

Efectividad social del Derecho Positivo

El despliegue de conductas inadecuadas a
las reglas positivas del Derecho Penal.

QUIROGA, Rodrigo Alberto

Tutor: Dr. PARMA, Carlos

26/09/2017





La ley no protege a las personas, las personas protegen a la ley... Las personas siempre han repudiado el mal y han buscado una forma virtuosa de vivir. La ley es el cumulo de sentimientos pertenecientes a todas las personas que hasta ahora han deseado paz y justicia. No es el texto de la ley, ni el sistema, son los sentimientos delicados e irrepetibles que la gente guarda en sus corazones. Son sentimientos que se resquebrajan con facilidad si los comparas con la rabia y el odio. Por eso, para dar sentido a los anhelos de toda esa gente del pasado que ha luchado por un mundo mejor hay que intentar protegerlos a toda costa, no podemos rendirnos.

Akane Tsunemori

CONTENIDO

Introducción	6
Fundamentación.	6
Hipótesis.....	8
Palabra Clave.....	8
Advertencia.	9
Capítulo I	10
Neurociencias Cognitivas.	11
Introducción al sistema representacional jerárquico	11
Factores que inciden en el proceso de representación.	20
Dinámica representacional (Gazzaniga, 2009)	33
Componentes del cerebro social (Gazzaniga, 2009)	36
Cognición moral (Gazzaniga, 2009)	43
Dinámica dual del procesamiento moral (Gazzaniga, 2009).....	45
Criminología	49
Aspectos Criminológicos del delito (Marchiori, 1999).	49
Teoría del desarrollo moral.....	52
Estructura social y anomia. (Marchiori, 1999).	53
Trasler (Taylor, Walton, & Young, 1997).	57
Teoría del autocontrol. Gottfredson y Hirschi	61
Capítulo II	66
Fundamentos Jurídicos	67
Posición del hombre frente al poder punitivo del estado. (Fayt, 1993)	67
Delito (Bacigalupo, 1999)	69
Libertad de Voluntad según Hans Welzel (Welzel, 1956)	71
Acción Típica.....	77
Acción (Welzel, 1956).....	77
Las dos formas del hecho (Nuñez, 1999)	81
Los conceptos negativos de acción	86
Bacigalupo (Bacigalupo, 1999)	87
La crítica de los conceptos negativos de acción.....	90
La acción como comportamiento exterior evitable	92
Núñez (Nuñez, 1999).....	99

La omisión impropia	99
El concepto negativo de acción (Roxin, 1997)	105
Jakobs	123
El riesgo permitido.	123
Exclusión de la tipicidad, y no justificación	125
Compensaciones	128
Combinación de rol y conocimiento:	130
Roles especiales y roles comunes.	131
El sentido del comportamiento.....	135
Capítulo III.	141
Teoría de la atribución de un comportamiento anti normativo, exigiblemente evitable.	142
Epílogo.....	148
Bibliografía	151



Introducción.

Es de sentido común que el crimen es un fenómeno complejo. Dicha característica responde a la naturaleza incierta y volátil del obrar humano. Por lo tanto si se pretende que el individuo se motive en la norma para que la misma cobre efectividad en la sociedad debemos ser metodológicamente amplios. Es ilógico creer que el contenido punitivo de una norma prohibitiva es suficiente para asegurar su acatamiento.

La motivación del hombre en las normas pertenecientes al derecho penal, es una temática que debe ser estudiada simultáneamente desde una óptica metafísica y deontológica. Solo a través de esta dualidad armónica podremos alcanzar una síntesis que satisfaga la problemática que nos atañe.

Por todo esto, el presente trabajo se valdrá de diversas fuentes, tanto científicas o medicas, como filosóficas y jurídicas para lograr arribar a una potencial solución que nos proporcione un método para tratar este fenómeno social. A pesar de que el enfoque será metodológicamente amplio, siempre hay que tener presente que la finalidad es la de proporcionar instrumentos a los operadores jurídicos para que puedan ejercer con mayor eficiencia su función.

Fundamentación.

“...El individuo, en cuanto persona, está sometido a un poder limitado. Solo está obligado a hacer lo que la ley ordena y la actividad del Poder debe estar fundada jurídicamente. Su situación de libertad respecto de si mismo es una situación jurídica a causa de las limitaciones de su sometimiento. De este modo, queda determinada una esfera de actividad individual libre de las ordenaciones del poder del Estado. Esta categoría de poderes jurídicos inherentes a la personalidad, provenientes de un ámbito de actividad libre, implican una posición negativa respecto del poder estatal. Su contenido lo forma la libertad negativa.”(Fayt, 1993)

El hecho de que el obrar humano no se adecue a los preceptos normativos es reflejo de que el derecho positivo vigente carece de efectividad, perdiendo consecuentemente, su justificación y razón de ser. El crimen es un fenómeno social que nunca podrá ser erradicado, a pesar de ello, se debe dar una respuesta satisfactoria al mismo que permita evitar el mayor número posible de supuestos, siempre siendo compresivos de las

limitaciones que tan compleja problemática nos impone. El presente trabajo no pretende ahondar en las causas que provocan un comportamiento disvalioso debido a que este examen es de imposible conclusión. La naturaleza volátil del obrar humano impide concluir definitivamente cuales son las causales del fenómeno. A pesar de ello se dará una aproximación y una posible solución frente a tal incógnita.

Por lo tanto nos enfocaremos en el modo en que el hombre ejerce su libertad negativa en el mundo moderno.

El delito es una especie de comportamiento humano, por ello, se lo estudiará como tal. El primer capítulo abordará alguna de las siguientes temáticas: Proceso de formación del comportamiento, abarcando además aspectos cognitivos como lo son el razonamiento moral y el “cerebro social”; el aprendizaje del individuo y su relación con las pautas sociales que condicionan su comportamiento. Además se intentará comprender cuál es su relación con las diversas pautas jurídicas de comportamiento y como son asimiladas. Esta primer parte del proyecto tiene como fin explicar el fenómeno en cuestión, pero además nos proveerá de los instrumentos necesarios para comprender y descubrir cuál es el método más eficiente que logre incentivar la motivación en la norma jurídico penal y la abstención de infringirla.

En el segundo capítulo se tratará el aspecto puramente jurídico penal del fenómeno. A través de la dogmática penal se examinará cual es el enfoque que más se adecua a las afirmaciones científicas del capítulo anterior. En base a dichas conclusiones se desarrollarán diversos tópicos que permitirán responder a las siguientes incógnitas: ¿Cual es el concepto de delito más adecuado para lograr afectar a la motivación del individuo?, ¿Cuales son los puntos débiles de la dogmática moderna y porque la misma no logra incentivar al hombre a cumplir su deber de abstenerse de infringir el derecho positivo?; ¿En qué consiste el concepto de acción negativa y como podría intervenir para incentivar al sujeto?; entre otros. A través de la solución de las mismas se buscará formular un método que logre compatibilizar las conclusiones para lograr una síntesis que pretenderá dar una potencial solución a la problemática de la efectividad de la ley.

Por último, como se dijo, el capítulo tres presentará la síntesis mencionada, la cual consistirá en un prototipo teórico que aplique los hechos científicos a la dogmática

penal para lograr una mayor eficiencia al momento de aplicar el derecho positivo y a su vez reforzar la motivación en la ley de los individuos de la población. El mismo se basará en la dogmática penal y pretende hacer un empleo científicamente fundado de las diversas herramientas que la misma nos provee, siempre con el objetivo de lograr motivar al individuo para que sea consciente de su libertad negativa.

Se cree que es de suma importancia hacer foco sobre la efectividad de la ley ya que representa el único método eficaz para contrarrestar el fenómeno del crimen. Si se logra que un individuo asimile por su propia voluntad el derecho positivo habremos encontrado el mejor método posible para prevenir el fenómeno del delito. El ejercicio del poder punitivo siempre debe motivar al individuo por ser el único modo institucionalizado que permite lograr controlar el fenómeno del crimen. Si dicha potestad se ejerce desatendiendo la complejidad del problema se actuará injustificadamente y hasta se correrá el riesgo de perder legitimidad al no dar una respuesta suficiente, tornando obsoleto e innecesario el mantenimiento del sistema penal. Nunca se podrá lograr terminar de forma absoluta con el crimen, pero tenemos el deber de abordar el flagelo del modo más eficaz posible, por esto, las herramientas que brinda esta investigación pretenden alcanzar dicho fin.

Para terminar se quiere dejar en claro que la presente investigación es solo el comienzo formal de un largo proceso que se pretende desarrollar a largo plazo, con el fin de lograr en un futuro disminuir las problemáticas sociales que nos afectan a diario y de las cuales se encarga de dar respuesta la rama del derecho penal.

El presente escrito se mantendrá actualizado de forma periódica. Espero que les sea de utilidad.

Hipótesis.

Para lograr una mayor efectividad de la ley penal debemos reforzar el razonamiento deontológico del individuo.

Palabra Clave.

Regulación Emocional-Comportamiento-Aprendizaje-Moral-Deontología-Cerebro Social.

Advertencia.

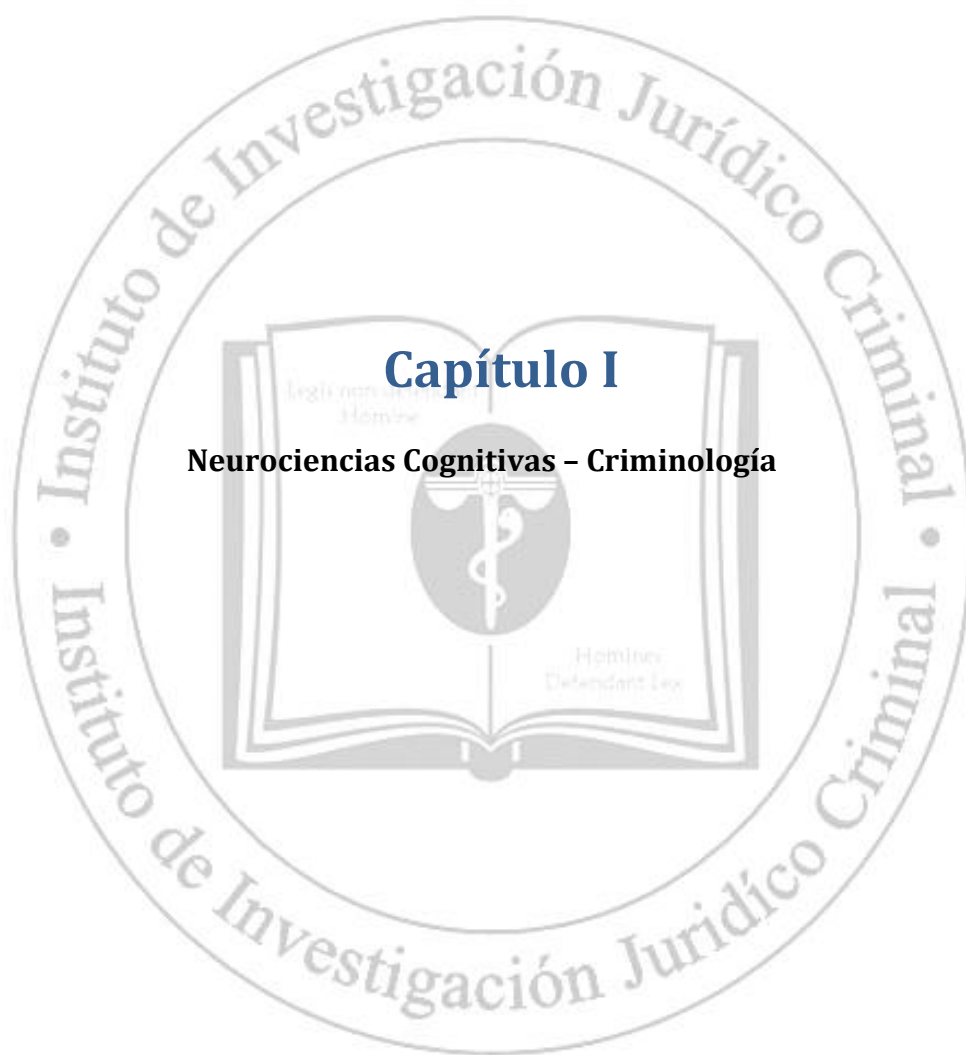
El presente informe se divide en tres capítulos. A su vez cada uno cuenta con títulos y conclusiones propias para volver más amena la lectura. A simple vista puede parecer una recopilación auto contenida de citas y reflexiones aisladas, pero se recomienda seguir el orden propuesto para poder comprender el modo en que se logro compatibilizar las tres ciencias.

Los dos primeros capítulos gravitan sobre el fenómeno del delito y el modo en que se puede reforzar la efectividad legal para poder contrarrestarlo. Por esto la primera parte del informe se centra en estudiar el acontecimiento desde su naturaleza, es decir, como un comportamiento social, mientras que el segundo lo examina desde una perspectiva jurídica. Por último, el capítulo tres presentará las conclusiones globales y a su vez un esquema teórico que permite al operador jurídico valorar la conducta sin desatender la naturaleza del fenómeno.

El título primero del capítulo uno, tiene por finalidad brindarnos una base para lograr aproximarnos a la comprensión del objeto en estudio. Consecuentemente, se citarán investigaciones provenientes del campo de las neurociencias cognitivas. Por otro lado, el segundo título interpretará los descubrimientos presentados desde una óptica criminalística para poder facilitar la valoración que se hace de los comportamientos en cuestión.

El segundo capítulo sentará las bases sobre las cuales se estructuran el fundamento jurídico del esquema teórico contenido en el capítulo tres, por lo que se ha optado por hacer citas textuales de extractos provenientes de diversas obras de derecho penal. Metodológicamente se ha decidido adoptar esta técnica de investigación por la complejidad que representa lograr esquematizar una perspectiva jurídicamente correcta del fenómeno delictivo. Cada extracto ha sido seleccionado cuidadosamente y tiene su razón de ser. Además se realizarán reflexiones sobre las mismas para poder arribar a diferentes síntesis que concluirán en la estructura teórica perteneciente al final del informe.

Se optó por realizar la interpretación de diversas obras para ser lo más prudentes y objetivos posibles debido a las pretensiones que motivan la presente investigación. Espero que lo disfruten.



Capítulo I

Neurociencias Cognitivas – Criminología

Neurociencias Cognitivas.

Introducción al sistema representacional jerárquico¹²

Cuando se habla de efectividad penal, nos estamos refiriendo al hecho de que el complejo normativo ha logrado su finalidad orientadora de comportamientos sociales. Pero ¿Cómo se logra esto?, bueno en principio la respuesta no puede ser alcanzada si nos enfocamos únicamente en aquello que las ciencias jurídicas nos dice al respecto. Como se manifestó, lo que se busca es lograr que las personas auto-regulen el modo en que se desenvuelven en la sociedad, considerando la orientación que les provee el ordenamiento positivo, sin embargo, es en esta afirmación donde encontramos nuestro primer obstáculo, ¿Cómo logramos que las personas se decidan a favor de las normas y se abstengan de omitirlas?, claramente esta cuestión excede el campo de estudio de las ciencias jurídicas por lo que necesariamente deberemos ser metodológicamente amplios.

Dicho esto, se formula una segunda incógnita que contempla la primera: ¿Por qué una persona se decide por actuar de un modo y no de otro? Se infiere que la solución solamente puede ser alcanzada si comprendemos el proceso por el cual una persona se decide en elegir, organizar y ejecutar una acción. En términos de las ciencias cognitivas nos referimos al “*Decision-Making Process*” perteneciente al sistema motor y considerado como una función cognitiva superior. Se es consciente que el mencionado proceso a su vez no posee una naturaleza pacífica en cuanto a su conceptualización, por lo que se abstendrá de profundizar, basándonos únicamente en los descubrimientos que de forma genérica permitan una aproximación al proceso implicado en la toma de decisiones.

El mencionado proceso neuronal posee muchas aristas por las cuales uno puede optar por iniciar su explicación, por esta razón, es preferible comenzar por el proceso implicado en la representación de la acción en el sujeto, para lo cual seguiremos el modelo jerárquico de organización.³

Dentro del campo de las ciencias neuronales, el *controlmotor*, implicado en la organización de tareas complejas para su ejecución, se lo ha vinculado históricamente a

¹ Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 641

² Ibid., p.644

³ Ibid, p. 641

la conceptualización de lo que es y lo que constituye un *programa motor*. En un primer momento se entendió que el mecanismo por el cual una persona ejecuta tareas complejas consistía simplemente en como los componentes de la tarea eran organizados secuencialmente por el sistema nervioso. Por lo tanto, si un individuo pretendía ejecutar los comandos pertenecientes a un *programa motor* complejo, es decir, que requiere de la realización de una gran diversidad de comportamientos, el sistema nervioso, en términos reduccionistas, los ordenaba secuencialmente de acuerdo con la finalidad propuesta como guía orientadora de la misma. El proceso esquematizado fue formulado por Lashley en 1951, siendo este el primero de su tipo.

Alrededor de cuarenta años más tarde, en 1996, Bernstein propuso lo que sería un segundo postulado respecto de la problemática. El mismo enfatizó el hecho de que el sistema de *control motor* era flexible, cambiando la óptica y poniendo acento sobre los múltiples “*task*” que hacen a una determinada acción. Es decir, las acciones se encuentran subordinadas a las demandas que las tareas requerían, de este modo se dejó de lado la idea de que existen patrones de acción pre determinados. Por consiguiente se concibió que la acción se encontraba constreñida por las distintas sub-tareas, y de allí que si uno pretende realizar una determinada conducta, primero debe ver los “*task goal*” prioritarios que se deben cumplir secuencialmente para así, en su conjunto poder ejecutar el comportamiento en su totalidad. En otras palabras uno no se mueve para realizar acciones, sino que nos motiva el hecho de cumplir metas o “*goals*”.

Estas primeras conceptualizaciones teóricas fueron de fundamental importancia, debido al hecho de que se presentó el *motor plan*, como una alternativa que permitió minimizar el rol de la sucesión de reflejos nerviosos, que tradicionalmente se había propuesto como respuesta para comprender el actuar de una persona.

En simples palabras, se entendió y demostró que el actuar del hombre no es una simple cadena de reflejos predeterminados, por el contrario, al lograr darle contenido a esta cadena, la misma acción pasó a ser conceptualizada como “*action goal*” dependiente del “*motor plan*” que la efectivizará, dejando así subordinado los reflejos a las metas que se presenten.

