilustrar esta idea podemos decir que, los ordenamientos jurídico-penales en mención consideran que el acto de matar a una persona, cuya lesividad radica en la destrucción de una vida, reviste una gravedad normativa superior si el autor actuó motivado por algún factor que radica en su esfera interna. Este plus de antijuridicidad no reside en el resultado (la muerte es la misma), sino en la motivación, lo que nos obliga a analizar cómo ocurre este fenómeno normativo y si dicha cualificación es legítima en el marco de un Derecho penal liberal.

5.2. Modelos de graduación del Mens Rea: La jerarquía en el Derecho Anglosajón

En el marco de la imputación subjetiva, la tradición continental parte de la distinción binaria entre delitos dolosos e imprudentes. El dolo implica una mayor punición, o incluso la única posibilidad de sanción en sistemas de *numerus clausus* para la culpa. Sin embargo, el Derecho comparado nos ofrece sistemas donde la subjetividad se diversifica de manera más compleja.

5.2.1. La propuesta del Model Penal Code en Estados Unidos

En los Estados Unidos de América, el sistema penal ha desarrollado una estructura de imputación subjetiva (*mens rea*) que supera la dicotomía clásica. El Model Penal Code propone reformar el requerimiento de *mens rea* reduciendo la diversidad terminológica de los códigos estatales a cuatro elementos subjetivos estandarizados: *purpose* (propósito), *knowledge* (conocimiento), *recklessness* (temeridad) y *negligence* (negligencia). Esta clasificación no es meramente descriptiva, sino que establece una jerarquía de la culpabilidad. En este esquema:

- A- El elemento de *purpose* (intención directa o propósito) implica el mayor grado de reproche posible.
- B- El *knowledge* (conocimiento práctico de que el resultado ocurrirá) conlleva un reproche menor que el propósito.
- C- La *recklessness* (asunción consciente de un riesgo sustancial) se sitúa en un nivel inferior de reproche.
- D- Y así, sucesivamente, hasta llegar a la negligencia.

De esta diferenciación jerárquica se desprende la consecuencia práctica de imponer una mayor pena siguiendo la escala de intensidad subjetiva. No es lo mismo querer el resultado como fin (propósito) que aceptarlo como consecuencia necesaria (conocimiento) o probable (temeridad).¹⁷⁴

5.2.2. La recepción en el Reino Unido

Resulta paradigmático observar cómo esta lógica ha influido en otros sistemas del Common Law. En el Reino Unido, se propuso una estructura tripartita para el delito de homicidio (*murder*), inspirada en la regulación norteamericana. Esta propuesta divide el delito en base a su elemento subjetivo en:

- A- *First-degree homicide*: El caso paradigmático del homicidio intencional (*intentional homicide*).
- B- *Second-degree homicide*: El homicidio cometido con la intención de solo causar un daño grave (*grievous bodily harm*), pero sin el propósito directo de matar.
- C- *Manslaughter*: El homicidio causado por grave negligencia.

Aunque no se puede realizar una traslación automática de estos conceptos a nuestra tradición jurídico-penal europeo-continental, de estas propuestas legislativas se infiere una

¹⁷⁴ Granados Peña, J. E. (1992). La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE. UU. Recuperado a partir de <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/281>

clara separación entre las formas del dolo que permite una graduación más fina de la respuesta punitiva.¹⁷⁵

5.3. Elementos subjetivos específicos en el derecho continental (Perú y España)

A diferencia del sistema escalonado, los códigos penales de tradición hispánica, como el peruano y el español, operan sobre la base de un concepto unitario de dolo, pero introducen elementos subjetivos específicos que funcionan como agravantes o constitutivos de tipos autónomos.

5.3.1. Intensificación cognitiva. El actuar "a sabiendas"

En nuestro ámbito, existe una forma de exigir que el delito sea cometido con un conocimiento efectivo y actual, superando el umbral del dolo eventual donde el resultado solo se representa como probable. Para ello, el legislador utiliza la fórmula técnica de "A realiza x a sabiendas de que ello implicará p". Esta técnica legislativa se manifiesta en diversos delitos de peligro y lesión:

A- En Perú

El delito de promoción o favorecimiento de la explotación sexual agrava la pena cuando la conducta se realiza "a sabiendas" de que ello da lugar a actos violentos o pone en peligro grave la vida de la víctima.¹⁷⁶ De igual manera, el delito de propagación de enfermedad peligrosa o contagiosa restringe la punibilidad al comportamiento de quien propaga la enfermedad "a sabiendas".¹⁷⁷

B- En España

El Código Penal criminaliza el acceso a pornografía mediante tecnologías de la información siempre que se haga "a sabiendas" de que se trata de pornografía infantil o de personas con discapacidad.¹⁷⁸

En estos casos, se trata de elevar el nivel de exigencia sobre el conocimiento que tenía el autor respecto al resultado, las consecuencias o una circunstancia esencial del hecho. Esta elevación del estándar cognitivo permite punir el comportamiento o agravar la pena, entendiendo que el nivel de exigencia regular del dolo básico no resulta suficiente para fundamentar el mayor desvalor de estas conductas.

¹⁷⁵ Moeen & Co. Solicitors. (s. f.). Murder, attempted murder, and manslaughter under UK law: A comprehensive guide. Moeenco.co.uk

¹⁷⁶ Código Penal de Perú. Decreto Legislativo N°635, art. 129-D. 3 de abril de 1991. Diario El Peruano.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, art. 289.

¹⁷⁸ Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995, art. 189.5. 24 de noviembre de 1995. Boletín Oficial del Estado.

5.3.2. Delitos de intención. Propósitos y tendencias internas

Los códigos penales no solo hacen referencia al conocimiento; también incorporan referencias a propósitos o intenciones específicas que trascienden la mera ejecución del acto. En estos casos, la descripción típica utiliza la fórmula "A realiza x para lograr q".

Un ejemplo claro en la legislación peruana es el delito de sicariato, que criminaliza a quien mata por encargo con el propósito específico de obtener un beneficio económico o de cualquier otra índole. Otro ejemplo es el delito de acoso sexual, donde se sanciona a quien vigila o persigue a una persona sin su consentimiento, siempre que ello ocurra para llevar a cabo actos de connotación sexual.¹⁷⁹

Ambos casos constituyen tipos penales agravados en relación con sus figuras básicas (homicidio y coacciones/acoso genérico), diferenciándose y cualificándose precisamente por la presencia de un elemento subjetivo adicional al dolo básico. Además, cualquier delito puede ser realizado con el propósito o intención específica de dar lugar al resultado (dolo directo de primer grado), lo cual se distingue cualitativamente del dolo de consecuencias necesarias o del dolo eventual. Por ejemplo, en el delito de lesiones graves, se distingue entre quien causa el daño "intencionalmente" y quien lo causa "teniendo el conocimiento de que es altamente probable".¹⁸⁰

5.4 La expansión del Derecho Penal a través de los motivos. Delitos de odio y discriminación

Tradicionalmente, el Derecho penal liberal mantenía una separación entre la intención (relevante) y los motivos (irrelevantes). Sin embargo, existe una tendencia contemporánea que otorga relevancia penal a la razón interna de la realización del comportamiento.

5.4.1. Estructura lógica de los delitos basados en motivos

La fórmula descriptiva de estos delitos es "A realiza x por razón de r". A diferencia del conocimiento o la intención, que responden a la pregunta sobre qué hizo efectivamente el autor, los motivos buscan esclarecer qué lo impulsó a hacerlo. Desde un aspecto puramente objetivo, no habría mayor lesión al bien jurídico "vida" si la muerte se produce por un motivo en particular o sin él, la pérdida biológica es idéntica. No obstante, el legislador considera que la motivación discriminatoria añade un desvalor autónomo que justifica la expansión

¹⁷⁹ Código Penal de Perú. Decreto Legislativo N°635, arts. 108-C y 176-B. 3 de abril de 1991. Diario El Peruano.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, art. 121.

punitiva. Esta proliferación normativa ha encontrado su mayor impulso en los llamados "delitos de odio".

A- En Perú

La violencia de género ha recibido un tratamiento específico mediante tipos penales agravados como el feminicidio y las agresiones contra la mujer, que sancionan matar o lesionar a una mujer "por su condición de tal", fundamentándose en la protección de la igualdad ante la ley y el derecho a no ser discriminado.¹⁸¹ Asimismo, el delito de discriminación criminaliza actos de exclusión basados en motivos de raza, religión, sexo, factor genético, etc., y se establece como circunstancia agravante genérica la ejecución del delito bajo móviles de intolerancia o discriminación, elevando la pena al tercio intermedio.¹⁸²

B- En España

El Código Penal establece como circunstancia agravante cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, de ideología, religión, orientación sexual, género, aporofobia, discapacidad, etc.. Esta agravante opera con independencia de si la víctima posee realmente dichas condiciones (error sobre la condición de la víctima) , situando la pena en la mitad superior.¹⁸³

En ambos ordenamientos, se trata de un fenómeno de expansión del Derecho penal que utiliza un lenguaje próximo al psicológico para castigar una violencia basada en motivos.

5.5. Conclusión

El análisis comparado de los ordenamientos de Estados Unidos, España y Perú revela una tendencia legislativa innegable: la proliferación de elementos subjetivos distintos del dolo para agravar la responsabilidad penal. Si bien esta técnica busca tutelar bienes jurídicos desde la óptica de la motivación o la intensidad de la voluntad, su aplicación práctica plantea severas fricciones con los principios de seguridad jurídica y de culpabilidad por el acto, pilares fundamentales de un Estado de derecho.