Pero a pesar de lograr desvincular y reducir la función de los reflejos en el proceso formativo y ejecutivo de los comportamientos, se dio lugar a nuevas interrogantes que hasta la fecha siguen siendo discutidas:⁴ Algunas de ellas serian:

¿En qué consiste un plan motor o “*motor plan*”?

¿Acaso se encuentra compuesto por elementos que hacen a la representación de la acción?

¿Pueden los mecanismos asociativos que subyacen a las cadenas de reflejos ser usados para resolver problemas aún más complejos, incluyendo aquellos asociados al planeamiento de la tarea?

¿Todos estos planes requieren metas u objetivos?

¿Cómo puede una tarea ser organizada?

Un posible mecanismo que revela cómo se planean las secuencias de acciones dirigidas a un objetivo, se basa en el control jerárquico o “*hierarchical control*”. Este modelo es relevante en cuanto al modo en que explica el “*motor plan*”. Creado por Keele y sus colegas en 1990, dentro del campo de las ciencias cognitivas, comprobaron mediante diversos experimentos⁵ que el tiempo requerido para iniciar o ejecutar los componentes que hacen a la acción era variable, debido a que muchos aspectos que hacen al control de los reflejos, se encuentran limitados por la naturaleza abstracta de la representación del hecho, lo cual se disocia del sistema musculo esquelético encargado de la efectiva ejecución. En síntesis, se logra dar con una distinción fundamental entre el plan abstracto y su implementación en la realidad. Esto fue gracias al cambio de perspectiva alcanzado por el foco que se hizo sobre el “*motor plan*”.

Haciendo un *hiatus*, respecto de la relevancia que tiene para el presente informe, se puede decir que es la piedra fundamental del proyecto. Entender a la acción como una serie controlada de componentes jerárquicamente organizados, que tienen a un nivel abstracto las experiencias y el objetivo de la tarea como elementos que influyen la

⁴Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 641

⁵Ibid., p. 641

toma de una decisión, nos hace replantearnos el modo en que la dogmática jurídica considera a la *acción* y además atender a nuevas formas en que la ley puede motivar a un sujeto, gracias a la nueva óptica del fenómeno que nos proporciona este modelo de representación.

Si se tuviera que ensayar un nuevo concepto de acción en términos jurídicos penales se podría afirmar que es un sistema, compuesto por tareas o “*tasks*”, que atienden a su vez a objetivos (“*task goals*”), independientes entre sí, pero subordinados a la meta o finalidad que da sentido y cohesión al sistema (“*actiongoal*”). De algún modo la acción es una finalidad deseada o propuesta, compuesta por múltiples objetivos que son realizados por múltiples tareas respectivamente.

El concepto esbozado no se desentiende de las críticas que pueden ser realizadas por la dogmática, porque potencialmente pueden verse afectados institutos tales como la unidad de hecho requerida al momento de definir la existencia de concursos ideales o reales, por ejemplo, pero se cree que si atendemos a los “*taskgoals*” subordinadas al sentido común que le otorga la finalidad del sistema, se podrá facilitar en gran medida la tarea de calificar, investigar y hasta rehabilitar al autor de la conducta. Con el desarrollo de la presente exposición se reforzará esta idea fundamental.

Continuado con la explicación del *modelo de control jerárquico del plan motor*, aparece una nueva interrogante ¿Cómo hace el sistema para representarse el objetivo final y coordinar a la vez, las diversas metas que lograrán realizarlo? Para esto citaremos experimentos realizados sobre acciones que consisten en agarrar objetos, donde los “*task goals*” definidos son dos: la formación del agarre y el movimiento del miembro. La tarea estuvo a cargo de los siguientes investigadores: Haggard y Wing, 1997; Jeannerod, 1997; Jeannerod, Arbib, Rizzolatti, y Sakata, 1995. ⁶:

Cuando uno se propone agarrar un objeto existe un juego entre la formación del agarre y el transporte de la cosa. Si tuviéramos que analizar la tarea diríamos que la finalidad o “Task Goal” es definido por el objeto mismo. Como la cosa propiamente dicha, define el objetivo, se nos presenta el primer problema, ¿cómo se da la transformación sensor motora? Esta “*transformación*” consiste en decodificar las

⁶Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 644

cualidades del objeto para generar las configuraciones más óptimas y adecuadas de la mano, en este caso, para que coincida con la forma geométrica del objeto.

El conocimiento generado a partir del objeto se realiza a partir de dos propiedades: Físicas (textura, masa, centro de gravedad, en este caso) y utilitarias (como las partes del objeto o la superficie puede ser utilizada para cumplir una finalidad en particular). Se aclara que a pesar de que estas dos cualidades sean aplicadas en este supuesto para lograr aprehender objetos, también se pueden aplicar a las restantes configuraciones de comportamientos posibles.

Como este proceso de adquisición de conocimientos es complejo, impracticable e irrealizable si se quisiera ejecutar cada vez que uno quiere actuar, nuestra naturaleza evolutiva encontró la solución del problema de forma efectiva a través de la acumulación del conocimiento y la experiencia adquirida, creando así una “biblioteca”⁷ de posibles formas en que puede manipularse el entorno para conseguir las metas propuestas. Recordemos que el contenido de esta biblioteca está dado por las características físicas y de utilidad de una cosa, como es en este caso.

En base a este conocimiento, las representaciones que se hacen de una acción pueden darse gracias a dos mecanismos⁸: Proceso de representación pragmática de la acción (*how*) y el Proceso de representación conceptual de la acción (*what*).⁹ El proceso pragmático es crítico para lograr la transformación sensor motora que se relaciona con las características visuales y hápticas del objeto para lograr, en este caso, la forma de la mano que mejor se ajusta al objeto para agarrarlo.

A esto se debe agregar cómo el fin se encuentra relacionado a la transformación sensor motora, es decir, cómo se incluye dicho fin propuesto en el proceso de decodificación sensor motora, ya que resultaría ilógico que todo este mecanismo de decodificación sea realizado sin un sentido o motivo directriz. En simples palabras, uno agarra objetos para alcanzar metas, finalidades o para resolver problemas, incluyéndolo en otro sistema de acción como componente necesario. El modo en que se integran

⁷Gazzaniga, M. (2009). The Cognitive Neurosciences. United States of America: Massachusetts Institute of Technology. Pg. 644

⁸Ibid., Pg. 644

⁹ Ibid., Pg. 644

detalles básicos y complejos hace que el problema no se centre en la *transformación* sensor motora sino que el enfoque pasa a estar sobre la *integración* sensor motora.¹⁰

En base a todo esto se ha ensayado una solución viable respecto al modo en que se da la mencionada integración. La misma consiste en que el proceso cuenta con una flexibilidad jerárquica, que le permite emplear el “*task goal*” o la finalidad de la tarea para limitar y orientar la integración sensor motora y así poder relacionar los comandos motores con la información del objeto y la representación interna del cuerpo del sujeto con relación al objeto. Esto ha sido probado por diversos estudios realizados por Tunik, Frey, y Grafton en 2005¹¹, que consistían en ver como se reacciona frente a tareas que requieren una actualización de la información con una frecuencia de intervalos y, por otro lado a acciones donde dicho reajuste no es requerido. Se llegó a la conclusión¹² de que la información respecto de los “*task goals*” se encuentra integrada en los procesos de control para el planeamiento mediante la representación de la acción al realizar la integración sensor motora, inclusive en acciones que son relativamente simples en términos de que no requieren estar compuestas por múltiples tareas subordinadas a una finalidad común que es realizar la acción principal.

A esto se suma el descubrimiento de dos mecanismos distintos respecto al procesamiento de los datos recabados que hacen a la meta propuesta. Por un lado, una vez establecida la finalidad que hace a la acción y los múltiples “*task goal*” presentes en acciones complejas, se requiere un segundo proceso encargado de la actualización de los mencionados, al momento del desenvolvimiento de la tarea en la realidad, por lo que una vez más se ve que la integración sensor motora requiere de forma inevitable reclutar tanto la finalidad establecida como aquella información recabada del reajuste realizado mientras se actúa, si esto no fuera así la propia integración sería irrealizable por no tener un elemento que la incardine hacia una meta final.

Respecto de la representación de la finalidad y la implementación de la misma que se requiere para ejecutar un movimiento que tiende a alcanzar la mencionada meta, anatómicamente no se ha encontrado evidencia que las disocien al respecto, por lo que se refuerza la hipótesis de que la finalidad o los diversos “*task goals*” que se subordinan

¹⁰ Ibid., Pg. 644

¹¹ Ibid., Pg. 644

¹² Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 645

a la anterior son fundamentales al momento de formar un “*motor plan*” y consecuentemente también cuando se inicia el proceso de integración sensor motora, debido a que mediante el objetivo se logra discriminar que datos de la realidad, del ambiente o entorno, y del objeto del que se valdrá nuestra conducta, con las consecuencias que esto acarrearía en el futuro, en razón al análisis de utilidad que se realiza, han de ser relevantes para alcanzar la finalidad que se representó y por lo tanto, que datos serán fundamentales para integrar el plan motor que ejecutará las tareas necesarias para realizar la acción, como así también los ajustes requeridos mediante el desenvolviendo del plan.

Conclusiones:

1. El objeto a manipular, al ser codificado, consta de dos propiedades a tener en cuenta: Físicas y de Utilidad. Ambas hacen al conocimiento que se tiene del objeto, el cual puede ser acumulado y almacenado por la experiencia.
2. Para lograr este conocimiento existiría una representación pragmática y otra conceptual de la acción.
3. Dentro de la representación pragmática se desarrolla la transformación sensor motora que relaciona los flujos visuales y hápticos de un objeto para lograr realizar las configuraciones necesarias que permitirán realizar la acción
4. La explicación de cómo la transformación sensor motora se integra al objetivo propuesto, es decir, como se pasa de una transformación a una integración sensor motora, se puede explicar si se concibe a la jerarquía reguladora de la función como flexible. Así, la información del objetivo correspondiente a una tarea tiene influencia directa sobre regiones encargadas de la decodificación o transformación sensor motora (aIPS). Dicha sección emplea los datos relativos a la tarea propuesta para afectar la integración sensor motora, debido a que es necesario si se intenta relación los comandos motores con la información de objeto y la representación interna del cuerpo en interacción con el mencionado objeto.
5. La evidencia demuestra que si un sujeto no puede actualizar la información que hace a la tarea, se verá imposibilitado para realizar movimientos, únicamente si emplea los datos que previamente había recabado.
6. La relevancia jurídico penal de este descubrimiento se relaciona con la determinación de la voluntad del individuo. Cada vez que un sujeto actúa necesariamente debe mantener actualizado los datos del desenvolvimiento del fenómeno

causal, esto le permite realizar ajustes en su conducta para realizar su objetivo. Pero además se debe considerar que una acción, entendida como el fenómeno fáctico jurídicamente atribuible a un sujeto, no se desenvuelve como una totalidad indisoluble. Cada movimiento responde a un objetivo propuesto, hasta en la tarea más simple, como se cito en el extracto, existen diversas unidades que hacen a la totalidad de la acción, y si una de ellas falla se imposibilita la realización de la acción. Se debe entender que el individuo es responsable primero por cada uno de los movimientos desplegados, y en segundo término por la concatenación final de las mismas unidades. Por lo que la exigibilidad de adecuación de la conducta del individuo puede desintegrarse en varias unidades por las cuales deberá responder independientemente, siempre y cuando sea posible en razón a las reglas del derecho penal, como lo son el concurso de delitos y la unidad de hecho.

7. Además este análisis, en caso de que la imputación individual de los movimientos sea inviable, sirve para determinar con mayor exactitud el dolo o la culpa del sujeto. Como se vio cada vez que un sujeto actúa, primero debe procesar los conocimientos que posee sobre el objeto (cualidades físicas y funcionales como así también de utilidad) y su relación corporal con el mismo. Si se decide por el uso de un determinado objeto necesariamente debe conocer previamente estos datos. El empleo de un medio determinado o de un objeto implica la aceptación de las cualidades propias de los mismos. El objetivo de la acción sirve como marco de la transformación sensor motora para lograr una integración, por lo que el sujeto es responsable por el empleo de dichos medios siempre que lo haga de forma deficiente. A pesar de que no se tenga la intención de cometer un ilícito, el empleo deficiente de un medio riesgoso obliga al sujeto a que actúe como garante de la evitación de un resultado en la mayor parte de los casos. Esta consecuencia al ser necesariamente aceptada, el sujeto deberá responder por dolo de omisión. La imputación dolosa recaería sobre la aceptación de un empleo deficiente de un medio idóneo para causar una lesión o un peligro concreto, ya que dicha aceptación es parte indisoluble del objetivo principal, y en caso de que no se constate la existencia de un fin que ligue el desarrollo de diversos movimientos, entonces como se dijo, responderá como autor de la realización de dicho resultado. Este método funcionaria según las reglas de la subsidiariedad, en principio se deberá analizar la existencia de cada uno de los movimientos ejecutados que concurren a la acción y en caso de que se constate que existencia unidad de conducta.

8. Por esto se hace hincapié en que para comprender la verdadera voluntad final del individuo, no basta con determinar el fin manifestado y hacer que la acción cuadre en ella, sino que es lo contrario, se debe hacer que cada movimiento se corresponda al fin único, pero cada unidad debe ser entendida como una unidad final en si misma que concurre para realizar una mayor. En si el análisis de la relación psicológica, si se quiere lograr mayor exactitud, debe realizarse en base a los medios empleados, su idoneidad y relación para así en última instancia imputar por una finalidad querida o una consecuencia aceptada exigiblemente evitable. La idea principal del postulado es que solo los medios, al cumplir con fines individuales, hacen al fin principal. La acción al ser un conjunto de movimientos, desde su exteriorización hasta su consumación, depende de cada unidad manifestada, las cuales tienen el potencial de convertirse en acciones imputables por responder a fines individuales, siempre que no sea posible determinar la unidad jurídico penal del hecho.

9. Para reafirmar este postulado se cita un extracto de la obra de Gazzaniga:¹³

“Computational models of motor planning have also exploited hierarchical features in action representation. In a model of hierarchical behavior proposed by Cooper and Shallice (2006), a logical tree structure of discrete behaviors is developed to organize an action sequence. To make a cup of coffee, the act of adding sugar is distinct from the act of adding milk, and each must be scheduled after the coffee has been brewed. This scheduling occurs within a large multilayered, interactive network, with the top level of the hierarchy providing constraint in terms of its specification of task goal.

In such models, the notion of a hierarchy is explicit, with the layered representation defined as a task schema. In an alternative approach, action planning could be goal independent, with the hierarchy arising as an emergent property of processes that arises from sequential transitions between different components. For example, Botvinick (2008) has shown that a simple recursive network based on an action layer, a perception layer, and an intermediate layer can learn fairly complex motor actions without the need for top-down task structuring with respect to a goal. Furthermore, sequencing and the formation of motor programs can lead to compilation of complex acts into a smaller set of tasks. The evaluation of these computational models has primarily relied on behavioral studies that involve dependent variables such as variation in planning time and errors of substitution.”

¹³Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 641

Factores que inciden en el proceso de representación.

Las finalidades son la medida de la acción, por lo que el ya mencionado “*action goal*” es de suma importancia si se pretende comprender el proceso de selección y planificación para la ejecución de conductas. Por esto las características del fin condicionan el modo de proceder y preferir una conducta por sobre otra. Mientras más simple es el patrón propuesto para la realización del “*action goal*”, menor dificultad enfrentara el individuo al momento de ejecutar su plan¹⁴. La simplicidad del fin se asocia al hecho de cuan estable puede llegar a ser, lo cual se traduce en la adaptación del comportamiento del sujeto sobre el fin propuesto por ser preferible a otro. Entre las variables que se deberán tener en cuenta se encuentran la temporalidad y el modo en que se presenta el patrón de conducta que se busca que el sujeto reproduzca. En cuanto al primero, se habla del tiempo que tarda representarse la tarea que se quiere alcanzar, el denominado “*steady state*” o tiempo de preparación. Se debe entender que la reacción inicia tan pronto finaliza dicho estado, por lo que el tiempo de preparación es importante. La diferencia entre este factor y la ejecución varia, siendo menor en los casos en que la coordinación o simetría bi manual es requerida¹⁵. Dicha diferencia puede ser reducida si se expone al individuo a “*preclues*” o estímulos relevantes que indiquen el modo en que se debe ejecutar la conducta¹⁶. Por esto mismo, se entiende que las “*pistas*” que se le presentan al individuo son de suma importancia al momento de querer reforzar un comportamiento, debido a que mediante estos estímulos se dota de estabilidad al “*planmotor*” que se quiere cumplir.

Pero esto no es todo, ya que como estímulo orientador de la representación del “*action goal*”, el modo en que se manifieste ante el agente hará la diferencia entre ser un obstáculo o un potenciador para lograr la simplicidad anhelada. Por esto se entiende que las limitaciones para realizar una acción o preferir un “*action goal*”, con su correspondiente plan motor por sobre otro, no depende de los procesos asociados a la programación motora y de ejecución, sino que el quid de la cuestión se encuentra en cómo se presentan las indicaciones que orientan a la acción perseguida. Por lo tanto, el fin se encuentra por sobre el modo de ejecución. Esto se relaciona con las consecuencias

¹⁴Schoner & Kelso, 1988

¹⁵Heuer, Kleinsorge, Spijkers, &Steglich, 2001

¹⁶Diedrichsen, Hazeltine, Kennerley, & Ivry, 2001

sensoriales que generan el movimiento¹⁷ o la manera en que ellas son conceptualizadas¹⁸.

Descubrimientos manifiestan el hecho de que la indicación simbólica o literal es menos efectiva en términos de eficacia por requerir mayor esfuerzo neuronal que aquellas indicaciones directas o gráficas. Esto se debe a que en el primero, el hecho de que el “*preclue*” requiera traducir el estímulo, por encontrarse expresado en palabras, para así asociarlo con una respuesta adecuada, genera un mayor esfuerzo y una activación asimétrica con una tendencia imperante del hemisferio izquierdo, que si se diera un estímulo orientado más directo. Hasta se podría hablar que dicha asimetría genera un sub proceso jerárquico donde, como se dijo, el hemisferio izquierdo desempeña un rol dominante en los casos en que se requiera una representación abstracta del objetivo a cumplir.

Por todo esto se cree que es importante el modo en que se da a conocer el sistema normativo a los ciudadanos. Se debe pensar que el complejo normativo debe operar como un “*preclue*” que mediante la prolongación a su exposición provoque en el sujeto la reacción esperada. La adaptación del individuo al complejo normativo mediante su incorporación realizada a través de la exposición a dicho estímulo resulta crucial si se quiere reforzar la efectividad penal.