En primer lugar, la graduación de la pena basada en motivos o intenciones trascendentes desdibuja la frontera entre la sanción de la conducta y la censura de la personalidad. Como se ha evidenciado en el análisis de los delitos de odio o discriminación, desde un aspecto puramente objetivo, la lesión al bien jurídico es idéntica con o sin el motivo específico: la muerte de la víctima implica la misma pérdida biológica y social tanto si se

¹⁸¹ *Ibíd.*, arts. 108-B y 122-B.

¹⁸² *Ibíd.*, arts. 323 y 46.2-D.

¹⁸³ Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995, art. 22. 24 de noviembre de 1995. Boletín Oficial del Estado.

debió a un propósito discriminatorio como si no. Al agravar la pena basándose exclusivamente en la razón interna o el pensamiento íntimo, el sistema penal se aleja de la protección de bienes jurídicos para adentrarse en el terreno del juicio moral sobre las convicciones del autor, deslizándose peligrosamente hacia un Derecho Penal de autor.

En segundo lugar, la dependencia de conceptos psicológicos complejos genera un alto riesgo de arbitrariedad judicial. La distinción jerárquica entre estados mentales (como purpose y knowledge en el Model Penal Code) o la exigencia de conocimientos cualificados (a sabiendas) obliga a los tribunales a realizar indagaciones probatorias sobre procesos internos difícilmente verificables. La propia doctrina reconoce que el legislador utiliza a menudo una jerga inexacta o metafórica, lo que deja un margen de discrecionalidad excesivo al juzgador para inferir intenciones. Esto debilita la seguridad jurídica, pues la magnitud de la pena no depende ya de la materialidad del hecho, sino de la capacidad del sistema para reconstruir la psique del acusado.

En suma, la expansión de los elementos subjetivos distintos del dolo transforma el proceso penal en una inquisición sobre los móviles y el fuero interno, comprometiendo la objetividad necesaria para una justicia predecible y proporcional. Un Derecho Penal liberal debería restringir al máximo estas valoraciones subjetivas, anclando la punibilidad primordialmente en la lesividad externa de la conducta y no en la calidad moral de las motivaciones del ciudadano.

CAPÍTULO 6. CONCLUSIONES. ANALISIS CRÍTICO SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO EN UN MODELO CONSTITUCIONAL DE DERECHO PENAL DE ACTOS.

6.1. Introducción: La tensión irresuelta entre el poder punitivo y las garantías constitucionales

La presente investigación ha tenido como norte desentrañar una de las tensiones más complejas y peligrosas que habitan en el seno de la dogmática penal moderna: la contradicción entre un sistema que se proclama liberal, regido por el principio del acto, y una práctica legislativa y judicial que insiste en graduar el reproche penal basándose en elementos de la psiquis humana que exceden el dolo.

A lo largo de los capítulos precedentes, hemos reconstruido la evolución histórica de la Teoría del Delito, desde el naturalismo causalista de Liszt y Beling, que veía en la acción un simple movimiento muscular, hasta el finalismo de Welzel, que devolvió la vidente finalidad al obrar humano. Sin embargo, este recorrido nos ha permitido observar que, si bien la inclusión de la subjetividad (dolo) en el tipo fue un avance necesario para comprender el sentido social de la conducta, la expansión de esta subjetividad hacia terrenos como los "motivos", "tendencias internas" o "ánimos específicos" ha desbordado los diques de contención del Estado de derecho.

En este capítulo de cierre, no solo sintetizamos los hallazgos de nuestra investigación, sino que demostraremos cómo la "psicologización" del injusto penal transforma al juez en un inquisidor de conciencias y al proceso penal en un juicio de moralidad, algo expresamente vedado por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional.

El Derecho Penal, tal como lo concebimos en un sistema democrático, debe ser la última ratio para la protección de bienes jurídicos, no una herramienta para la corrección ética de los ciudadanos. Al castigar más severamente a quien mata por "odio" o "codicia" que a quien mata por simple resolución, sin que varíe la lesión material al bien jurídico vida, el Estado abandona su neutralidad y penetra en la esfera de reserva del individuo, castigando pensamientos y sentimientos que, por viles que sean, no han trascendido al mundo exterior más allá del acto ya punible por el dolo.

6.2. La insuficiencia de la dogmática tradicional y la crisis del principio de reserva

6.2.1. El dolo como frontera infranqueable de la intervención punitiva

Hemos verificado en el Capítulo 2 que el dolo, entendido como el conocimiento y la voluntad de realizar el tipo objetivo, es el elemento subjetivo necesario y suficiente para configurar el injusto penal en los delitos dolosos. Autores como Righi han sido claros al establecer que el dolo implica que el comportamiento surge del fuero interno del autor, y que este "saber lo que se hace" agota el contenido de injusto necesario para la imputación.

La problemática central que hemos detectado es la hipertrofia de la subjetividad. Si el dolo ya contiene el conocimiento de la ilicitud y la voluntad de realizar la conducta prohibida, ¿qué función cumplen los elementos subjetivos adicionales? La tesis sostiene que estos elementos no añaden nada a la lesividad del acto. Como vimos, la teoría finalista de Welzel rompió con el esquema objetivo-subjetivo del causalismo, ubicando el dolo en el tipo. Pero Welzel y sus seguidores, y más tarde Zaffaroni con su funcionalismo conflictivista, advirtieron que la estructura del delito debe servir como límite al poder punitivo.

Al exigir un "ánimo" o "tendencia" adicional, el legislador está creando un "plus" de desvalor que no tiene correlato en el mundo real. El desvalor de acción, que para el finalismo es esencial junto con el desvalor de resultado, queda completo con el dolo. Cualquier exigencia adicional (como el propósito de lucro en un hurto o el odio en una agresión) es una valoración sobre la motivación, no sobre la acción.

El artículo 19 de la Constitución Nacional es tajante: las acciones privadas que no ofendan al orden ni perjudiquen a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados. La interpretación armónica de este principio con la teoría del delito nos obliga a concluir que las motivaciones, mientras no se traduzcan en un acto distinto y más lesivo, son acciones privadas. El "odio", la "codicia", el "placer", son motores internos de la conducta. El Derecho Penal castiga el resultado de esos motores (el homicidio, el robo), pero no tiene legitimidad para castigar el motor en sí mismo. Al hacerlo, el Estado se arroga la facultad divina de juzgar el alma del autor, violando el principio de secularización que rige nuestro ordenamiento jurídico.

6.2.2. La crítica a la "intención" como objeto de punición

En el Capítulo 4 planteamos la dificultad y la arbitrariedad de probar una intención. Si retomamos el concepto de delito complejo, donde se exige un desvalor de acción y un desvalor de resultado, observamos que los elementos subjetivos distintos del dolo generan una desproporción. Tal como se analizó en el derecho comparado (Capítulo 5) respecto a los

delitos de odio o discriminación, la pérdida biológica o el daño material es idéntico con o sin el motivo específico.

Si el resultado lesivo es idéntico, la agravación de la pena sólo puede explicarse por una voluntad estatal de castigar la perversidad del motivo. Esto nos retrotrae a un Derecho Penal de autor, propio de regímenes autoritarios, donde se castiga al sujeto por "ser" de determinada manera (codicioso, racista, cruel) y no por lo que ha hecho.

Como bien señala Zaffaroni, la teoría del delito debe funcionar como un sistema de filtros para contener la irracionalidad del poder punitivo. Permitir que los elementos subjetivos del tipo proliferen sin control es abrir las compuertas para que el poder punitivo fluya torrencialmente sobre la subjetividad de los ciudadanos, castigando no ya conductas, sino formas de ser y de pensar.

6.3. El colapso de la seguridad jurídica. La imposibilidad probatoria y la arbitrariedad

Uno de los puntos de esta investigación reside en la demostración fáctica de la imposibilidad de probar los elementos subjetivos distintos del dolo con la certeza requerida por un Estado de derecho. Cómo se desarrolló extensamente en el Capítulo 4, la intención es invisible y reside en un lugar opaco de la mente.

6.3.1. El fracaso de la concepción psicológica

La concepción psicológica, que intenta reconstruir el estado mental del autor como un hecho histórico, se enfrenta a un muro epistemológico insalvable. No existen herramientas científicas capaces de determinar, con certeza forense, qué motivación específica impulsó a un sujeto a actuar en el pasado.

Las ciencias empíricas como la psicología o la psiquiatría pueden aportar probabilidades o perfiles, pero no certezas sobre un hecho puntual y pretérito. Depender de la confesión del imputado es violatorio de la garantía contra la autoincriminación. Depender de indicios, como se hace habitualmente, implica construir presunciones que a menudo invierten la carga de la prueba, obligando al reo a demostrar la "pureza" de sus intenciones frente a un hecho externo que las sugiere. Esto es, en la práctica, una violación del principio *in dubio pro reo*.

Si el sistema penal no puede probar con certeza la existencia de ese ánimo especial, la aplicación de la agravante se convierte en un acto de fe del juzgador. La íntima convicción del juez sustituye a la verdad material. Y cuando la libertad de una persona depende de la

convicción subjetiva de un magistrado sobre los pensamientos íntimos de aquella, la seguridad jurídica ha desaparecido.

6.3.2. La ficción de la concepción normativa

Ante el fracaso de la vía psicológica, la dogmática ha intentado refugiarse en la concepción normativa, que busca objetivar la intención a través de estándares sociales. Sin embargo, como hemos argumentado, esto no es más que una ficción jurídica. Al decidir que ciertos actos externos implican normativamente una intención interna, se está renunciando a la búsqueda de la verdad.

Se castiga al sujeto no por lo que realmente pensó, sino por lo que el hombre medio o el criterio social dominante atribuye a esa conducta. Esto es especialmente peligroso en los delitos de tendencia o de expresión. Si un juez considera que ciertas palabras o gestos denotan inequívocamente una intención discriminatoria, está imponiendo una valoración cultural sobre el hecho, sin importar si el autor realmente poseía esa motivación interna.