Hasta ahora se ha visto que el modo en que una persona decide actuar no es tarea fácil de determinar. Si se tuviera que resumir el proceso en una palabra, probablemente la más acertada será “*goal*”. La finalidad motiva el actuar del hombre, por lo que es de suma importancia comprender como opera. En base a esto y en función a todo lo dicho, la realización de una acción depende de la formación de un correcto “*motorplan*”, el cual contara con la información principalmente extraída del objeto sobre el que recaerá el comportamiento. Dicho conocimiento contendrá datos *físicos* (hápticos/visuales) y *utilitarios* que serán decodificados mediante la *transformación* sensor motora, llevada a cabo en el sistema nervioso. A partir de esta *transformación*, que consistiría en asimilar los datos que proporciona la realidad, se crea una *integración* sensor motora en razón a la inclusión de la finalidad propuesta. Gracias a esta integración se puede lograr una

¹⁷Franz, Zelaznik, Swinnen, & Walter, 2001; Mechsner, Kerzel, Knoblich, & Prinz, 2001

¹⁸Ivry et al., 2004

representación adecuada del “*Action Goal*”. Además de esto se deben agregar diversos factores como lo son:

- ✓ Conocimientos adquiridos y la experiencia que posea el sujeto.
- ✓ La finalidad propuesta y los ajustes necesarios que deben hacerse durante la ejecución.
- ✓ El tiempo de duración de preparación (*steadystate*).
- ✓ El modo en que se hace conocer al individuo la acción que se le propone que realice (*preclue* directo o indirecto/simbólico).

Se hace evidente que el número de variables que afectan al proceso formativo de decisiones torna compleja la tarea de analizar la conducta de una persona, y aún más si se pretende orientarla a través de fórmulas normativas o valorizarla de cualquier otro modo. Por esto el presente trabajo busca compatibilizar estas dos realidades para poder beneficiar la efectividad de la ley, con todo lo que esto implica.

Para lograr un examen correcto de la acción o al menos lo más eficiente posible, para así lograr desentrañar el verdadero fin que el individuo se propuso alcanzar, se plantean dos posibles vías¹⁹: Enfocarse en las finalidades de la acción (*goals*) para entender los componentes que la constituyen o, por el contrario, procesar los componentes en detalle para arribar a la verdadera intención del autor. En resumen, ¿el fin hace al sentido de la acción? o ¿los componentes de la acción reflejan la intención del autor? Esta problemática, como se habrán dado cuenta, es relevante para determinar la relación subjetiva del sujeto con la acción y atribuir la culpabilidad penal correspondiente.

Es compleja la tarea de experimentar sobre la comprensión que se realiza de la acción. No es posible implementar simplemente el método de imágenes de resonancia magnética funcional debido a que no se lograrían los resultados esperados, por lo que se implementa una técnica que explota el fenómeno de supresión de repetición (RS) o *fMRI adaptation*²⁰. La clave de este método es que nos proporciona una lectura de aquello interpretado como “igual” por el cerebro, lo cual servirá para identificar las

¹⁹ Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 647

²⁰ El método consiste detectar los cambios percibidos de las lecturas cerebrales, captadas por las fMRI, provocadas por largas exposiciones a estímulos determinados. Un estímulo excita un cierto grupo neuronal. Si esta exposición se realiza de forma repetida la respuesta se ve de forma atenuada, de allí se origina una adaptación. Esta adaptación es consecuencia de la fatiga neuronal. Este fenómeno es el que explota la técnica fMRIa. Una vez alcanzado esta atenuación se somete al individuo a un segundo estímulo, el cual a pesar de ser actual genera una respuesta atenuada como consecuencia del primero. Si el primer estímulo no existiera el segundo, lógicamente no generaría una respuesta atenuada. Este fenómeno sirve para determinar si ambos reclutan los mismos grupos neuronales.

topologías en el cerebro humano correspondientes a la jerarquía motora. Recordemos que se intenta saber si la acción representada hace a lo ejecutado, y por lo tanto, se debe hacer foco en el fin propuesto, o si en verdad diferentes componentes permiten llegar a la acción que se representa, a lo cual se deberá ver cada particularidad de lo realizado para poder entender la verdadera intención del autor.

Las experimentaciones demostraron que existe RS para determinados componentes de la acción mientras que para otros no, quedando claro la presencia de una disociación entre algunos tipos de información extraídos de las características del comportamiento, la cual a su vez se encuentra organizada jerárquicamente. De esta manera, al observar una acción nos encontramos con una doble disociación que crea un tipo de organización jerárquica que cuenta con un nivel de sensibilidad a lo cinemático (“*kinematic features of the action like trajectory...*”²¹) mientras que en otro nivel se atiende a la finalidad de la acción específicamente, definido en términos de cual objeto se agarrará, por ejemplo. Lo dicho a lo cual se agregan otros experimentos arrojaron los mismos resultados, sugiriendo una organización jerárquica donde algunas regiones cerebrales son sensibles a los datos cinéticos mientras que otros reaccionaban al fin de la acción²².

Si se toman en cuenta los estudios realizados se puede afirmar un modelo representacional jerárquico que distingue los siguientes niveles:

1. *ActionMeans* (significado de la acción).
2. *Kinematics*.
3. *Object-centered behavior* (objeto sobre el que se centra el fin).
4. *Action Consequences*.

También se vio que el grado de complejidad de la intención requiere un análisis perceptual más global (Ivry & Robertson, 1998).

Llegados a este punto nos encontramos con el primer descubrimiento que ha de ser necesariamente compatibilizado con las ciencias jurídicas si se quiere valorizar un comportamiento como punible o no en términos de culpabilidad penal. De acuerdo al principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, y viendo que la atribución de la responsabilidad penal descansa en la posibilidad de comprensión del significado social de lo realizado, resulta necesario y útil dotar a este elemento de un contenido que

²¹Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 647

²²Ibid., Pg 647

proporcione certeza y consecuentemente mayor seguridad jurídica. Si se quiere saber si un individuo conoció y comprendió efectivamente el significado social de su proceder deberemos aplicar el modelo representacional jerárquico, atendiendo de este modo no simplemente al objetivo manifestado, sino que también al significado de la acción, el cual será alcanzado si se analiza la información cinemática y aquello recabado a partir de la decodificación física y utilitaria del objeto sobre el que se centra la acción y su consecuente transformación sensor motora. Si se logra determinar estos elementos también se podrá agregar el examen sobre las consecuencias de la acción que se predijeron efectivamente.

Si nos preguntamos qué tipo de estructura dogmática de la teoría del delito resulta útil para lograr una efectiva aplicación de lo dicho, en principio únicamente la perspectiva finalista en conjunto con la teoría de la imputación objetiva, como instrumento para lograr una atribución de la conducta legalmente lógica y respetuosa de los principios que fundan el derecho penal, agregando además un enfoque negativo de la acción serían los más adecuados para compatibilizar el modelo jerárquico de representación con las demandas jurídico penales. Al final del proyecto se presentará el posible modelo teórico.

Ahora bien, continuando con la construcción del modelo de representación jerárquica, se mencionará otra variable a tener en cuenta. Esta se relaciona al hecho de como la semántica del lenguaje, referente a una acción, es integrada al control motor jerárquico.

Es de simple entender que una palabra como lo es “*martillar*” puede invocar acciones asociadas con el concepto, de modo que, cuando uno escucha o lee un determinado termino, un plan de acción total puede ser activado, el cual a su vez se encuentra compuesto por diversos sub componentes, en el caso dado serían, a modo de ejemplo: primero hacerse del instrumento requerido, manipular el martillo con una mano y a su vez con la otra sostener y ubicar un clavo en el lugar donde se lo quiere colocar, por último golpear el clavo con la cabeza del martillo. De esto, se deduce una hipótesis que sostiene la existencia de una interacción entre el procesamiento semántico y el planeamiento de la acción.

El postulado ha sido sostenido por varios experimentos, los cuales evidenciaron, por ejemplo, que los adjetivos relacionados con las propiedades de un objeto influyen la ejecución del movimiento, aún cuando no guarde explícitamente relación con la tarea motora (Gentilucci, Benuzzi, Bertolani, Daprati, & Gangitano, 2000; Gentilucci & Gangitano, 1998; Glover & Dixon, 2002). Se refuerza de este modo la hipótesis de que existe otro sistema representacional, en el cual el plan motor es organizado e influenciado por el lenguaje. El modo de ejecución del agarre de una lapicera, por ejemplo, es afectado si el objeto posee impreso el término, lejos, cerca, largo o corto.²³

Otras investigaciones se enfocaron en determinar si la interacción, que evidentemente existía, era entre dos sistemas paralelos, o si por el contrario existe un único sistema representacional que a su vez incorpora ambas representaciones, la motora y la semántica (Rumiati & Tessari, 2002; Rumiati et al., 2005) (Tessari & Rumiati, 2004). En principio se partió de la base de que existen dos vías posibles de representación, una visual motora y otra relacionada con la memoria semántica de largo plazo, pero para lograr descubrir si existe algún substrato neuronal en común entre ambos, necesariamente se deberá estudiar el modo en que se comprenden las acciones.

Después de múltiples experimentaciones²⁴ se llegó a la conclusión de afirmar la existencia de una relación entre el sistema representacional semántico y motor. Este descubrimiento vuelve aún más intrincado el análisis del proceso de comprensión y ejecución de conductas, debido a que se debe, si se quiere guiar el proceder de un sujeto o comprender el modo en que significó un acontecimiento, atender inevitablemente al procesamiento semántico de la acción y a su vez el procesamiento motor. En simples palabras, se habla de una cognición corporalmente asimilada (*embodied cognition framework*), a través de la cual tanto el conocimiento conceptual, como el lingüístico de la acción depende de ambos sistemas.

²³ Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 648

²⁴ Aziz-Zadeh, Wilson, Rizzolatti, and Iacoboni (2006), Bak & Hodges, (1999), (2004); Bak, O'Donovan, Xuereb, Boniface, & Hodges, (2001), Daniele, Giustolisi, Silveri, Colosimo, & Gainotti, 1994, Feldman, (2006), Gallese & Lakoff, (2005), Goldenberg & Hagmann, (1998); Hauk, Johnsrude, & Pulvermüller, (2004), Heilman and colleagues (1997), Heilman et al., (1997), Heilman, Maher, Greenwald, & Rothi, (1997), Ochipa et al., (1989), Ochipa, Rothi, and Heilman (1989), Saygin, Wilson, Dronkers, & Bates, (2004), Saygin, Wilson, Dronkers, & Bates, (2004), Tettamanti and his colleagues (2005), Tranel, Kemmerer, Damasio, Adolphs, and Damasio (2003).

Para terminar con el sistema representacional jerárquico citamos textualmente el siguiente extracto:²⁵

“Hierarchy as a word was first used around 1380 to describe the strict relationship between the three layers of angels (seraphim, cherubim, and thrones) ascending toward heaven. Each was subordinate yet dependent on the lower level. In this chapter, we have argued for the existence of a hierarchy in the human brain for organizing complex motor behavior that, like the angels, carries with it distinct functional dependencies.

However, unlike the angels, the anatomy of the motor system and the multitude of solutions for achieving complex behaviors suggest that the supraordinate or subordinate roles played by different layers of functional hierarchy can be readily interchanged.”

Conclusiones de la primera parte del extracto:

1. Siguiendo el modelo jerárquico de representación de acciones, se tratará la comprensión. Se analiza como el individuo atiende a la acción y organiza sus preceptos. Para llegar a ello surgen dos cuestiones: ¿Debemos enfocarnos en los objetivos o fines de un acción, para conocer sus los elementos que la componen; o por el contrario debemos procesar los componentes en detalle para arribar a una comprensión de las intenciones del autor?, es decir realizamos un análisis de lo general a lo particular, partiendo del objetivo para comprender las particularidades del comportamiento y aquellos elementos que la componen, o es preferible optar por comprender en detalle cada uno de los elementos y particularidades presentes en la acción para así conocer la intención del sujeto.

Para ello se realizaron tres experimentos distintos empleando el fenómeno *R.S* (Repetition Suppression), o como también se lo llama *fMRI adaptive*. Básicamente este estudio consiste en determinar que es “similar” para nuestro cerebro, para esto a través de dos estímulos sucesivos considerados similares, se tiene que dar en el segundo una disminución de la respuesta BOLD (Blood Oxygen Level Dependent, un método utilizado en imágenes de resonancia magnética para observar la activación de diferentes áreas del cerebro) en comparación con condiciones en las cuales el segundo sería

²⁵Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 650

considerado nuevo. Un ejemplo de esto sería el proceso de reconocimiento facial. Al mostrarle a un individuo diversos rostros pero manteniendo el género de todos ellos, una porción del cerebro debería mostrar una reducción en la respuesta BOLD en razón al mantenimiento de dicha variable, pero además otros sectores deberían mostrar un RS solo cuando se muestra el mismo rostro. De allí se determina qué sectores responden a determinados estímulos y cuáles no, a pesar de que los estímulos se los consideren iguales. La tarea es el reconocimiento facial, es decir es una única tarea donde los estímulos son similares, pero un sector se encargará de atender al género y otro al rostro. Así nos provee de un método para identificar los cambios hemodinámicos entre una clase de estímulo o un nivel de jerarquía, en lugar de comparar las clases. De este modo se podrán ver diferentes niveles de representación para el mismo estímulo, pero además, esto puede ser analizado independientemente. Y, como se sostiene un modelo jerárquico de representación, este es el único método que permite probar su existencia.

2. El primer experimento demostró que existe una disociación al realizar una única tarea. Por un lado existe sensibilidad cinética a las características del comportamiento y por el otro una reacción a los objetivos o metas propuestas para la acción. El individuo al agarrar el objeto, lo cual hace al fin de la acción, demostraba RS en su aIPS (encargado además de la transformación sensor motora) pero la misma se encontraba neutral al momento de estudiar la variable de la trayectoria. Esta última solo mostraba disminución de la respuesta BOLD en el Surco Occipital lateral izquierdo y Surco Pre central superior derecho. En un segundo experimento el mismo resultado se mantuvo. La disociación entre el modo de agarre y lo que se opta por agarrar da la pauta de que existe un modelo jerárquico de representación y que el objetivo de la acción no necesariamente define la intención del sujeto.

3. El problema de la intención en los anteriores experimentos no se pudo demostrar pero en un tercero se lo trato. A través de la manipulación del resultado de la acción se logro demostrar que una determinada porción cerebral (ILP y IFG) manifestaban un RS al significado que poseía la realización de la acción en la mayoría de los diversos casos, aunque en algunos no tuvo reacción, mientras que otras secciones cerebrales específicamente tenían una reducción a la respuesta BOLD en razón la repetición cinética.

4. Teniendo en cuenta los resultados alcanzados a través de los tres experimentos se puede sostener que existe un modelo jerárquico de representación de la acción, el cual distingue los siguientes elementos:

1. Significado de la acción.
2. Sensibilidad a la Cinética.
3. Objeto sobre el que se centra el comportamiento.
4. Consecuencias de la Acción.

Para concluir, se resalta el resultado alcanzado y su implicancia en el campo jurídico.

1. Si se quiere atribuir personalmente una conducta a un sujeto hay que tener siempre presente que el objetivo o la finalidad que se propuso o manifieste nunca será suficiente para poder aproximarnos a la intención de individuo y así imputárselo, sino que esto únicamente se logrará si examinamos y atendemos de forma particular a cada componente que hace al fenómeno en sí mismo. Solo así podremos entender la voluntad del individuo. El análisis jurídico a realizar por lo tanto debería partir siempre desde lo particular a lo general, entendiendo a la acción como unidades sistemática y jerárquicamente organizadas por procesos mentales. Una vez descubierta la verdadera intención del sujeto se volverá mucho más simple y certero el proceso de atribución de hechos ilícitos al individuo. Esta metodología además ayuda a determinar jurídicamente la existencia o no de relación psicológica, abarcando además los vicios que pueden darse sobre la voluntad en este punto de análisis. Lógicamente lo que se propone debe ser estudiado en más profundidad, pero nos presenta una solución, que de desarrollarse de forma optima, ayudará en gran medida a los operadores jurídicos.

2. Los cuatros elementos mencionados en el modelo jerárquico de representación de la acción deberían tomarse añadirse al análisis de la voluntad final del individuo. Como se vio, la disociación existente entre la interacción con el medio y el objetivo propuesto hace necesario replantearse la relación psicológica con el hecho desde una perspectiva complementaria de dicha dualidad.

Conclusiones de la segunda parte del extracto:

1. El procesamiento semántico y el control motor se encuentran relacionados. La hipótesis sobre la interacción entre el procesamiento semántico y el mecanismo de planeación de la acción es correcta. El extracto se divide en dos incógnitas. La primera es determinar si en verdad existe una conexión entre el lenguaje y la ejecución de la

acción. En segundo lugar se intenta probar si la ejecución a través de la vía visual motora y semántica comparten substratos neurales, o actúan de forma totalmente independiente.

2. Como se vio el primer experimento sobre el empleo de adjetivos demuestra claramente que cinéticamente se afecta el desenvolvimiento de la acción, independientemente de que las palabras empleadas tengan o no relación con la tarea propuesta. Esta afectación repercute sobre el plan motor y organización que realiza el individuo.

3. Un Segundo experimento a través de la imitación de gestos reafirmo la hipótesis pero además discrimino entre dos sistemas que confluyen para hacer el plan de acción, y afirmando además que en razón de la complejidad de la tarea dependería cual sistema reclutaría el individuo para realizarla. Para esto se le propuso a un sujeto que imitara diversos gestos. Algunos carecían totalmente de significados mientras que otros estaban llenos sentidos. El individuo al imitar los primeros acudió a la vía visual motora para llevar a cabo la tarea, mientras que al intentar imitar gestos con sentido pudo completar la tarea optando por la vía visual motora o accediendo a su memoria semántica de largo plazo.

4. Pero el resultado arrojado no demostraba cual era la relación entre ambos sistemas, por lo que en la segunda parte de la investigación se propone resolver la siguiente incógnita ¿Ambos sistemas comparten substratos neuronales o son totalmente autónomos? Es decir se plantea que si la región visual motora implica la intervención de regiones motoras específicas, entonces en qué grado la ruta semántica emplea algunas de las mismas áreas. Para realizar el estudio se enfocaron en la comprensión de la acción.