Esta normativización de la subjetividad es un atajo peligroso que permite al Estado eludir la carga de la prueba. En lugar de probar el dolo específico, se lo presume a partir del acto, borrando la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva.

6.4. Derecho comparado. Alertas sobre la expansión punitiva

El análisis de los sistemas de Estados Unidos, España y Perú en el Capítulo 5 nos ha servido de espejo para advertir los riesgos de esta tendencia global. La estructura escalonada del Model Penal Code estadounidense, que gradúa la pena según niveles de mens rea (purpose, knowledge, recklessness), muestra cómo la subjetividad se convierte en el criterio rector de la punibilidad, desplazando al resultado.

En los sistemas continentales, la proliferación de delitos de odio y de tipos calificados por la motivación evidencia una expansión del Derecho Penal simbólico. El legislador utiliza el Código Penal para enviar mensajes morales a la sociedad, castigando con mayor severidad aquellas motivaciones que considera abyectas. Si bien el fin político-criminal puede ser loable, el medio utilizado, es decir, agravar la pena por el pensamiento, es incompatible con un derecho penal de acto.

La tensión entre la exigencia subjetiva de la ley y la necesidad práctica de castigar, lleva a los tribunales a forzar los conceptos, violando el principio de legalidad estricta. Esto demuestra que los elementos subjetivos del tipo son fuentes de arbitrariedad.

6.5. El Derecho Penal de autor. El retorno de la inquisición y la violación de la igualdad

La hipótesis de trabajo sostenía que valorar móviles e intenciones significa adentrarse en la personalidad del autor, abriendo la puerta al Derecho Penal de autor.

6.5.1. Castigar por "Ser" y no por "Hacer"

El principio del acto, consagrado implícitamente en nuestra Constitución y explícitamente en la doctrina liberal, exige que la pena se vincule exclusivamente a la conducta externa del sujeto. Sin embargo, al analizar la legislación vigente, observamos que los agravantes subjetivos funcionan como etiquetas que clasifican a los delincuentes en categorías morales: el "codicioso", el "traidor", el "perverso".

Cuando el juez agrava la pena por "ensañamiento" (entendido como el ánimo de causar dolor, más allá del dolor físico real causado) o por "placer", está emitiendo un juicio sobre la calidad humana del reo. Está diciendo: "usted no solo mató, lo cual es malo, sino que usted es una persona malvada porque disfrutó haciéndolo". Ese plus de castigo es una pena sobre el carácter, sobre la personalidad.

Zaffaroni nos advierte sobre el carácter reductor que debe tener la teoría del delito. Permitir que el Estado evalúe la razón interna del comportamiento es otorgarle la potestad de decidir cuáles motivaciones son aceptables y cuáles merecen un castigo ejemplarizante. Esto rompe con la neutralidad del Estado liberal frente a las conciencias de los ciudadanos. El sujeto debe responder por el daño que produjo, no por la falta de empatía o los prejuicios que habitan en su psique.

6.5.2. La violación del principio de igualdad

La aplicación de elementos subjetivos distintos del dolo genera una desigualdad ante la ley difícil de justificar racionalmente. Imaginemos dos sujetos que realizan exactamente la misma acción mecánica, por ejemplo, disparar un arma de fuego contra una víctima, causando el mismo resultado de muerte instantánea. Pero el Sujeto A lo hace porque tenía una deuda de dinero (motivo: lucro/económico), mientras que el Sujeto B lo hace porque odia la religión de la víctima (motivo: odio religioso).

En muchos ordenamientos, el Sujeto B recibirá una pena significativamente mayor, o incluso una calificación de delito distinta (crimen de odio vs homicidio simple o agravado por otra causa). Sin embargo, desde el punto de vista del bien jurídico protegido (la vida), la afectación es idéntica. La sociedad ha perdido a un miembro de la misma forma. La

diferencia de pena se basa exclusivamente en que el Estado considera que el motivo religioso es peor moralmente que el motivo económico.

Esta disparidad punitiva, fundada en la mayor reprochabilidad de la motivación, es circular y moralista. Se impone una pena mayor a quien tiene una personalidad o unos motivos que el legislador detesta más, no a quien causó un daño material mayor. Esto vulnera el principio de igualdad ante la ley, ya que se trata de manera desigual a quienes han cometido actos materialmente idénticos, basándose en criterios que pertenecen a su esfera privada.

Además, esta graduación afecta la seguridad jurídica, pues la capacidad de convencimiento sobre la presencia de estos motivos varía de juez a juez. Un mismo hecho puede ser interpretado como un crimen pasional o un crimen de odio de género dependiendo de la subjetividad del magistrado, resultando en dos condenas radicalmente distintas para un mismo suceso fáctico.

6.6. Síntesis y propuesta dogmática. Hacia un funcionalismo reductor de la subjetividad

A la luz de lo expuesto en los capítulos precedentes de esta tesis, y habiendo contrastado la teoría con la realidad legislativa y jurisprudencial, proponemos una reestructuración interpretativa de los tipos penales para alinearlos con la Constitución Nacional. No se trata meramente de una crítica destructiva, sino de proponer un camino de solución hermenéutica que los operadores jurídicos puedan aplicar.

6.6.1. La eliminación de los elementos de tendencia y ánimo

La dogmática penal debe avanzar hacia la depuración de los tipos penales, eliminando o reinterpretando restrictivamente todos aquellos elementos que exijan una indagación sobre la intencionalidad ulterior o la motivación del autor.

A- Interpretación objetivada de los tipos

Cuando el Código Penal utilice términos que parecen referir a intenciones, estos deben ser interpretados estrictamente como modalidades objetivas de ejecución. La alevosía no debe ser el "ánimo de aprovecharse", sino la situación fáctica y comprobable de indefensión y falta de riesgo para el autor. Si no hay datos objetivos que demuestren esa situación, no debe aplicarse la agravante, independientemente de lo que el autor deseara en su fuero interno. De esta forma, se respeta el principio de legalidad y se reduce la arbitrariedad judicial.

B- El dolo como límite máximo de la subjetividad

El análisis subjetivo debe detenerse una vez comprobado el dolo. Cualquier plus de intención debe ser considerado irrelevante para la tipicidad. Si el legislador quiere castigar más severamente ciertas conductas, debe describir actos más graves, no pensamientos más graves. El desvalor debe estar en el modo de obrar, no en el modo de sentir.

C- Aplicación del funcionalismo reductor propuesto por Zaffaroni

Siguiendo la línea del funcionalismo reductor de Zaffaroni, los jueces deben ejercer su control de constitucionalidad y, amparados en el art. 19 de la Constitución Nacional, descartar la aplicación de agravantes fundadas exclusivamente en el fuero interno cuando no tengan un correlato de mayor lesividad material. No se debe exigir un elemento subjetivo de justificación, ni tampoco se debe permitir un elemento subjetivo de agravación que exceda el conocimiento y voluntad del tipo objetivo.

6.6.2. La recuperación del principio de lesividad

Es imperativo recuperar el principio de lesividad como brújula del sistema penal. Como se citó en el Capítulo 2, Zaffaroni sostiene que primero hay que analizar si se produjo una lesión, porque si no existe un resultado lesivo, la cuestión pasa a ser moral. De la misma manera, si la lesión no aumenta, la pena no debería aumentar.

La graduación de la pena debe vincularse a la magnitud del injusto (daño causado y peligro creado) y a la culpabilidad por el acto (posibilidad de actuar de otro modo), pero nunca a la motivación interna desligada del acto. La motivación puede servir para atenuar la pena (cuando demuestra una menor exigibilidad de otra conducta), pero nunca para agravarla más allá del marco del dolo, pues eso implica utilizar al ser humano como medio para fines de política criminal (prevención general positiva), violando su dignidad.

6.7. Conclusión final

El análisis desarrollado permite sostener con fundamento dogmático y constitucional que los elementos subjetivos distintos del dolo constituyen una expansión indebida del poder punitivo en el marco del Estado constitucional argentino. La tesis ha demostrado, a través del análisis histórico, dogmático, probatorio y comparado, que la incorporación y uso de elementos subjetivos distintos del dolo en la teoría del delito representa una involución hacia un Derecho Penal de autor y una violación sistemática de las garantías constitucionales de legalidad, reserva, lesividad e igualdad.

El modelo consagrado en los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación Argentina, reforzado por los tratados internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22, impone un Derecho Penal de acto, fundado en la lesión o puesta en peligro concreta de bienes jurídicos y en la imputación subjetiva mínima necesaria para reprochar el hecho, siendo el dolo el que satisface ese estándar mínimo, por ende todo plus anímico es prescindible para delimitar el injusto y, además, invade la esfera interna del sujeto, dificulta la prueba racional, amplía la discrecionalidad judicial, debilita la legalidad estricta vulnera la presunción de inocencia y aproxima el sistema a formas encubiertas de Derecho Penal de autor.

El examen de figuras como el hurto, la estafa, el secuestro extorsivo, la asociación ilícita y el homicidio agravado por móviles demuestra que la hipertrofia del tipo subjetivo no responde a exigencias estructurales de protección de bienes jurídicos, sino a opciones político-criminales que pueden y deben ser revisadas a la luz de la supremacía constitucional.

En consecuencia, la hipótesis de trabajo encuentra un gran sustento: los elementos subjetivos distintos del dolo resultan incompatibles con los principios del Derecho Penal en el ordenamiento argentino cuando implican la sanción de estados internos no exteriorizados o cuando no agregan lesividad objetiva al injusto, por vulnerar los principios de legalidad estricta, culpabilidad por el hecho, reserva y acto.

La mente humana es, y debe seguir siendo, un recinto inviolable para el poder punitivo del Estado. El juez puede juzgar mis actos, puede restringir mi libertad por lo que he hecho y dañado a otros, pero no tiene legitimidad constitucional para graduar mi castigo basándose en mis odios, mis amores, mis codicias o mis propósitos, siempre que estos permanezcan en mi fuero interno y no añadan dañosidad material al mundo exterior.