5. A través de los primeros exámenes, se pudo descubrir que existirían dos tipos de semánticas relacionadas a acciones. Unas responderían a puro significados, sentidos, conceptos, por lo que su procesamiento debería llevarse a cabo en áreas lingüísticas y de forma indirecta se activarían las regiones motoras para llevarlas a cabo, de este modo la comprensión de la acción se mantendría a pesar de la existencia de lesiones en las regiones motoras, afectando solo la producción de la acción pero no su comprensión. Un segundo grupo semántico estaría íntimamente relacionado a representaciones motoras, por lo que su decodificación se llevaría a cabo en regiones motoras. De allí se infiere que las lesiones en estas áreas no solo afectarían la producción de la acción sino que también a su comprensión. En este último el conocimiento semántico no puede

separarse del sistema que envuelve la producción de las acciones *per se*, mientras que en el primer supuesto sí.

6. Siguiendo esta línea se citan investigaciones realizadas sobre individuos con apraxia ideomotora y conceptual. Respecto al primero de los supuestos, los sujetos poseían problemas al momento de mantener la idea principal que le da sentido a elementos individuales de la acción. Los mismos podían realizarlos individualmente pero al momento de unirlos se les hacía imposible. A través de trabajos realizados se encontró evidencia de que se veía comprometido el conocimiento que poseían de la acción. El individuo podía reconocer a los objetos perfectamente pero no unir los mismos con sus correspondientes instrumentos (clavo con martillo). De aquí se infiere que la acción semántica y la representación motora comparten formas de representación. En el segundo de los supuestos se estudió a sujetos con apraxia conceptual. Este fenómeno se caracteriza por dos problemas: Inconvenientes respecto a conocimientos asociativos y sobre conocimientos mecánicos (cualidades y ventajas en el empleo de instrumentos). Al realizarles una prueba donde debían demostrar el contenido semántico de la acción los mismos erraban a pesar de poder reconocer a los objetos. Además presentaban dificultades en asociar una herramienta con la descripción lingüística de su función. En conclusión se volvió a demostrar que la acción semántica y la representación motora no lingüística. Los individuos a pesar de poder reconocer a los objetos, la acción como descripción lingüística puede impedir la realización de la misma. Los sujetos si poseen inconvenientes en comprender semánticamente la acción se verá imposibilitada de realizarla. No puedo realizar una conducta si no conozco el sentido de cada uno de los elementos que la conforman, y ni mucho menos poder emplear los instrumentos necesarios para llevarlos a cabo.

7. Esta afirmación se mantuvo a través de pruebas que consistían en leer palabras asociadas con acciones que implicaban el movimiento de pies, bocas o manos. Los individuos al leerlas o escucharlas activaban las mismas áreas pre-motoras que aquellos sujetos que realizaban la acción (patear, lamer, agarrar). Lo mismo ocurrió al momento de comprender oraciones que describían acciones o tareas.

8. Por todo esto se reafirma la segunda cuestión previamente planteada, la vía visual motora y semántica comparten sustratos neuronales.

9. Afirmado esto se prosiguió con un estudio sobre el rol del área motora en la comprensión de las acciones. A través del examen realizado sobre pacientes con MND (*motorneurondisease*) se descubrió que los mismos veían comprometida su aptitud para

comprender el verbo y nombrar las acciones. Pero no se veían imposibilitados de nombrar sustantivos.

10. Por último el estudio más complejo realizado sobre 90 pacientes con diversas lesiones en regiones cerebrales evaluó la habilidad para recuperar conocimiento sobre acciones a través de una prueba donde debían unir imágenes con la descripción de acciones. El resultado del mismo fue que los individuos con lesiones áreas parietales y pre motoras se vieron imposibilitados de realizar la acción.

11. En conclusión la evidencia nos guía a tener una concepción donde el control motriz y el lenguaje no se encuentren separados. La idea de “Embodied Cognition Framework” (estructura cognitiva corporizada) nos obliga a atender a que nuestro conocimiento conceptual de la acción es dependiente de los sistemas que requieren producirlo. Y en su forma más extrema dicho “embodiment” se debe extender a nuestro conocimiento lingüístico de la acción

Ahora bien, con relación a la relevancia jurídica de dichos descubrimientos se extraen las siguientes conclusiones:

1. La acción tal y como la conocemos no puede solo ser vista como un proceso impulsor del sistema motor. Cada vez que un sujeto actúa lo hace atendiendo al conocimiento semántico que posee de la acción. La impulsión de los nervios motores para la exteriorización de la voluntad es un proceso complejo que debe seguirse investigando, pero en principio no es suficiente la impulsión de los nervios motores como tradicionalmente se sostiene.

2. Sobre la concepción finalista de la acción debemos afirmar que el fin que se exterioriza como método para atribuir la conducta al sujeto no es la única variable a atender. Más bien se debe tener en cuenta lo concluido en los puntos anteriores pero además ver el sentido de la acción. Al momento de realizar la atribución del hecho al sujeto no debemos generalizar ya que el contenido de cada tipo es distinto y varía en razón de su complejidad. Como se vio, dicha complejidad se traduce en el conocimiento de la acción semántica que posee el sujeto y no en los objetos que componen al hecho. Por lo que si se quiere examinar la existencia de una relación psicológica entre el sujeto y el hecho debemos incluir en el análisis el contenido semántico del mismo y la descripción contenida en el tipo. A través de la comparación de ambos se podrá afirmar si la conducta realizada por el sujeto le es personalmente atribuible por ser la misma que prescribe la norma. Esta adecuación del hecho en la norma prohibitiva debe realizarse a

través del sentido que la semántica nos otorga a través de la descripción narrativa, y no simplemente ver su concreción material. Se podría decir que este análisis semántico es el mejor método para conectar la faz objetiva y subjetiva del tipo ya que nos permite adecuar el hecho no simplemente materialmente sino que también valorativamente, lo cual es posible al examinar el procesamiento semántico de la acción llevada a cabo por el individuo. El conocimiento de los elementos descriptivos solo puede ser alcanzado si el individuo pudo realizar el ya mencionado proceso semántico. Muy importante también es al momento de constatar la existencia de errores de tipo que recaigan tanto sobre elementos descriptivos como así también elementos normativos, ya que estos últimos al consistir algunos en juicios de valor necesariamente se deberá ver el procesamiento semántico que realizó el individuo.

3. Se debe hacer hincapié en una formulación de los preceptos típicos comprensivos de esta realidad. Se propone una reforma del derecho positivo que se adecue a esta realidad. La norma debe adaptarse a la naturaleza del individuo, si esta no lo hace pues la efectividad de la misma será imposible. Uno de los instrumentos jurídicos a tener en cuenta son los elementos normativos del tipo. La descripción objetiva debe ser completada con diversos conceptos axiológicos o que caractericen de especial modo al hecho típico. Como vimos mientras más sentido se le da a la descripción de las acciones mayor efecto se tiene sobre el individuo. Además la descripción realizada debe ser lo más clara y certera posible, determinando si es posible cada uno de los movimientos, ya que como se vio, el problema que suele generarse al momento de comprender la conducta es la deficiente descomposición del verbo en movimientos que lo realizan. Mientras más amplia, abstracta y neutral; en el sentido de que no provoque respuestas emocionalmente negativas; sea la descripción, mayor será la dificultad para asimilarla. Está claro que estos postulados no han sido probados pero es un proyecto que tiene probabilidades de resultar si nos basamos en los descubrimientos previamente analizados.

Dinámica representacional (Gazzaniga, 2009)²⁶

Teniendo presente el modelo jerárquico de representación, se pasara a esquematizar el modo en que se controla la acción, ya que anteriormente solo se presentaron las bases sobre la cual se forma la decisión pero no el modo en que se estructura.

Para comprender el modo en que se controla la acción se eligió el modelo de cascada realizado por Koelchin y sus colegas²⁷. El mismo posee una estructuración tri-partita donde se sigue un orden *Top-Down*. El proceso para decidir qué acción seleccionar requiere la convergencia de información proveniente de tres tipos de procesos de control:

- ✓ Control “*episódico*”: el cual permite el mantenimiento tónico de la información relevante de la tarea, durante el intervalo de tiempo que separa la instrucción impuesta de la decisión adoptada.
- ✓ Control “*contextual*”: integra los datos provenientes del contexto, es decir, las señales que se encuentran en el ambiente inmediato.
- ✓ Control “*sensor-motor*”: nivel básico de control que únicamente se encarga de la asociación que se da entre un estímulo y su correspondiente respuesta.

La coordinación entre estos tres controles se sustenta sobre la idea de subsidiariedad, donde de forma sucesiva se reclutan regiones superiores dependiendo de la complejidad de la tarea. Así, el control sensor motor (que consiste en seleccionar una acción sobre la base dependiente del estímulo - respuesta) únicamente requiere de la intervención cortex pre motor, mientras que el control contextual (donde la respuesta es consecuencia de ambos, del estímulo y del contexto) recluta regiones de la corteza pre frontal y a su vez el área pre motora. Por último, el control episódico activa tres nodos neuronales inclusivos de los dos anteriores. De allí que se la denomine modelo “cascada”, en razón a que la información fluye hacia las regiones neuronales superiores, teniendo de forma substancial las bases de la representación jerárquica de la acción, confluyendo en el cortex pre motor donde se realizará la integración de la información recolectada, necesaria para la ejecución del acción.

²⁶Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 1019

²⁷Koechlin, Ody, & Kouneiher, 2003; Koechlin & Summerfield, 2007

Conclusiones:

1. La decisión sobre qué acción tomar requiere de la convergencia de información proveniente de tres tipos diferentes de procesos de control: Control Episódico, que permite mantenimiento tónico de la información relevante para la tarea a lo largo del intervalo; Control Contextual, refleja la necesidad de integrar la información de señales contextuales provenientes del entorno inmediato; por último un control "Sensor-Motor", el cual trata la asociación entre un estímulo y su respuesta. Este esquema de cascada se rige según las reglas de la subsidiariedad, por lo que las regiones más complejas solo son reclutadas solo cuando los sectores inferiores no son suficientes para tomar una decisión.

2. El modelo de cascada opera de acuerdo a reglas de subsidiariedad, donde las regiones altas son reclutadas solo cuando las bajas no son suficientes para permitir una adecuada toma de decisión

3. La jerarquía del modelo sería la siguiente, iniciando desde el proceso más simple y terminando por el de mas complejidad:

Control Sensor Motor: en este punto la acción es decidida en base al simple acaecimiento de un estímulo. Es el proceso básico de toma de decisión por lo que solo requiere la concurrencia de la región del córtex Pre-Motor

Control Contextual: al seguir las reglas de subsidiariedad, respuesta abarca el mecanismo anterior, integrando el contexto. En si hace confluir el estímulo con la información extraída del ambiente para generar una única respuesta. Las regiones cerebrales reclutadas son: Posterior Lateral PFC y Córtex Pre-Motor

Control Episódico: Por último, este proceso requiere de la activación de los dos anteriores y a su vez incorpora información relevante extraída de tarea a ejecutar.

4. La región media del PFC está involucrada en la motivación contextual y episódica basada en el valor del incentivo extraído del contexto inmediato o de eventos pasados.

5. La relevancia jurídica de estos descubrimientos podría relacionarse con el concepto de voluntad final. Decidir qué decisión tomar para realizar un objetivo es un proceso complejo y compuesto, por lo que si se quiere comprender la relación del sujeto con un determinado hecho, el mismo se deberá descomponer en tantas partes como sea necesario, analizando a su vez si corresponde a comportamientos que responden a estímulos, son motivados por el contexto, eventos pasados, o yendo aún mas allá,

considerando a la respuesta como una integración de dos o tres de los controles mencionados. El objetivo de una tarea no es algo inmutable que se mantiene neutral frente a diversos factores, en si se podría decir que el objetivo propuesto es un recipiente amorfo que depende de su contenido para adquirir una forma concreta. La información sobre el contexto, el conocimiento sobre el objeto, su utilidad, la representación de la interacción del individuo con el mismo, el sentido de la acción, el contenido semántico de la acción y el conocimiento del mismo, el incentivo en razón a eventos pasados, emociones positivas, negativas, son factores que conforman al objetivo mismo de la acción, y operan como indicios para descubrirlo. Por lo que si se sigue este modelo de toma de decisiones, que funciona a través de la integración de información episódica, contextual y sensor motora es un buen método para describir, cómo, el sujeto, decide que acción realizar. Claramente seria una herramienta muy útil al momento de determinar la relación psicológica del individuo con el hecho y determinar la existencia efectiva o potencial de comprensión de la criminalidad. Un sujeto para actuar depende de sus conocimientos previos, la valoración de los mismos, de un contexto al cual responder y por último de su interacción con el mismo. El hecho de “conocer” el objetivo y la coincidencia de este con la realidad no es suficiente. Claramente si se quiere saber qué imputación realizar (dolosa o culposa) se debe hacer que el objetivo manifestado de la conducta se adecue al conocimiento del objeto, del contexto, la representación del objetivo, su interacción con los objetos, el conocimiento del contenido semántico de la acción realizada o el sentido de la acción, el análisis de cada movimiento en particular, el conocimiento de las características físicas y de utilidad del objeto o medio empleado, entre otros elementos como ya se ha mencionado de forma reiterada. Solo entonces, si concuerda el objetivo manifestado con los elementos mencionados se podrá hablar de que el individuo actúa dolosamente, por haberlo hecho intencionalmente y por no haber evitado su consumación a pesar de haber poseído los medios a su disposición. Cada conducta efectivamente realizada por el individuo, necesariamente acarrea un conocimiento acabado no solo del objetivo que hace a la acción, sino también del rol que desempeñaran los medios empleados u objetos seleccionados, por lo que el dolo del individuo abarca todo conocimiento referente a la acción siéndole exigible evitar el despliegue deficiente ya sea porque fue intencionalmente utilizado como medio para alcanzar resultados típicos, los cuales se traducen en una moral utilitaria, como así también en los casos en que simplemente se los despliega deficientemente y le fuere exigible evitarlo. Claramente la distinción entre

este último y la culpa se da en razón al simple empleo deficiente inexigiblemente evitable.

Componentes del cerebro social (Gazzaniga, 2009)²⁸

La cognición social es la habilidad cognitiva que nos ha permitido diferenciarnos de las demás especies. El humano para poder desarrollarse ha adquirido la habilidad de aprender y enseñar a los demás aquello que ha adquirido a través de la experiencia. El hecho de que el hombre se motive constantemente en impartir conocimiento a través de un contexto pedagógico nos ha permitido adaptarnos de un modo único, potenciando el desarrollo evolutivo de nuestra especie. La ventaja sobre los demás seres se centra en la posibilidad de capitalizar el conocimiento, evitando que debamos por nuestro propio esfuerzo descubrir el mundo que nos rodea. Además poseemos una tendencia a complejizar el conocimiento existente, lo cual permite una dinámica de progreso.

Heatherton, Krendl y Heatherton han creado un modelo que identifica cuales son los componentes básicos del "*cerebro social*", es decir, cuales son las habilidades cognitivas sobre las cuales se funda.

La primera de ellas consiste en poseer una percepción coherente y estable de uno mismo o en otras palabras, la posibilidad de ser conscientes de uno mismo. El conocimiento pertenece a un estado mental que es idiosincrático y privativo de cada uno, pero a pesar de ello puede ser compartido con los demás. La motivación que impulsa a un humano a enseñar a otro se halla en el hecho de que el individuo entiende que lo que el mismo conoce no es inmediatamente aparente a otros, por esto de forma natural nos motivamos a compartir aquello que nos es propio. A su vez si no se pudiera tener conciencia de uno mismo sería imposible determinar a quién y que enseñar, como así también el modo en que se lo hará, esto es en razón a que si uno transmite conocimiento es porque asume que aquellos que lo receptan poseen similares capacidades o que pueden razonar del mismo modo en que uno lo hace, porque el conocimiento, como se dijo, es privativo de cada uno y si se quiere transmitir se lo debe hacer a un receptor que sea semejante a quien lo posee para que no se pierda y se

²⁸Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 954.

continúe transmitiendo. Por esta razón no se enseña filosofía o cálculos complejos a alumnos de nivel inicial, o química y física a una mascota, claro está que esto se debe a que quien transmite sus conocimientos asume que las mentes de quienes lo reciben no son lo suficientemente similares a la suya, y consecuentemente no podrán razonar los pensamientos que posee del mismo modo en que él lo hace.

Otra función del “*Self - awareness*” o la de la capacidad de introspección, se encuentra relacionada con la auto regulación que se hace a través del monitoreo de las conductas, pensamientos y la evaluaciones que se hacen enfrentándolas con las normas que prevalecen en el grupo social. De acuerdo a la descripción de Neisser en 1988, se entienden que al menos existen tres tipos de conocimientos introspectivos: “*ConceptualSelf*”, “*EcologicalSelf*” y el “*NarrativeSelf*”. El primero de ellos representa la comprensión de los rasgos y disposiciones de la personalidad propios. El segundo interviene en la sensación de autoría respecto de las acciones que uno ejecuta en el ambiente. Por último, el “*narrative self*” construye y mantiene la percepción de la historia personal y la memoria auto biográfica. Este último conduce a un procesamiento de información más eficiente al permitirnos integrar los datos contextuales con los personales.

Ahora bien, si el conocimiento se transfiere de un individuo a otro, entonces se requiere un mecanismo que nos permita hacer un seguimiento de los estados mentales ajenos. Dicha habilidad es conocida como “*Mentalizing*” o “*Theory of mind*”. Consiste en permitir que un sujeto intuya las creencias, pensamientos, sentimientos, objetivos y deseos de otro con el propósito de predecir e influenciar sobre su comportamiento. Es uno de los componentes de la cognición social más importantes y esto se debe al hecho de que inferir el estado mental de otro nos permite empatizar y así cooperar con los demás, interpretar el comportamiento ajeno y hasta engañar a otros cuando sea necesario. Pero ¿de qué modo funciona el mecanismo que nos habilita acceder a aquello que es imposible de percibir directamente; el estado mental de otro? Algunos investigadores creen que la solución al problema del “*mentalizing*” se encuentra en que uno mismo, a pesar de que no pueda ingresar en el ser de un tercero para poder interpretar lo que le ocurre, se tiene acceso directo a otro sistema similar: el propio. El procesamiento a pesar de ser complejo, posee una mecánica simple. Si un individuo puede inferir los objetivos, sentimientos o preferencias de otros, es porque logra colocarse en la situación similar a la que vive el otro. Lo hace a través de una

simulación y atribuye de forma aproximada los estados mentales que más se adecuan al otro individuo, en base a la experiencia propia. Sin embargo como habrán notado, esta estrategia solo funciona si se puede deducir que la otra persona va a tener una respuesta similar a la propia en la situación dada. Caso contrario, el uso del estado auto referencial para lograr el "*mentalizing*" será inapropiado. En otras palabras, el mecanismo depende de cuan similar, respecto a preferencias, es quien queremos analizar.

Hasta ahora vimos que el ser humano ha logrado tomar ventaja por sobre las demás especies, en cuanto a desarrollo evolutivo, debido a que puede ser consciente de sí mismo y a su vez, en el mismo momento, percibir que el otro se posee las mismas aptitudes cognitivas. Gracias a esto hemos podido transmitir información y vivir en poblaciones numerosas. Pero este último hecho es el que nos lleva al tercer componente de la cognición social: "*The Self-Regulation*". Este quizás sea el más relevante o al que más se debe atender si se quiere lograr efectividad jurídica. Una persona al convivir en numerosas agrupaciones debe comportarse de forma adecuada para no quedar aislada. Saber inhibir las expresiones emocionales potencialmente destructivas permite mantener las relaciones de cooperación en los grupos humanos. Pero ¿cómo funciona este mecanismo de auto regulación? Es simple, cuando una persona desafía las normas del grupo – tal como mentir o engañar– normalmente experimenta emociones sociales que le indican que algo no es normal o correcto, de este modo puede sentirse culpable cuando hiere a alguien o avergonzado si ha sido atrapado. Tales emociones sirven como importantes guías orientadoras del comportamiento subsecuente, lo cual permite que después de haber sentido vergüenza o culpa nos motivemos a actuar para reparar la relación social o evitar ejecutar el acto destructivo. En otras palabras, las emociones sociales promueven la auto regulación que nos permite alterar, ajustar, inhibir o actuar, siempre atendiendo a lo considerado adecuado por la sociedad (Baumeister, Heatherton, & Tice, 1994). A su vez no solo se ve afectado el proceso ejecutivo, como lo es la memoria de trabajo, la atención o la toma de decisiones, sino que también influye el control emocional (cubriendo problemas de afecto, control y motivación). Además nos capacita para retrasar la gratificación, controlar el apetito y los impulsos, como así también perseverar para alcanzar objetivos. Por lo tanto cualquier fallo en la auto regulación se transforma uno de los problemas más importantes y confusos que la sociedad contemporánea enfrenta. Algunas manifestaciones de ellas son el abuso de

drogas, alcoholismo, la violencia domestica, la agresión, los atracones de comida, entre otros.

La importancia del mecanismo radica en que auxilia al individuo para controlar sus comportamientos y acciones para así lograr mantener una buena posición en el grupo donde convive. A lo largo de la historia evolutiva, hemos tenido que enfrentarnos a una batalla continua entre la satisfacción de los deseos personales y a la vez lograr ser un buen miembro del grupo. Desde una perspectiva hedonista y egoísta, en nuestros días se impulsa a comer sin restricciones, ignorar prohibiciones en cuanto a comportamientos sexuales o consumir sustancias que inducen a la euforia, en otras palabras, se busca ejecutar cualquier actividad que impulse el funcionamiento del sistema mesolímbico de dopamina para así producir sentimientos de recompensa y satisfacción de forma indiscriminada. Pero aquellos que actúan sin restricciones o de forma excesiva, como efecto colateral, fallan al pretender ser productivos del grupo porque se encuentran incapacitados o son considerados miembros incompetentes del grupo. Para evitar esto la gran mayoría de los grupos sociales comparten normas o estándares de conducta que desalientan o rechazan actividades consideradas como egoístas o hedonistas.

En resumen la motivación de recompensa subcortical se encuentra en una batalla constante con creencias y valores pertenecientes a niveles cognitivos superiores. Si la regulación es lograda entonces se pueden alcanzar objetivos a largo plazo y ser miembros eficientes de la sociedad.

Por último, el hecho de vivir en grandes grupos humanos expone al individuo a peligros que la cognición social ha sabido manejar. Estas amenazas pueden ser provenientes del propio grupo o de otros.

Las primeras generalmente consisten en el potencial peligro de exclusión del grupo en el que convive, lo cual equivale a quedarse sin oportunidad alguna de supervivencia. En el segundo supuesto, el hecho de que se formen diversos grupos humanos genera la posibilidad de que se dé una competición intergrupala por los recursos o simplemente conflictos explícitos. Por esto hemos tenido que desarrollar mecanismos para anticipar y lidiar con ambas fuentes de riesgos, relacionados con la propia especie. Este componente se denomina “*Detection of Threat*”. La facultad para *detectar* amenazas se funda en la necesidad de evitar la exclusión social, peligros físicos o la competición por

recursos limitados. Dicha habilidad sirve para detectar y discriminar o distinguir entre los diversos tipos de peligros a los que se enfrenta el sujeto. Como contrapartida, el sistema incluye la posibilidad para detectar comportamientos que permiten la inclusión en el grupo (Leary, Tambor, Terdal, & Downs, 1995; Macdonald & Leary, 2005), por lo que se combina con el monitoreo del comportamiento que realiza el “*Self-regulation*”. Como existe el riesgo de sufrir la exclusión el sujeto debe ser capaz de evaluar las relaciones interpersonales que mantiene con otro.

En cuanto a las amenazas provenientes de fuera, se ha descubierto que la región de la amígdala es la que comúnmente se ve activada. Personas que poseen condiciones que los hacen proclives a la estigmatización afectando su dignidad como ocurre con los “*homeless*”, tienden a activar dicha región (Harris & Fiske, 2006) como así también aquellos que sufren exclusión social por razones raciales (Cunningham et al., 2004; Phelps et al., 2000; Richeson et al., 2003) y los excluidos por no ser considerados atractivos por el grupo debido a su apariencia (Krendl, Macrae, Kelley, Fugelsang, and Heatherton 2006). Esto demuestra que los miembros marginados del grupo activan la amígdala como respuesta frente al rechazo, generando una sensación de temor frente al estímulo, un mecanismo desarrollado en principio para proteger al organismo del peligro. Este proceso gregario es activado incluso de forma involuntaria, sin que el sujeto sea consciente de lo que ocurre (Morris, Ohman, & Dolan, 1998; Whalen et al., 1998). La activación de la amígdala es considerada también como un proceso que desempeña un rol muy importante respecto de las emociones sociales, debido a que tales estados afectivos tienen relevancia directa para mantener relaciones sociales a largo plazo. Por último, también se ve afectada cuando el estímulo resulta ambiguo por proveer de información insuficiente para discernir la naturaleza del riesgo.

En conclusión como se ha visto, la cognición social juega un papel muy importante si se busca comprender el proceder de un individuo. Tan natural y asimilado es este proceso que se ve implicado aún frente a la ausencia de demandas provenientes de tareas. A pesar de que el sujeto no se enfrente a estímulos, el procesamiento social cognitivo se mantiene activo (Gusnard & Raichle, 2001). Se podría decir que el mecanismo únicamente se ve desactivado cuando no se requieren pensamientos sociales, es decir, en tareas donde nos relacionamos de forma no social con nuestro entorno como puede ser frente a objetos inanimados o estando sin la presencia de un tercero observándonos. Se podría decir que el mecanismo se encuentra en un estado

continuo de lectura de otras mentes y únicamente se ve desactivada cuando no es requerido.

Conclusiones:

1. El desenvolvimiento social del hombre depende de cuatro mecanismos interrelacionados: Self Awareness, Mentalizing, Self Regulation y Detection of Threat.
2. De los mismos, dos deben ser atendidos de forma especial por el derecho al momento de atribuir una conducta a su autor: “Self Regulation” y “Detection of Threat”. Si un sujeto actúa indebidamente es porque fallo el primero o porque el segundo lo motivo como mecanismo de adaptación al medio, al considerar que la no realización de determinada conducta lo excluiría del grupo o por no haber desarrollado una respuesta emocional, en razón al análisis de la naturaleza del riesgo, que sea acorde a lo exigido para lograr que no transgreda las reglas.
3. El desarrollo del primer mecanismo permite que el individuo sea capaz de sobreponerse a impulsos, emociones o gratificaciones que podrían atentar contra el estatus social que posee por considerárselos rechazados o inadecuados. Dicha autorregulación se logra en razón a las pautas sociales establecidas, por lo que es muy importante revisar el contexto social en el que se desenvuelve. Como se dijo, si existe una concepción egoísta y hedonista de cómo se debe actuar, entonces el sujeto adaptará su actuación a dicha forma de vida para no verse recluido, pero a costa de esto se verá afectado por el debilitamiento en la inhibición de impulsos o comportamientos que muchas veces provocan aquella exclusión que se quiso evitar en un primer momento. De forma puntual, la respuesta emocional a ciertos estímulos es la que se ve disminuida o nula.
4. La existencia de una tensión entre lo querido y lo debido además de provocar un mal funcionamiento sobre los procesos ejecutivos, afecta el control emocional, consecuentemente al hecho de verse excluido socialmente se le adiciona la alteración emocional que padecerá.
5. Al momento de analizar la culpabilidad, si un individuo carece de respuesta emocional, a los fines de la inhibición, se encuentra imposibilitado de comprender la criminalidad de su actuar, por lo que sería recomendable la aplicación de una medida de seguridad en lugar de la imposición de una pena privativa de la libertad. Solo en casos como este el individuo se verá totalmente exceptuado de la imposición de una pena, pero en los casos en que el sujeto aún sea capaz de experimentar dichas emociones,

podremos hablar de que es capaz de comprender la criminalidad de su acto y más aún inhibir su actuar. Este parámetro que gravita sobre la experiencia personal de emociones sociales negativas (vergüenza, culpa, enojo, orgullo, entre otros) nos proporciona certeza al momento de determinar la imputabilidad de acuerdo a lo prescripto por el artículo 34 inciso 1 del código penal.

6. Si nos remitimos al “*Action Understanding*” claramente se ve que la acción para que sea comprendida se debe considerar el significado de la misma, la sensibilidad cinética, el objeto sobre el que se centra el comportamiento y por último las consecuencias de su actuar. En todos ellos el factor inhibidor provisto por el mecanismo de auto regulación ayuda a la toma de decisión. La inhibición es muy importante si se quiere que el sujeto actúe dentro de los límites de su libertad negativa.

7. El proceso de detección de amenazas al permitirle al sujeto determinar los riesgos que le rodean, la naturaleza de los mismos o mantenerlo alerta sobre el posible rechazo o exclusión que puede sufrir, por convertirse él en una amenaza, se complementa con el mecanismo de auto regulación. Ambos procesos sirven de retroalimentación al sistema encargado de la ejecución de comportamientos. Siempre hay que tener presente que el cerebro social, con sus mecanismos tiende a lograr la subsistencia dentro de los grupos humanos, por lo que todo aquello que lo asegure o fomente su mantenimiento, aunque conlleve la imposición de un castigo, será empleado. Por ello, el derecho positivo debe ser considerado por el individuo como una posibilidad de actuación inclusiva. Si el mismo no ve en el derecho una fuente de formas viables de comportamientos que ayuden a su integración a la sociedad, no encontrará motivos para acatarlo, a pesar de que sufra penas severas por ello. El derecho penal debe cumplir la función de guía, debe demostrarle al sujeto los beneficios que posee el adecuarse al mismo y no solo enfocarse en su facultad punitiva.

8. Las preferencias de un individuo como se ve depende mucho del medio en el que se desenvuelve, por lo que el derecho debe ser visto como parte del mismo y no como algo ajeno. Se debe apelar a la concepción formal del delito, en la cual sea visto como la realización de lo indebido, fomentando el apego a los valores que lo justifican, provocando así en el sujeto satisfacción en su realización y disgusto, vergüenza o culpa cuando lo viole. Lamentablemente al existir una concepción hedonista reglada por la premisa, “si lo quieres hacer, simplemente hazlo”, la prohibición de conductas se vuelve algo incompatible y al momento de optar por seguir esta premisa o hacer lo debido seguro optara por realizar la primera ya que esta le asegura su mantenimiento en el

grupo, según su razonamiento. Pero si se logra hacer que el sujeto encuentre algún beneficio por cumplir con su deber, se verá satisfecho y se reforzarán las posibilidades de efectividad legal.

9. Al momento de describir una conducta jurídicamente rechazada, la semántica juega un papel importante ya que a través de la carga emocional que se transmite mediante el empleo de determinados términos se logrará hacer que el sujeto emplee su mecanismo de auto regulación. Si uno logra que a través del relato narrativo descriptivo asociado a juicios de valor se provoque la experiencia de alguna emoción social negativa, entonces el sujeto evitara su realización.

10. El *selfawareness*, al construir un *conceptualself*, *ecological self*, y *narrativeself*, define la personalidad y los gustos o preferencias del sujeto, por lo que el mejor método para lograr efectividad jurídica es a través de la educación. Al incorporar datos a la memoria del individuo se tendrán más posibilidades de reforzar los mecanismos inhibitorios. El individuo forma sus rasgos y personalidad en base a su memoria, construida a partir del “*ecologicalself*” y la acumulación de experiencias fundando su propio “*narrativeself*”.

Cognición moral (Gazzaniga, 2009)²⁹

Al momento de analizar el modo en que se enfrentan los sujetos a distintos dilemas morales, en términos cognitivos, primero debemos distinguir en qué tipo de situación consiste, las cuales pueden ser dos: El dilema moral que implica provocar una lesión a otro de forma *personal*³⁰ y aquel en el que se hace de forma *impersonal*. En base a esto se ha descubierto que el procesamiento moral de dilemas *personales* implica la activación de regiones cerebrales que se a su vez también integran dos componentes cognitivos sociales: *Theory of Mind* y *Self- Referential Process*.

²⁹ Gazzaniga Michael S, “THE COGNITIVE NEUROSCIENCES” , Cap 68 The Cognitive Neuroscience of Moral Judgment, Pg 988

³⁰ Se define como dilema o daño “personal” a aquellas acciones que: causen serios daños corporales, sean realizados a una persona en particular y por último, las lesiones que resulten de no haber sido amenazas existentes que fueron desviadas a otros. Los primeros dos criterios excluyen los daños menores y hacia indeterminados individuos, respectivamente. El tercero se enfoca en la sensación de agencia, distinguiendo entre daños provocados por la propia “autoría”, de aquellos que fueron meramente “editados” por el agente en cuestión.

Otro descubrimiento fue que el procesamiento emocional es crucial para lograr el juicio moral, a tal punto que las diferentes regiones afectadas a los procesos anteriores se ven implicadas en el proceso.

En especial la amígdala funciona para procesar los diferentes estímulos lesivos a los que se puede ver expuesto el individuo: *Gráficos* o *Narrativos*. De ellos se analiza el tipo y la intensidad de la agresión. Se entiende que juega un rol importante en la detonación de respuestas emocionales respecto de acciones físicamente dañosas.

También se vio que el dilema personal depende de mecanismos representacionales de eventos que van más allá de lo observable aquí y ahora, situaciones pasadas o futuras y eventos imaginados o diferentes estados mentales. Se puede decir que el daño personal probablemente se encuentra más relacionado con esta clase de estímulos representacionales no sensoriales estímulos, que los impersonales.

Por todo esto se puede decir que el procesamiento emocional es el mecanismo cognitivo que da lugar a lo que denominamos razonamiento moral. Si se quisiera analizar en términos jurídicos, la comprensión de la criminalidad del hecho puede depender mucho de las aptitudes con las que cuenta un determinado individuo para procesar las emociones, de lo cual además, se puede extraer un instrumento que si es empleado de forma eficaz podría potenciar la auto regulación de un sujeto y así lograr la reinserción social del mismo. De esto se hablará más adelante en detalle cuando se presenten las conclusiones globales del informe.

Conclusiones:

De lo citado se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El juzgamiento moral sobre acciones que implican daños realizados sobre la misma persona o sobre otra poseen diversas regiones cerebrales implicadas.
2. En si los daños realizados por las acciones a juzgar toman contacto a través de estímulos que consisten en relatos narrativos que describen daños corporales. Se observo a través de experimentos que la amígdala incrementa su actividad al momento de enfrentarse a estímulos narrativos con carga violenta. Esta forma de estímulo debería alcanzarse a través de las descripciones contenidas por las fórmulas típicas.

3. La respuesta emocional de la amígdala se afirma que tiene lugar frente a acciones que implican lesiones corporales. Esto es importante al momento de analizar la comprensión del sujeto, ya que el tipo que implique lesiones a bienes jurídicos relativos a la integridad corporal deberían activar la amígdala.

4. La amígdala al encargarse de la auto regulación y la detección de amenazas, es la encargada del control de emociones sociales, juega un papel crucial al momento de la realización de juicios morales. Si su funcionamiento es irregular entonces el individuo se ve imposibilitado de asimilar la norma y mucho menos de adecuar su conducta a la comprensión, ya que esta nunca tendría lugar.

5. Dependiendo del contexto moral será la activación de diversas regiones cerebrales las cuales interactúan con la auto regulación del individuo para decidir si se actúa o no. Además se vio que las transgresiones sexuales y no sexuales activan áreas cerebrales diferentes, reafirmando que el contexto moral no es único y general. Esto es relevante ya que el código penal, al contener gran diversidad de acciones lesivas de bienes jurídicos, la comprensión; a nivel de la culpabilidad; de cada una debe ser tratada particularmente en razón a los elementos en los que consiste la descripción y su materialización efectiva en la realidad.

6. La conexión entre una determinada emoción social y el acaecimiento de cierto estímulo hace al juzgamiento moral del individuo. Por lo tanto su comprensión esta necesariamente ligada a la respuesta emocional que efectuó el sujeto.

7. Los bienes jurídicos afectados para ser juzgados moralmente dependen de diversas regiones cerebrales, de lo cual se infiere que el daño en sí que contiene una conducta transgresora es única y no puede ser valorada de forma general y única para todos los supuestos que se den en la realidad. El bien jurídico y el daño descriptos por el tipo como así también el contexto en el que se desarrolla la acción hacen al juicio moral sobre el que se fundara la reprochabilidad del individuo.

Dinámica dual del procesamiento moral (Gazzaniga, 2009)³¹

Ya se ha enfatizado el rol de las emociones en el juzgamiento moral, pero tradicionalmente se cree que las teorías sobre el desarrollo moral se fundan sobre un

³¹Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 991

control cognitivo. Sobre esto, distintos investigadores³² han desarrollado un modelo que implica un proceso dual del juzgamiento moral, sintetizando así ambas perspectivas. De acuerdo a esta teoría, tanto la respuesta intuitiva emocional como las cognitivamente mas controladas, tienen una relación de cooperación en algunas situaciones, mientras que en otras circunstancias desempeñan roles competitivos. Más específicamente, este modelo asocia el control cognitivo con un procesamiento utilitario o “*consecuencialista*” del juicio moral, tendiente siempre promover por el bien mayor. En contraste, la intuición emocional se relaciona con un procesamiento mas deontológico, enfocado en respetar y preferir los derechos, deberes y obligaciones por sobre el bien mayor.

A través del dilema “*The Trolley Problem*”³³ se pudo comprobar que la decisión que se tome dependerá de la existencia de una emoción negativa que se imponga para evitar la realización de una conducta. Si este factor se da entonces el sujeto habrá actuado con un juicio deontológico, caso contrario, habrá sido utilitario. De ambos esquemas se debe considerar que el dependiente de un control cognitivo es la configuración *default*, por lo que si el sujeto no experimenta una emoción prepotentemente negativa, la lógica de preservar el bien mayor se mantendrá. Es decir, uno decide hacer lo que es debido porque se busca evitar experimentar emociones negativas, cuando esto no ocurre simplemente actuamos de acuerdo a lo que sea más conveniente (utilitarismo como *default program*). A esto se agrega que cuanto más “*personal*” sea la lesión que se realice mayor respuesta emocional negativa se debería producir, por lo tanto cuanto más “*impersonal*” sea el daño menor respuesta emocional habrá o mas será más dificultoso que tenga lugar (Scherer, Schorr, & Johnstone, 2001).

Ahora bien, dependiendo de las circunstancias del dilema un razonamiento tendera a dominar más que en otros. Por ejemplo en el supuesto del “*trolley problem*” en su variable del “*footbridge*” el razonamiento intuitivo emocional es el que prevalece, pero en el dilema del “*crying baby in wartime*”³⁴ el juicio suele ser mas balanceado porque ambas se presentan al mismo tiempo o conflictivo debido a que ambas se manifiestan de

³²Kohlberg, 1969; Posner & Snyder, 1975; Chaiken & Trope, 1999; Lieberman, Gaunt, Gilbert, & Trope, 2002; Kahneman, 2003

³³Foot, 1978; Thomson, 1985; Fischer & Ravizza, 1992.

³⁴Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 991

igual modo y se debe optar por una. En todo caso si se opta por un juicio utilitario entonces se deberá obviar la emoción negativa que se experimenta (Greene, 2004).

Existe una forma de contrarrestar el efecto de disgusto emocional que experimenta el sujeto por el juicio deontológico, esto es a través del refuerzo emocional positivo (Valdesolo and DeSteno 2006), en otras palabras, si uno pretende reforzar el control cognitivo relacionado con la óptica utilitaria, entonces se debe hacer que el sujeto experimente emociones positivas, si esto se logra se verá inhibido el juicio deontológico. También se descubrió que el juicio utilitario se encuentra soportado preferencialmente por procesos de control cognitivo, esto quiere decir que cualquier estímulo que interfiera en la manipulación del entorno o la realización de tareas secundarias al mismo tiempo que se resuelve un dilema moral, como puede ser detectar un número de entre una serie, será más probable que se realice un juzgamiento deontológico o no utilitario por verse perturbado el control cognitivo (Greene, Morelli, Lowenberg, Nystrom, & Cohen, 2008).

Otra relación que se encontró fue que los individuos que poseen un alto nivel de *“need for cognition”* y bajo *“faith in intuition”* o en otras palabras, aquellos que tienden a ser más *“reflexivos”* frente a los problemas que se les presenten optarán, en general, por una lógica más utilitaria (Bartels 2008, Cacioppo, Petty, & Cao, 1984, Epstein, Pacini, DenesRaj, & Heier, 1996). Lo mismo ocurre con sujetos que poseen altas capacidades de memoria de trabajo, estos tienden a un juicio no deontológico (Moore, Clarke, and Kane 2008).

Conclusiones:

1. Los experimentos demuestran la importancia de la emoción en el juzgamiento moral, a pesar de que tradicionalmente el mismo se funda sobre el control cognitivo.
2. El “Dual Process Morality” se sustenta sobre ambos factores.
3. El procesamiento de control cognitivo (Controlled Cognitive Processing) se relaciona con un juzgamiento Utilitario tendiente a optar por el bien mayor. El procesamiento intuitivo emocional (Intuitive Emotional Processing) hace al juzgamiento deontológico consistente en la realización o cumplimiento de deberes u obligaciones.
4. En el dilema del tranvía se dan ambos juicios, pero la variante contextual se da en que el primero de los supuestos, la acción lesiva (presionar un interruptor) no activa

una respuesta emocional negativa, lo cual si se da al momento de empujar una persona a los rieles para detener el vehículo, como en la segunda hipótesis propone. En este último los sujetos de prueba afirmaban que era incorrecto cambiar una vida por cinco, manifestándose la prevalencia del razonamiento deontológico. Se entiende que la aprobación del primero es debido a la ausencia de una respuesta emocional negativa, haciendo que se actúe en un “default utilitarian mode” razonando a favor del cambio de una vida por cinco, defendiendo así el bien mayor por sobre lo debido.

5. Se propone que la distinción entre ambos dilemas es dada en razón a un proceso evaluativo de emociones, donde mientras más personal o mas proximidad exista con la realización del daño, aumentara la probabilidad de que se dé una respuesta emocional negativa que inhiba la realización. Por el contrario, a mientras más impersonal sea la realización del daño, mayor tendencia utilitaria habrá.

6. Por defecto, el proceso utilitario es la regla general.

7. Las pruebas realizadas demuestran que los dilemas personales activan regiones cerebrales relacionadas con la emoción (mPFC, PCC, Amygdala) mientras que los dilemas impersonales aumentan la actividad de área asociadas con la memoria de trabajo y el control cognitivo (DLFPC)

8. Estudios realizados sobre individuos normales que fueron inducidos por emociones positivas para contrarrestar las negativas optaron por aprobar la acción realizada en el segundo supuesto del tranvía (dilema personal)

9. Rasgos individuales, factores ambientales o contextuales afectan al proceso de juzgamiento moral haciendo optar por uno u otro, como es el caso de falta de sueño o el razonamiento basado en la intuición que algunos sujetos realizan y otros no.

10. La desaprobación utilitaria solo puede ser alcanzada eliminando el sentido utilitario en sí, provocando así que el sujeto considere que su acción no es un medio para alcanzar el bien mayor, mientras que la desaprobación deontológica se realiza siempre que exista una respuesta emocional negativa a determinado estímulo, lo cual se relaciona de forma directa con el proceso auto regulador previamente estudiado.

11. A nivel jurídico es muy importante para determinar la posibilidad que posee el sujeto de comprender la criminalidad de su conducta. Está claro que si un individuo delinque es porque su mecanismo de auto regulación fallo y optó por un juzgamiento utilitario de la situación, pero si se comprueba que posee la aptitud de responder con emociones negativas a lo prescripto por la norma entonces se podrá demostrar que el individuo tenía la posibilidad de comprender la criminalidad de su actuar.

12. Si se quiere reforzar la efectividad de la ley, debemos hacer que lo prescripto en la letra del tipo se relacione provoque una emoción negativa y además elimine toda posibilidad de utilidad que podría ser alcanzada mediante su realización

13. Como se vio anteriormente, un estilo de vida hedonista y egoísta genera emociones positivas que contrarrestan a las negativas, por lo que el contexto social tiene que también tenerse en cuenta al momento de formular una norma.

14. Las conductas legalmente descriptas deben complementar ambos razonamientos morales. Se debe hacer que el hecho tipificado sea un medio para alcanzar el bien mayor y a su vez generar una respuesta emocional negativa, eliminando toda posibilidad material de realización de la misma y alcanzando una doble desaprobación moral, aumentando las probabilidades de acatamiento legal. Por esto se considera que la simple imposición de penas no resultará como un medio preventivo especial o general si los individuos continúan reflexionando como conveniente la realización de la conducta prohibida o existen refuerzos emocionales positivos concurrentes que debilitan la auto regulación. Si esto no se atiende, la pena carecerá de legitimación por lo que no tendría razón de ser, convirtiéndose en la simple realización de un mal en contra de un sujeto que realizó lo prescripto por un tipo.

Criminología

Aspectos Criminológicos del delito (Marchiori, 1999).

El examen que se hace del delito como fenómeno se encuentra respaldado por un gran número de esquemas teóricos ensayados para facilitar la comprensión del mismo. Pero si se tuviera que partir de una base común a todas, por así decirlo, dar lineamientos para un correcto análisis se debería tener en cuenta lo siguiente.

El estudio del crimen no es más que el análisis de una conducta y como tal debe hacerse en función de las cualidades personales del sujeto y del contexto en que se desarrolla debido a que la conducta es el instrumento por el cual la persona busca adaptarse al medio en el que habita, principalmente el social, en el cual desarrolla sus relaciones interpersonales y donde los efectos del delito cobran significado.

El comportamiento en estudio no es de cualquier tipo, sino que específicamente es agresivo y representa, por un lado, la manifestación de una alteración física, emocional y social que está padeciendo el agente en un determinado momento de su vida; y por el otro, en razón a las consecuencias que genera, se lo concibe como una transgresión a la normas que la sociedad en

su conjunto acordó. Por esto se entiende que el sujeto expresa el desequilibrio a través del comportamiento, ya que como se había dicho, es el medio a través del cual interactúa con la realidad. En base a esto se dice que la conducta delictiva es realizada con la finalidad de resolver las tensiones producidas por el desarrollo de la vida, es decir, es la respuesta al estímulo configurado por la situación total y actúa como defensa para preservar la integridad del organismo propio ante la desorganización. Lo dicho es un modo de explicar el fenómeno, pero como adelantamos al principio, no es la única.

Siguiendo esta lógica se presentarán algunos axiomas que se deberán tener en cuenta al momento de llevar a cabo el análisis:³⁵

- ✓ *Toda conducta delictiva es un vínculo, y como tal depende del modo en que ejercerá influencia o la condicione la experiencia adquirida.*
- ✓ *Toda conducta delictiva es concreta y simbólica.*
- ✓ *Toda conducta delictiva es un síntoma de la alteración experimentada y un mecanismo de defensa emocional que busca impedir la disgregación de la personalidad.*
- ✓ *El delito al ser una especie de conducta, pertenece y forma al individuo, como así también lo relacionan con el mundo en el cual existe y actúa. Por esto, cada vez que el sujeto intenta adaptarse crea y atribuye valores y significados a ese mundo. De allí que no se puede pretender comprender el fenómeno sin la integración de la continuidad personal del agente, como factor abarcativo del medio social, el contexto histórico cultural, valores, entre otros elementos que ejercen de algún modo influencia sobre su ser. No siempre el significado de la conducta es evidente o unívoco, cuando esto sucede se debe realizar la mencionada integración.*
- ✓ *La conducta delictiva es una conducta concreta e intencional pero el delincuente en su totalidad es más que ese aspecto. Consecuentemente, la conducta solo nos da una aproximación muy limitada, a la situación en la que se encuentra el sujeto. El delito es simplemente una contingencia en la continuidad personal del sujeto.*
- ✓ *La conducta delictiva revela muchos aspectos acerca del delincuente pero no nos explica porque ese hombre cometió esa conducta asocial. Por lo que para comprender la conducta hay que conocer todas las circunstancias que rodean al individuo al momento de actuar.*

³⁵ MARCHIORI Hilda, "Criminología – Introducción – "Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pag. 274.

✓ *La conducta delictiva es significativa, tiene un sentido por ser una manifestación del ser. Esto no solo ocurre con el delito sino que también se da con cualquier otra conducta. La conducta al ser una expresión, se encuentra en su naturaleza manifestar de forma limitada el estado de su autor.*

Cada vez que se intente analizar el fenómeno se deberán tener presentes los axiomas expuestos, pero también, este análisis sería de gran utilidad si se lo explota eficientemente, debido a que proporciona múltiples datos y conocimientos sobre la naturaleza y el valor criminal del fenómeno, y además de forma aproximada, advierte la situación en la que se encuentra el sujeto.

A modo orientador, Quiroz Cuarón³⁶ señala que se deben plantear las siguientes incógnitas para lograr un diagnóstico aceptable: ¿Qué, quien, cuando, donde, como, por qué?

- ✓ ¿Qué ha sucedido? ¿Qué conducta, que delito?
- ✓ ¿Quién es la víctima y quien es el autor del delito y sus relaciones?
- ✓ ¿Cuándo? ¿En qué momento sucedieron los hechos? ¿Cómo? ¿De qué manera se produjo la conducta delictiva?
- ✓ ¿Dónde? ¿En qué lugar se realizó la conducta?
- ✓ ¿Con qué? ¿Qué instrumentos utilizó para cometer el delito?
- ✓ ¿Por qué? ¿Causas y Motivaciones que llevaron al delito?

Cada pregunta nos proporciona información que ha de tenerse en cuenta:

Quien: responde al autor y a la víctima, por lo que el diagnóstico en este supuesto es individual y va a gravitar sobre la relación que tenían, la edad, la madurez como así también la experiencia que poseía el autor al momento de actuar, la educación, hábitos, entre otros.

Cuando: se refiere a los factores desencadenantes o actuales que actuaron sobre la disposición del individuo. Recordemos también que se debe atender al desarrollo del comportamiento debido a que el monitoreo del comportamiento es una regulación importante si se quiere realizar lo representado, tal como se explico a lo largo del desarrollo de la primera parte.

³⁶ QUIROZ, Cuarón A., "Medicina forense", Ed. Porrúa, México, 1977.

Como: proporciona información sobre las circunstancias, el modo en que se desarrolló la conducta y el grado de participación en la misma. Haciendo un paralelismo, se compara con la transformación e integración sensor motora implicados en la ejecución del mecanismo de representación jerárquico al momento de formar un plan motor. También refiere a los instrumentos o los medios empleados para lograr ejecutar la acción.

Donde: se tienen en cuenta los accidentes de tiempo, lugar, modo y ocasión, lo cual permitirá saber la capacidad criminal del individuo. Esa información también es empleada al momento de realizar ajustes mientras se actúa, tal como se explico al principio del informe.

Porqué: responde a los motivos que determinaron al individuo, la criminogénesis, un tema muy debatido en razón a la amplitud de factores que están en juego. En simples palabras, se entenderá a las causas que lo originan, las cuales pueden provenir del contexto. Para hacer un recorte aceptable de los motivos se deberá acentuar la consideración de cada caso en particular, de allí la dificultad que presenta el análisis.

Con esto se concluye la introducción al análisis del crimen. Lo expuesto permite hacer un recorte adecuado del fenómeno, por lo que se tendrá como base al momento de valorizar la conducta.

A continuación se presentarán algunas teorías explicativas del fenómeno, las cuales fueron seleccionadas por su compatibilidad con el marco teórico presentado al inicio del presente informe.

Teoría del desarrollo moral.

Esta teoría parte de la concepción de que el desarrollo moral de un sujeto se encuentra íntimamente relacionado con sus facultades cognitivas, es decir, el modo en que organiza sus razonamientos en torno a las leyes y normas que generan patrones de conducta.

Kohlbert señala seis estadios en el proceso de formación del razonamiento moral del sujeto durante los cuales se forman las decisiones y juicios que realizará respecto de lo que es justo e injusto.

El juicio moral se establece en tres grandes etapas:

Pre-moral: búsqueda de gratificaciones inmediatas, el individuo trata de evitar el castigo. Lo cual en términos del modelo del procesamiento moral dual, se hablaría de que el sujeto en este estadio actúa de forma utilitaria, es decir, con la configuración por defecto debido a que aún no ha adquirido las suficientes emociones sociales negativas como para inhibir el deseo de gratificación y así lograr adecuar su conducta a los requerimientos sociales. En otras palabras, su moral deontológica, la cual actúa a través de una intuición emocional, se encuentra en una etapa de formación.

Convencional: acatamiento formal de las reglas y respeto a la autoridad. Claramente en este estadio ya ha adquirido e incorporado a su juicio moral, el mencionado razonamiento deontológico.

Moralidad autónoma: llegados a este punto el individuo experimenta un profundo respeto a los derechos y opiniones de los iguales y a los principios morales universales. En este sentido el individuo ha logrado desarrollar y adquirir de forma plena todas las aptitudes que permiten la imposición de la moral deontológica por sobre la utilitaria, por lo que su auto regulación seguirá una lógica deontológica en la gran mayoría de las situaciones que se le presenten

En base a esto se entiende que los sujetos que violan las prescripciones normativas tienden a exhibir un nivel inferior de razonamiento moral en comparación con aquellos que se ajustan a lo impuesto. Una explicación para esto vendría dada en razón a que los sujetos que delinquen no han logrado desarrollar su inteligencia emocional del modo en que se esperaría.

En resumen, esta teoría propone entender que la causa del delito depende del desarrollo moral del individuo. Por esto se debería tomar el procesamiento judicial del sujeto como una oportunidad para lograr reforzar sus facultades auto regulatorias.

Estructura social y anomia. (Marchiori, 1999).

Robert Merton, es un reconocido sociólogo que expuso la relación existente entre la anomia y el comportamiento desviado.

Para él la anomia, o también denominada *anomie*, surge de un proceso social y cultura que consisten en el enfrentamiento de aspiraciones de los individuos. La estructura social, para él, ejerce una presión definida sobre ciertas personas en las sociedades lo cual lleva a la delincuencia.

Además, señala la existencia de un desequilibrio entre las metas culturales y las normas institucionales en una sociedad; lo cual genera un gran desconcierto en el individuo debido a que depende de ambas para lograr integrarse al medio social en el que convive.

De este modo, sostiene que aquellos dentro de la estructura, ocupen lugares expuestos a las tensiones mostraran una conducta desviada.

En base a esto indica los siguientes comportamientos desviados que pueden darse en una sociedad. Esta tipología se construye en base a la aceptación o negación que realiza el individuo en particular de los fines sociales o culturales y los modos de alcanzarlos impuestos por las instituciones:³⁷

- a) Conducta de conformidad: Permite una sociedad estable. Estos individuos aceptan las metas y también los modos socialmente adecuados para alcanzarlos. Por ejemplo: una persona busca acumular dinero porque es algo culturalmente aceptado, pero decide hacerlo a través del trabajo.
- b) Conducta aberrante: reconoce la legitimidad de las normas que viola, pero se desvía para servir a sus propios intereses. Rechazan las metas culturales pero aceptan los medios que se proponen para alcanzarlos, por lo tanto buscan satisfacer sus propios intereses. En estos supuestos no siempre se actúa de forma criminal debido a que acepta el medio pero no el fin, por lo que si utiliza el medio lícito para cumplir un fin ilícito podría ser relevantemente jurídico, por ejemplo el delito de negociaciones incompatibles tipificado en el artículo 265 de nuestro código penal. El termino en ingles con el que se lo suele identificar es “*Ritualist*” por que únicamente se enfoca en los medios.
- c) Innovación: consiste en el empleo de medios ilícitos, es decir innovadores o ilegítimos para llegar a las metas propuestas. Es decir, aceptan las metas pero rechazan los medios institucionales para alcanzarlas. Por ejemplo: se obtiene dinero

³⁷Phd. DEBRA, Marshal, “Deviance. Robert K. Merton”,
<https://www.youtube.com/watch?v=T4Hoj5BQXwY>

desapoderando de forma forzosa o engañando a otros que lo tienen. Como verán estos supuestos comienzan a ser criminales o considerados como ilícitos, lo cual dependerá de la tipificación penal que le corresponda al comportamiento.

d) Conducta de retraimiento: el sujeto en esta situación carece de metas culturales o institucionales, por lo que no se ve afectado por las vías que propone la sociedad para satisfacer sus necesidades.

e) Conductas no-conformistas: Los individuos de forma manifiesta rechazan las normas establecidas. Impugnan tanto los fines como los medios y deciden cambiarlos por nuevos que se adecuen a lo que les interesen. Son conductas consideradas como *rebeldes*, término empleado en su traducción al inglés.

A pesar de que R. Merton haya desarrollado esta explicación social y cultural de la causa del delito, en torno al concepto de anomia, este último no es de su autoría, sino que pertenece a su predecesor Durkheim.

De forma muy amplia y reducida, se puede decir que la opinión de este último respecto a la situación de falta de normas, puede surgir del choque de aspiraciones y el desmoronamiento de las normas reguladoras. Estableció que las estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas en la sociedad, induciéndolas a una conducta de rebeldía antes que la de conformidad, tal como había citado Merton.

Entendía que el crimen era una respuesta normal a ciertas situaciones sociales, donde la causa generadora era la presión que padecían los agentes. Son psicológicamente tan normal como la existencia de conductas conformistas³⁸. Pero a diferencia de su sucesor, limitaba su explicación únicamente al fenómeno del suicidio. Merton, en cambio, pretende explicar además el crimen, la delincuencia, los desordenes mentales, el alcoholismo y las toxicomanías. Entendía el concepto de *anomie* como una conducta apartada en forma significativa de las normas establecidas para las personas de acuerdo con su estatus social relacionándose con normas socialmente definidas como apropiadas y molarmente obligatorias para personas de distintos estatus. Por esto además no consideraba la naturaleza biológica del ser humano como factor de importancia para explicar la desviación, distinto de Durkheim quien los relacionaba a deseos innatos del hombre, tal como la ambición de lograr objetos inalcanzables. Merton simplemente entendía que la estructura social era ese factor determinante, dejando así en un segundo

³⁸ MARCHIORI Hilda, "Criminología – Introducción – "Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, pag. 129.

plano las pulsiones biológicas quedando estas atadas a las características del contexto en el que se encuentre. De allí que centre su teoría únicamente en el orden social. Esto se basa en la dicotomía que existe entre las metas culturales y los medios institucionales para lograrlos, es decir existe una incompatibilidad entre lo que se debe hacer para satisfacer las necesidades y los medios que el orden pone a nuestra disposición para lograrlos.

Con una finalidad analítica dividió la realidad social en estructuras culturales o cultura y estructura social o sociedad. La primera se entiende como una “serie organizada de valores normativos que gobiernan la conducta que es común a los miembros de una determinada sociedad o grupo” y la estructura social responde a “las normas institucionales que definen y regulan el modo aceptable de alcanzar aquellos objetivos”. Estas metas culturales y normas institucionalizadas no mantienen relación constante entre sí, el énfasis cultural puesto en ciertas metas varía independientemente del grado de énfasis puesto en los medios institucionalizados.

Puede haber muchas metas de éxito dominantes que estén en pugna con los medios que se encuentran a disposición de quienes se hallan socialmente en desventaja en esa carrera competitiva de realización. Este desequilibrio entre lo que se pretende lograr y el medio con el que se cuenta, da lugar a la anomia, es decir lo cultural no puede ser alcanzado por la incapacitación que provoca la estructura social en los miembros.

Supone Merton que las proposiciones de conducta desviada dentro de una determinada sociedad varía según la clase social, el estatus étnico o social y otras características, es necesario tener en cuenta que no todos aquellos que estén sujetos a presiones en sus esfuerzos para alcanzar metas, llegan a desviarse. La teoría sostiene que los individuos que dentro de la estructura ocupen lugares muy expuesto a tales tensiones mostraran una conducta desviada con mayor probabilidad que otros.

Por último, respecto de la importancia que tiene para el presente informe, toda esta estructura teórica puede ser compatibilizado con el componente social cognitivo del Self – Regulation, y la dificultad que padece el sujeto al momento de pretender aplicarla. En la vida contemporánea al emplearse una perspectiva hedonista (estructura cultural), el sujeto se encuentra en una encrucijada, donde conducirse de ese modo significa inhibir las emociones negativas debido a que le impiden alcanzar las metas culturales, lo cual

equivale a no atender a la estructura social, conduciéndose con un razonamiento moral utilitario.

Trasler (Taylor, Walton, & Young, 1997).³⁹

Gordon Trasler, famoso criminólogo británico, influenciado por Eysenck, desarrolla una teoría menos abarcadora que la de su predecesor, compensándolo al lograr un mayor equilibrio respecto de la relación entre lo ambiental, lo genético y la etiología del delito. Su mayor aporte radica en lograr un cambio de énfasis respecto a lo que se debe considerar en cuanto al fenómeno para lograr comprenderlo. Sostuvo e hizo hincapié sobre el importante papel que cumplen las prácticas de crianza basadas en principios morales bien articulados, entendiéndolos como técnicas para enfrentar este tipo de conductas.

Por esto se dice que logro corregir, al menos a primera vista, el peso indebido asignado por Eysenck a los factores genéticos.

A continuación se citaran nueve preposiciones respecto de la teoría del aprendizaje social que el mismo formuló en su obra de 1962.

I. La adquisición de valores y actitudes de respeto hacia los bienes y la persona de los demás se lleva a cabo en grado considerable, por medio de reacciones condicionantes de carácter autónomo (ansiedad).

*II. La reacción de ansiedad, así condicionada, actúa como impulso aprendido y tiene el efecto de inhibir o motivar ciertos tipos de conducta. **Corolario de la proposición II:** La inhibición aprendida de determinados tipos de conducta (robo, violencia), al deberse a una reacción de ansiedad condicionada, será de muy difícil extinción porque es reforzada constantemente por la reducción de la ansiedad.*

*III. Los extravertidos son resistentes al condicionamiento mientras que los introvertidos se condicionan fácilmente. **Conclusión de I y III:** En una configuración dada de circunstancias sociales, los introvertidos tenderán a adquirir valores y actitudes más firmes de respeto hacia los bienes y la persona de los demás (es decir, se “socializarán” más) que los extravertidos.*

IV. La posición que una persona ocupa en la continua introversión- extraversión obedece en parte a factores genéticos.

³⁹Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, “The new criminology: for a social theory of deviance”, Pg 79.

- V. *La eficacia del condicionamiento social dependerá de la fuerza de la reacción no condicionada (ansiedad) con la que se halle vinculada.*
- VI. *Cuando existe una fuerte relación de dependencia entre un niño y sus padres, la sanción que supone no aprobar su conducta provocará una ansiedad intensa.*
- VII. *Es probable que la relación entre un niño y sus padres sea de dependencia si es: a) exclusiva, b) afectuosa y c) confiable.*
- VIII. *El condicionamiento social será más eficaz cuando las sanciones se apliquen en forma congruente y confiable.*
- IX. *El condicionamiento social será más eficaz cuando se presente en términos de unos pocos principios bien definidos.*

En base a esto su teoría emplea dos variables básicas: La **capacidad** de ser condicionado y la diferente **calidad** de condicionamiento; factores endógenos y exógenos que influyen al sujeto. A través de estas variables logra una compatibilidad que equilibra la teoría de Eysenck⁴⁰. Las prácticas de crianza, como elemento de la realidad que afecta al sujeto tienden a variar dependiendo de los sujetos que se encargan de ejecutarlas. Es bueno resaltar, a pesar de no compartirlo personalmente, que Trasler entendía que las técnicas de crianza que realiza la clase media, por el hecho de que recurren a sanciones efectivas y por basar su disciplina moral en principios bien definidos, es superior a la de las clases bajas o marginales. En otras palabras, entendía que la calidad del condicionamiento era mejor en la clase media que en la baja. Por esto explica que el delito predomina en las clases bajas, lo cual es producto de una crianza indulgente, inconstante, punitiva y “carente de principios”.⁴¹ Piensa además que el delincuente de clase media tiene mayor tendencia a ser extravertido que los de la clase social, es decir, la delincuencia en las clases bajas depende de la capacidad de condicionamiento, ya que como se dijo, la calidad es óptima.

En cuanto a la variable biológica, la capacidad para poder condicionarse o mejor dicho el grado en el que puede ser condicionado considera que es constante. El sistema nervioso autónomo al encontrarse determinado hereditariamente hace a la estática del factor, dando lugar a una predisposición biológica a la conformidad o la desviación. En simples palabras, el sujeto ya se encuentra pre dispuesto biológicamente por lo que no se puede cambiar este hecho. A pesar de ello supone que hay una interacción que se

⁴⁰Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, “The new criminology: for a social theory of deviance”, Pg 80.

⁴¹Ibid., p. 80

desarrolla entre el condicionamiento y la base biológica, de modo que los niveles de extraversión – introversión es un producto de las estructuras fisiológicas heredadas como de lo aprendido o adquirido a través de la experiencia. En otras palabras considera que lo biológico, a pesar de encontrarse pre configurado por la naturaleza, la dinámica que mantiene con el ambiente permite que sea un sistema abierto, de lo cual se infiere que puede verse afectado por lo aprendido.

Más allá de este particular enfoque basado en la calidad biológica del indiviso, creemos que se debe rescatar el rol que le otorga Trasler a las prácticas de crianza. Estas técnicas son las que permiten el desarrollo del *Self-Regulation*, y como tales deben ser consideradas y estudiadas en mayor profundidad debido a su relación tan cercana con el delito. Como se piensa en el colectivo común, la educación es un pilar fundamental en la vida del hombre y la calidad de ella determina qué tipo de persona es, si es una que logro adecuarse a los requerimientos sociales o por el contrario es un inadaptado.

Como conclusión global, hasta este momento, de lo expuesto en los diferentes estudios, se deduce que el concepto de conducta depende de factores tanto intrínsecos (estructura fisiológica del individuo) como extrínsecos (interacción social), pero debemos tener presente que ambos no son excluyentes el uno del otro, sino que por el contrario, se complementan y hacen al comportamiento (tal como vemos en el proceso de condicionamiento o aprendizaje). Esta realidad se ve clara en la función ejecutiva, en la cual, a grandes rasgos, depende de tres factores importantes para su óptimo desenvolvimiento: Experiencia, Contexto o Situación y por último el factor Sensitivo. Estos tres elementos poseen una dinámica jerárquica, tal como se expuso, pero el factor empírico, que se traduce en el proceso de aprendizaje y condicionamiento al que se expuso el sujeto en sus primeros años de socialización es muy importante ya que repercute en los dos estratos restantes, y de forma especialmente particular sobre el sensor-motor, marcando la significación que le dará el sujeto a los estímulos que recibe del exterior para así formar su comportamiento, es decir, de qué forma llevara a cabo la transformación e integración sensor motora.

El condicionamiento expuesto por Trasler, podría deducirse, que hace referencia al método elaborado por el Dr. Burrhus F. Skinner: Condicionamiento Operante. En este sentido se vuelve claro la importancia del proceso de refuerzo que se realizan sobre el sujeto frente a su conducta para condicionarlo emocionalmente, siempre que el refuerzo

sea eficiente, creando así un sistema de regulación de comportamientos autónomo que reposa sobre dicho mecanismo. Así, una vez estructurado este primer proceso fundamental, el juicio moral frente a una determinada situación, puede resumirse en una dualidad: Juicio moral Deontológico o Utilitario. Pero cuando comenzamos a profundizar en su investigación encontramos variable constante se mantiene presente por sobre los demás: el factor experiencia.

Como vemos en la experiencia o el aprendizaje que se adquirió en situaciones pasadas es un factor constante tanto para la toma de decisión como para el juzgamiento de un comportamiento. Esto se debe a que, tal como se mencionó, el condicionamiento realizado a través de la asociación de estados mentales (ansiedad, miedo, angustia, satisfacción, etc) a principios o valores adquiridos por medio del aprendizaje, es la “guía” que incide sobre la adopción de las conductas.

Ahora bien, para finalizar, introduciéndonos más en específico en las conductas criminales, se ha decidido citar al Dr. Gordon Trasler⁴²:

“No es una novedad la sugerencia de que la criminalidad debe ser explicada en términos del aprendizaje. Tal como Vold apunto, muchas teorías sociológicas del crimen reposan sobre la premisa de que el comportamiento delictivo debe ser aprendido a través de la asociación con aquellos quienes son criminales, de hecho muchas explicaciones del sentido común relativas al tema hacen la misma suposición. Se supone generalmente, que el comportamiento criminal y los valores criminales se aprenden de la misma forma que, por ejemplo, las habilidades de conducir un automóvil y, contrariamente, no serán aprendidos si sus consecuencias no resultan rentables...”

Tal como se expresa la conducta criminal es un fenómeno complejo. La correcta integración de factores sociales, empíricos, biológicos y mentales hacen al comportamiento per se. Un ejemplo de ello se da en la función que desenvuelve el cuerpo estriado, el cual a grandes rasgos, se encarga de la codificación de estímulos, su valoración como recompensa y su empleo en conductas ulteriores.⁴³ El ejemplo hace

⁴²Ph.D. TRASLER, Gordon, THE EXPLANATION OF CRIMINALITY, London, Ed 1962. P.40.

⁴³ Gazzaniga Michael S, THE COGNITIVE NEUROSCIENCES, 4th ed., Massachusetts Institute of Technology, USA, 2009, Pg 1094

claro la perfecta complementación de los factores ya mencionados, pero como nota determinante, vemos que dicho proceso tiene como fin último la proyección en acciones futuras. Por esto debemos tener presente que la calidad del aprendizaje del sujeto repercutirá en su proceso de autorregulación a lo largo de su vida. Hay que comprender que la motivación del comportamiento en la norma no es espontánea, sino que debe adquirirse, y la técnica empleada para lograr tal fin determinará la asimilación de la norma en el sujeto para que este pueda efectivamente emplearla como medio para la adquisición de sus fines. Pero la complejidad se hace evidente en el hecho de que cualquier técnica que se emplee es dinámica y se encuentra en constante desarrollo a lo largo de la vida biológica y social del individuo. Para finalizar, a modo de conclusión si se debiere proponer una triada que determine la motivación del sujeto en la norma esta seguramente sería: Experiencia Sensitiva, Emocional y las Circunstancias que rodean al estímulo.

Teoría del autocontrol. Gottfredson y Hirschi

La teoría del autocontrol fue propuesta en el marco de la obra *A general theory of crime* por los criminólogos Gottfredson y Hirschi. La misma se hace una revisión de la naturaleza del delito pretende dar una explicación del fenómeno. A continuación se hará un enunciado de sus postulados:

- ✓ El delito no es algo que requiera de un esfuerzo o aptitud especial. En si es relativamente sencillo.
- ✓ Aquellas personas que lo cometen se aprovechan de la *oportunidad* que el contexto brinda para realizarlo. En general no requiere planificación. De esta manera, la clave para que un delito tenga lugar en la realidad, se encuentra en la concurrencia de dos elementos: un sujeto con un *autocontrol bajo* que encuentre una *oportunidad* para delinquir. Si se aborda cualquiera de las dos variables puede afectarse el número de manifestaciones del fenómeno. Este factor es únicamente visible ante estas personas con bajos niveles de auto control.
- ✓ El comportamiento se realiza porque no se puede retrasar el impulso de gratificación, debido a que se tiene un nivel bajo de *auto control*. Consecuentemente implica actividades que son consideradas excitantes y arriesgadas.

✓ Generalmente no produce el beneficio buscado. Cometer delitos es una mala idea⁴⁴. Solo genera placer o satisfacción a corto plazo.

✓ Entre los factores causales más importantes se encuentra la educación, la cual suele ser errática en los individuos que delinquen⁴⁵. Al ser una teoría del control social, el autocontrol bajo no es algo que sea de generación espontánea o que este pre determinado, sino que, más bien, es el resultado de que no se pongan los medios requeridos a disposición del sujeto para logre desarrollarlo. En base a esto se entiende que no existen causas concretas y positivas que expliquen el autocontrol bajo, sino que se generará a partir de múltiples factores, especialmente frente a la ausencia de disciplina o educación. No guarda relación alguna con el concepto psicológico de la personalidad antisocial o criminal. Una educación inefectiva del niño en la familia es el origen principal del mismo, por lo tanto para contrarrestarlo se requieren una serie de elementos: Un seguimiento de su comportamiento, el reconocimiento de su desviación cuando se produzca y el castigo como consecuencia de este último. La educación errática consistiría entonces, en los supuestos en que los padres castigan con dureza comportamientos leves y dejan sin castigo conductas graves. Como posible solución a la carencia mencionada se puede recurrir a otras instituciones, como es el caso de la escuela. El papel del centro educativo puede ser muy importante por el rol y la capacidad de los docentes para observar el comportamiento desviado de sus alumnos; el profesor y la propia escuela tienen un interés enorme en mantener la disciplina; y a menudo cuentan con los medios necesarios para conseguirlo. Para Gottfredson y Hirschi, la escuela tiene en la práctica un efecto mucho más limitado por el hecho de que los padres de chicos problemáticos a veces no se muestran muy cooperativos con los profesores.

✓ El auto control es un mecanismo que une la causa con el resultado, es un factor explicativo del fenómeno. Consiste en la capacidad de observar y considerar, cuando se adopta una decisión, las consecuencias futuras, probables o posibles de sus actos. En síntesis es la capacidad de considerar las consecuencias a largo plazo.⁴⁶ Dicho de otro

⁴⁴ Fragmento de la conferencia del profesor Serrano Maíllo durante las IX Jornadas de Criminología de la UNED (2012). <https://www.youtube.com/watch?v=-GPoTJ0OziA&t=149s>

⁴⁵ Andrea Laura Capece Gómez, Término CRIMIPEDIA: Teoría del Control Gottfredson y Hirschi, Ed. Universitas Miguel Hernandez, España, 2014. P 12

⁴⁶ Idem.

modo, es la tendencia a retrasar los beneficios personales a corto plazo en aras de satisfacer intereses personales y colectivos a largo plazo.

✓ Los individuos están motivados a perseguir el interés propio, por lo tanto su comportamiento individual siempre tendrá la tendencia conducirse para lograr alcanzar la gratificación, por el hecho de que se intenta evitar el dolor.

Para lograr regular estos comportamientos existen gran variedad técnicas, entre las cuales se encuentra el sistema jurídico que pretende controlarlo a través del miedo a las sanciones legales. A través de la multitud de mecanismos existentes se ayuda al individuo para que pueda controlar el comportamiento socialmente no deseado, lo cual le permitirá integrarse al grupo social. Por esto la medida en que las personas son “libres de desviarse” varía en función del hecho de que estos controles se ejerzan o no en el entorno social. Así, el proceso de socialización durante los primeros años de vida preparará al sujeto para que considere los costes a largo plazo de su actuar. Si se deja la conducta del individuo sin regulación alguna, este optará por satisfacer indiscriminadamente sus deseos sin considerar las consecuencias a futuro, lo cual puede generar efectos nocivos sobre el propio sujeto.⁴⁷ De allí que se considere importante el rol que desempeña la educación con relación a la generación y refuerzo del auto control.

✓ Si el individuo se deja llevar por el nivel bajo de autocontrol, sin medir las consecuencias, puede que termine actuando de forma delictiva. Por lo tanto existen dos tipos de personas:

Aquellas que tienen un elevado nivel de autocontrol, lo cual les permite saber cuándo diferir las gratificaciones, esforzarse por una meta a largo plazo, planificar las acciones considerando el sufrimiento ajeno y sopesando los riesgos de su comportamiento, además de lograr una estabilidad afectiva en sus relaciones interpersonales. Se puede decir que se conducen de acuerdo a una moral deontológica, si se quisiera hacer un correlato con lo descripto al principio de la investigación.

También, como contrapartida, existen individuos con un bajo nivel de auto control, los cuales tienden a satisfacer aquellos apetitos de recompensa de forma inmediata y del modo más sencillo posible, sin plantearse objetivos que requieran largos periodos de

⁴⁷ An Introduction to Gottfredson & Hirschi's A General Theory of Crime - A Macat Psychology Analysis.
https://www.youtube.com/watch?v=i6D-a_xU8Bo&list=PLVp8dcpBabgcmtSndzaPZIFKpiP5SaaqA&index=28

tiempo, sus relaciones son inestables, no suelen planificar su conducta, son egocéntricos e insensibles frente al sufrimiento ajeno y propio, dificultando, de este modo, la capacidad para considerar las consecuencias futuras de su comportamiento. Ven el delito como algo atractivo, emocionante⁴⁸, por lo que suelen ser más propensos a actuar con una moral utilitaria.

✓ Como crítica se ha manifestado que el modelo resulta ser tautológico. El hecho de que argumenten que quienes delinquen lo hacen porque carecen de auto control y a su vez afirmen que quienes carecen de auto control cometen actos delictivos no da una explicación acabada del fenómeno⁴⁹. Sin embargo, gracias al gran respaldo empírico que múltiples investigaciones le ha dado resulta ser una teoría aceptable⁵⁰.

Ahora bien, de acuerdo con los descubrimientos analizados en la presente investigación, queda claro que esta teoría resulta ser por demás compatible con los componentes cognitivos sociales del cerebro, y el procesamiento moral.

Por empezar el hecho de que se hable del término de auto control nos hace remitirnos a la auto regulación que permite al individuo inhibir sus comportamientos. Esto se logra a través de la regulación emocional que se hace de los impulsos que atenten contra la posibilidad de adaptarse al grupo social. Este componente es empleado por la moral deontológica siempre que se considere oportuno retardar la gratificación. No nos detendremos para explicar los elementos mencionados, por lo que se recomienda examinar el apartado dedicado a ellos en el capítulo 1 del presente informe.

Se cree que a través de estos descubrimientos se puede superar la principal crítica que adolece la teoría. A continuación se procederá en esquematizar la posible solución.

✓ De acuerdo a la teoría del auto control, un individuo delinque porque su auto control es bajo, lo cual, de acuerdo a mi interpretación, se debe al empleo de una moral utilitaria, la cual al, ser el razonamiento que sustenta por defecto el juicio moral, prevalece siempre que no se genere una respuesta emocional que la inhiba. Esta respuesta emocional responderá a la moral deontológica, la cual lógicamente cumple la

⁴⁸Fragmento de la conferencia del profesor Serrano Maíllo durante las IX Jornadas de Criminología de la UNED (2012). <https://www.youtube.com/watch?v=-GPoTJ0OziA&t=149s>

⁴⁹Andrea Laura Capece Gómez, Término CRIMIPEDIA: Teoría del Control Gottfredson y Hirschi, Ed. Universitas Miguel Hernandez, España, 2014. P 14

⁵⁰Fragmento de la conferencia del profesor Serrano Maíllo durante las IX Jornadas de Criminología de la UNED (2012). <https://www.youtube.com/watch?v=-GPoTJ0OziA&t=149s>

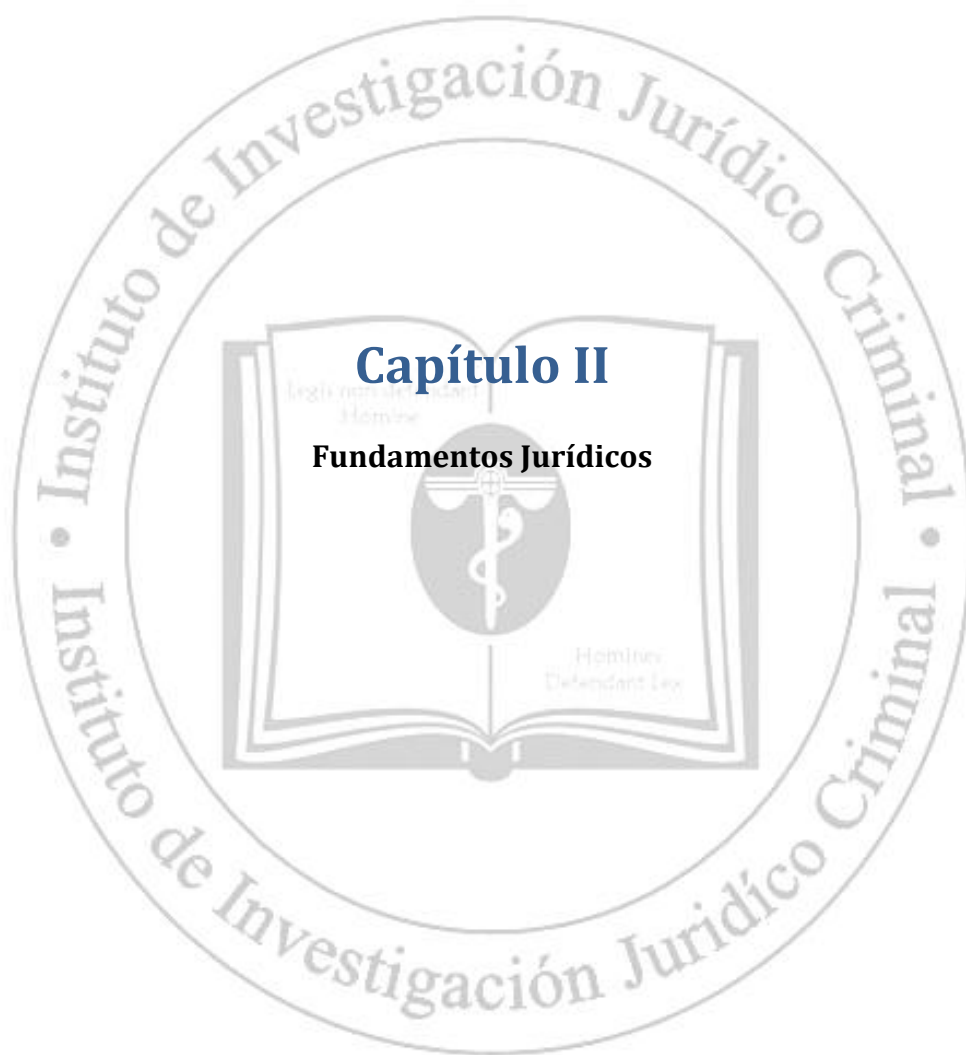
función de regular la oportunidad en que se deberá optar por activar el razonamiento utilitario. Recordemos que este último consiste en preferir salvar el bien mayor o hacerse de la gratificación que se encuentra a nuestro alcance, lo cual se condice con el concepto de auto control bajo que esquematiza la teoría de Gottfredson & Hirschi.

✓ A su vez, además se entiende como principal factor para reforzar el auto control la educación que se recibe durante los diferentes procesos de socialización que transita el individuo a lo largo de su vida. Este proceso se encuentra incardinado por los múltiples controles sociales que organizan el comportamiento de los individuos en el grupo social. Se vuelve a aclarar que este auto control no se encuentra incorporado al sujeto desde su nacimiento, sino que debe ser adquirido y es allí donde el control social encuentra su razón de ser.

✓ La moral deontológica se funda sobre estos diversos controles, generando así respuestas emocionales negativas que permitan efectivizarlas. El control social busca inhibir comportamientos, por lo tanto debe buscar emplear estas respuestas emocionales para cumplir su cometido. Si no logra activarlo entonces el control pierde efectividad y por consiguiente su razón de ser, produciendo así el fenómeno de *anomia*

En síntesis:

➤ El delito tiene lugar por la existencia de un bajo nivel de auto control, que responde a una tendencia de actuar de manera *utilitaria* como consecuencia de que no se logra inhibir este juicio a través del razonamiento moral *deontológico*, en razón de que no se efectuó una *autoregulación* adecuada por no contar con las respuestas *emocionales* requeridas, las cuales a su vez no son propias, sino que deben ser adquiridas a través de la *educación* que se encuentra orientada por los mecanismos de *control social* que determinan que comportamientos son adecuados o inadecuados, siendo estos últimos los delitos que tienen lugar por haber violado los deberes que impuso dicho control social.



Capítulo II

Fundamentos Jurídicos

Fundamentos Jurídicos

Posición del hombre frente al poder punitivo del estado. (Fayt, 1993)

La persona frente al poder del estado posee una posición negativa, de acuerdo al concepto de status jurídico brindado por Jellinek, la cual a pesar de no ser la única, ya que cuenta con otra faz positiva y una activa, es la más relevante si se pretende entender la situación del sujeto en relación con el derecho penal, es decir, con el poder punitivo. Esta puede ser definida de la siguiente manera:

“...El individuo, en cuanto persona, está sometido a un poder limitado. Solo está obligado a hacer lo que la ley ordena y la actividad del Poder debe estar fundada jurídicamente. Su situación de libertad respecto de si mismo es una situación jurídica a causa de las limitaciones de su sometimiento. De este modo, queda determinada una esfera de actividad individual libre de las ordenaciones del poder del Estado. Esta categoría de poderes jurídicos inherentes a la personalidad, provenientes de un ámbito de actividad libre, implican una posición negativa respecto del poder estatal. Su contenido lo forma la libertad negativa.”⁵¹

De este modo vemos que la capacidad del hombre para poder actuar se encuentra condicionada por la exigencia de comportarse de acuerdo a derecho. El orden normativo ofrece así una orientación a las personas, en base a la cual se vuelve exigible que adecuen su obrar, siempre que se encuentre en condiciones de hacerlo. Dicha orientación es, aquella más adecuada para posibilitar la vida en sociedad.

La exigencia, derivada de la convivencia social, parte del hecho de que el hombre es un ser que actúa de manera final, por esto se le delega, a través de su faz negativa, la posibilidad de auto regularse, ya que se confía que esta autodeterminación la formará en base a la orientación brindada. Somos seres competentes para procurarnos una motivación fiel al derecho.

Siguiendo esta lógica, se concibe el concepto de libertad negativo. Se confía en que el sujeto es capaz de inhibirse; auto regular su conducta en base al requerimiento social que se encuentra cristalizado en el derecho, para la protección del orden y posibilitar la

⁵¹Fayt, Carlos S., Derecho Político, TI, 8a ed. Ed. DePalma, Buenos Aires, 1993 p 227

convivencia social. Así, toda aquella conducta que no se regule jurídicamente quedara librada a la posibilidad de ejecutarla sin restricción alguna.

En este sentido, se hace evidente que el hombre, además de ser un sujeto de derecho, con potestad para hacerse respetar frente al ejercicio del Poder y exigir determinadas prestaciones, gracias a su faz positiva, es un ser garante, debido a que, al ser él quien debe motivarse en actuar de acuerdo al orden instaurado, también debe asegurarse de sostener el mismo, evitando cualquier perturbación que pueda afectarlo siempre que esto le sea posible. Por lo tanto cada vez que no forme su voluntad observando el orden instaurado, ni evite su violación, mediante el despliegue de su conducta, se le reprochará y deberá responder por la desestabilización provocada, la cual, lógicamente, lesionó los intereses tutelados por el orden.

El sistema prohibitivo estructurado por el orden penal, busca conducir al sujeto de forma tal que su actuar evite toda conducta riesgosa desaprobada. Es decir le da los medios, de forma implícita, sobre los cuales debe formar su propia conducta, logrando así que sea adecuada al medio social organizado. Si este sujeto omite la determinación fundada en el orden normativo, siempre que le sea posible, entonces el estado intervendrá retribuyéndole con una sanción, para así mantener la estabilidad de la convivencia.

Por todo lo antes expuesto, podemos afirmar que el concepto de Libertad que se emplea en el derecho penal, es una construcción social que se funda en la idea de que todo ser humano posee la capacidad de actuar de forma irrestricta, siempre que previamente haya observado y procedido de acuerdo al orden regulatorio. Se hace evidente que la libertad que posee es negativa o residual.

La libertad es un concepto puramente axiológico que tiene como corolario los principios de legalidad e imperio de la ley, como así también los de *nulla lex sine necessitate* y *nulla necessitas sine injuria*. Si pensamos en el concepto homicidio/asesinato, inevitablemente vemos presente la carga negativa del concepto, el cual fue atribuido por el sistema normativo instaurado, como respuesta a una necesidad del grupo humano al que organiza. Si la libertad fuera un concepto puramente natural, la realización absoluta de conductas sería la regla general, pero tal como mencione en el ejemplo, ese fenómeno factico inevitablemente se encuentra valorizado de modo

negativo, y si nos preguntamos quien fue el responsable de esto, podemos afirmar con exactitud que fue el orden instaurado por el hombre como necesidad para lograr convivir en grandes grupos, por esto se hace imposible pensar en un concepto puramente natural de libertad. El concepto de libertad que siempre debemos tener presente es uno que sea mayormente normativo, pensar en un concepto natural, en el sentido de que el hombre es un ser que actúa libre de todo condicionamiento, asimilable ala idea del libre albedrío, es decir, que actúa de forma arbitraria, seria eliminar el carácter funcional del mismo y dejarlo sin su razón de ser. La libertad que posee el hombre como unidad biológica (humano) puede ser concebida como absoluta, pero la libertad que posee el hombre como Persona es totalmente relativa.

El hombre es libre siempre que actúe de acuerdo al derecho. Aquel que no lo respete, se verá imposibilitado de ejercerla, por lo tanto no será libre. Claramente el concepto de delito que debe sostener un orden jurídico que se encargue de posibilitar y efectivizar la convivencia pacífica, es el concepto de delito como violación de deberes ético-sociales, el cual se explica brevemente en el siguiente punto.

Delito (Bacigalupo, 1999)

Para delimitar el concepto del objeto de estudio se ha decidido seleccionar un extracto para poder brindar una orientación sobre la postura que se adoptará frente al fenómeno del delito. A lo largo del presente informe se tendrá muy presente esta concepción por lo que, a pesar de ser una cita muy breve, es suficiente para darnos una primera aproximación.

El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales

¿Qué determina que un hecho sea merecedor de pena? La respuesta a esta pregunta ocupa desde hace poco tiempo a la ciencia penal y, en consecuencia, es muy poco lo que hoy es posible decir al respecto. Sin embargo, parece claro que una primera respuesta consiste en referir el hecho a un orden de valores diverso del jurídico, entendiendo, por ejemplo, que el orden estatal se compone de dos ordenamientos jurídicos: uno, el social, compuesto de las ideas morales generales, de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, y otro, el estatal, que es su expresión. El

*delito, en el sentido de comportamiento "merecedor de pena", consistiría en la infracción de ciertos deberes ético-sociales.*⁵²

Tal como se define, el orden jurídico es la cristalización del ordenamiento social. Este último manifiesta las condiciones que deben respetarse si se pretende vivir en una comunidad, a través de la ética.

Hablar del delito desde su punto de vista formal, como violación de deberes, no quiere decir que se niegue su carácter lesivo de intereses o bienes jurídicos. Se debe comprender que la relación entre la norma y el bien jurídico es simbiótica y no excluyente. El fundamento para la formulación de normas, tanto éticas como jurídicas, es siempre la necesidad de tutelar determinados intereses socialmente relevantes, sin los cuales se pondría en peligro la estabilidad de la organización del grupo. Por esto, cada vez que se viola una norma, se lesiona un bien jurídico.

En otras palabras, sin la existencia de una norma previa, el hecho es avalorado y, por lo tanto, el ente nunca lograría adquirir la calidad de bien jurídico o interés socialmente tutelado, en el caso de las normas éticas, por lo que cualquier transgresión efectuada por el hecho en contra del ente sería irrelevante, ya que no existe necesidad que justifique la restricción del comportamiento.

Pensemos en el siguiente ejemplo: Matar de por sí es un fenómeno fáctico que consiste en extinguir la vida de algo; ahora bien; ¿Qué diferencia la acción de matar a un insecto y la de matar a una persona? Si se sigue esta línea de pensamiento, entenderemos que a través de la formulación de una norma se torna disvalioso el hecho de matar, como se ve en este supuesto, logrando así, otorgarle un nuevo significado. Adquiere esta calidad por ser concebido como peligroso para la estabilidad de la convivencia. Pero el hecho de matar a un insecto no podría asimilarse al de hacerlo contra una persona, debido que, hasta ahora, el único