Como decía Soler, los espacios en blanco de la ley son espacios de libertad. La motivación es uno de esos espacios de libertad interna que la Constitución protege en su art. 19. Permitir que el Derecho Penal colonice ese espacio es aceptar que el sistema tiene una función pedagógica-moralizante sobre el carácter de los ciudadanos, una premisa autoritaria que nuestra Constitución, sabía en su liberalismo político, rechazó desde su génesis.

Por tanto, la única vía para un Derecho Penal racional, humano y respetuoso de la dignidad es el retorno estricto al Derecho Penal de acto, donde la subjetividad se limita al dolo necesario para vincular el hecho a su autor, y nada más. Todo lo demás pertenece al ámbito de la moral, exento de la autoridad de los magistrados. La pena debe ser la respuesta a un conflicto social objetivado, no la penitencia por un pecado del pensamiento.

BIBLIOGRAFIA

- Bacigalupo Zapater, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Hammurabi.
- Beccaria, C. (2014) Tratado de los delitos y de las penas. Ministerio de Justicia de España.
- Beling, E. (1944) Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo. Traducción por Soler, Depalma. Buenos Aires.
- Carrara, F. (2000) Programa del Curso de Derecho Criminal. Editorial Jurídica Continental.
- Cordini, Nicolás Santiago. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?. Revista de derecho <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000200019>
- Donna, E. (1999) Derecho penal. Parte general. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Fernández Carrasquilla, J. (1995) Derecho penal fundamental. Temis.
- Ferrajoli, L. (2014) Derecho y razón: Teoría del garantismo Penal. Trota.
- Ferri, E. (1905) Sociología Criminal. Centro Editorial de Góngora.
- Granados Peña, . J. E. (1992). La influencia del Código Penal Modelo en la reforma del Derecho Penal de los EE. UU. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/ADPCP/article/view/281>
- Grisanti Aveledo, H. (2015). Lecciones de derecho penal: Parte general. Vadell Hermanos Editores.
- Jakobs, G. (1997) Derecho penal. Parte general. Fundamentosy teoria de la imputacion. Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. (1950). Tratado de derecho penal. Editorial Losada.
- Liszt, F. (1999) Tratado de Derecho Penal. Traducción de la 20ª edición alemana por Jimenez de Asúa. Madrid.
- Lopez Barja, J (2002) Derecho penal. Parte general: Introduccion a la teoria juridica del delito. Marcial Pons.
- Maier, J. (1989) Derecho procesal penal. Hammurabi.
- Manzini, V. (1948) Tratado de Derecho Penal. Traduccion de Melendo, Santiago. Ediar.
- Martinez-Bujan Perez, C. (2013) Los delitos de peligro en el derecho penal económico y empresarial. Tirant lo Blanch.

- Mezger, E. (1955) Derecho Penal. Libro de estudio. Parte General. Editorial Hammurabi.
- Moeen & Co. Solicitors. (s. f.). Murder, attempted murder, and manslaughter under UK law: A comprehensive guide. Moeenco.co.uk
- Muñoz Conde, F. (2000) Derecho penal. Nuevas tendencias en el tercer milenio. Universidad de Lima.
- Muñoz Conde, F. (2002) Derecho penal. Parte general. Tirant lo blanch.
- Navarrete, M. (2020) Lecciones de derecho penal. Parte general. Editorial tecnos.
- Oré Guardia, A. (1996) Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Alternativas.
- Peña Gonzales, O. (2010) Teoria del delito. APECC
- Puppe, I. (2010) La distinción entre dolo e imprudencia. Hammurabi.
- Ramos Mejía, E. (1979) La teoria del delito desde von Liszt y Beling a hoy. Universidad de Mendoza.
- Righi, E. (2019) Derecho penal: Parte General. Editorial Abeledo Perrot.
- Roxin, C. (1997) Derecho penal. Parte general. Traduccin Luzon Peña, Miguel. Civitas.
- Roxin, C. (2006) Politica criminal y sistema del derecho penal. Traduccion Muñoz Conde, Francisco. Hammurabi.
- Soler, S. (1992) Derecho penal argentino. Tipográfica Editora Argentina.
- Villa, L. (2015) Realismo marginal, funcionalismo reductor y teoria agnóstica de la pena: Una introduccion al pensamiento juridico-penal de Eugenio Raul Zaffaroni.
- Welzel, H. (2003) Estudios de derecho penal. Editorial B de F.
- Zaffaroni, E. (1979) Homicidio y lesiones culposas. Hammurabi.
- Zaffaroni, E. (1998) Manual de derecho penal. Parte general. Ediar.

LEGISLACION

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948) Declaracion de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948) Declaracion Universal de los Derechos Humanos.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Código Penal de la Nación (CP). Ley 11.179. 19 de noviembre de 1984 (Argentina).

Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995. 24 de noviembre de 1995. Boletín Oficial del Estado.

Código Penal de Perú. Decreto Legislativo N°635. 3 de abril de 1991. Diario El Peruano.

Constitución de la Nación Argentina (CN). Ley 24.430. 15 de diciembre de 1994 (Argentina).

Convencion Americana sobre Derechos Humanos. (1969) Art. 8. OEA.

JURISPRUDENCIA

Cámara Federal de Casación Penal. (20 de octubre de 2005). Delea, Hector Gustavo s/ recurso de casacion.

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional. (17 de abril de 2012). Márquez, Carlos y otros s/ procesamiento y embargo. Expediente N°46.580.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (23 de abril de 2008). Acosta, Alejandro Esteban s/infracción ley 23.737. Fallos 331:858.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (25 de septiembre de 1986). Adami, Leonardo Esteban y otros s/hurto. Fallos 308:1557.

Corte Suprema de Justicia de la Nacion. (25 de agosto de 2009). Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080. Fallos: 332:1963.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de agosto de 1986). Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes. Fallos: 308:1392.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de junio de 2012). Carrera, Fernando Ariel s/ causa n°1069. Fallos 335:1020.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (20 de septiembre de 2005). Casal, Matias Eugenio y otros s/ robo simple en grado de tentativa. Fallos 328:3399.

Corte Suprema de Justicia de la Nacion. (5 de septiembre de 2006). Gramajo, Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa. Fallos 329:3680.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (29 de noviembre de 1968). Mattei, Angel s/ recurso de hecho. Fallos 272:188.

Corte Suprema de Justicia de la Nacion. (29 de agosto de 2024). Ramos, José Luis s/homicidio agravado por alevosía.

Corte Suprema de Justicia de la Nacion. (31 de agosto de 2010). Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado por ensañamiento. Fallos 333:1687.

ASUNTO: CARTA DE ACEPTACIÓN TUTORÍA DE TRABAJO FINAL – Ana Belen Ponce

Estimado Profesor Miele Sole,

Me dirijo a usted con el propósito de solicitar su aceptación como tutor de mi trabajo final para la carrera de Abogacía en la Universidad Abierta Interamericana. El título del trabajo es: Elementos subjetivos distintos del dolo y derecho penal de acto: un análisis crítico de su admisibilidad constitucional.

El objetivo de este trabajo es analizar y determinar si el análisis de la responsabilidad penal de un habitante que atraviesa un proceso penal puede sostenerse con los conceptos modernos de culpabilidad y específicamente sobre el análisis de la tipicidad objetiva del Código Penal Argentino y la aplicación de los distintos elementos subjetivos del dolo en contraposición a la punibilidad por los actos y no por la persona o su personalidad.

Su experiencia y conocimiento en derecho penal serían invaluablees para la elaboración de este trabajo. Estoy convencida de que su guía y orientación me permitirán desarrollar una investigación de alta calidad, y espero con interés la oportunidad de trabajar bajo su supervisión.

Quedo a la espera de su respuesta y desde ya le agradezco su atención y consideración.

Atentamente,



Guido Miele Solé
ABOGADO
C.P.C.A.P. N° 1381931
C.A.S. N° 19387420

Ana Belen Ponce
DNI 42.930.742
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana

Tutor: Dr. Guido Miele Solé
Profesor de Derecho Penal
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Abierta Interamericana

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

SEÑOR DECANO

S_____ / _____D

Ref.: Informe de Tutoría sobre el Trabajo Final De mi consideración: Tengo el agrado de dirigirme a Ud., a los fines de informarle que soy tutor de la alumna Ana Belen Ponce y he colaborado en la confección de su Trabajo Final, titulado: “Elementos subjetivos distintos del dolo y derecho penal de acto: un análisis crítico de su admisibilidad constitucional.”

Mi intervención ha consistido en la supervisión de la redacción del trabajo, así como en la asistencia académica vinculada a cuestiones doctrinarias y a la interpretación de conceptos jurídicos relevantes para el desarrollo del tema, además de la lectura y seguimiento del contenido que la alumna fue elaborando, todo ello conforme a las pautas establecidas por la Facultad.

Dejo constancia de que mi intervención se ha desarrollado siempre con pleno respeto por el criterio de elaboración de la alumna y por el contenido sustancial del Trabajo Final presentado. Analizada la totalidad de la investigación es mi opinión que el trabajo presentado denota un conocimiento profundo y acabado de la temática propuesta. La aspirante ha logrado de forma correcta y científica descargar todos y cada uno de los puntos que la complejidad del tema requiere y recomiendo en mi humilde rol de director su aprobación para obtener el título de grado perseguido.

Sin otro particular, saludo a Ud. atentamente. Prof. Guido I. Miele Sole.-



Guido Miele Solé
ABOGADO
C.P.C.A.P. N° 1381931
C.A.S. N° 19519420

Tutor: Dr. Guido Miele Sole

Profesor de Derecho Penal

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas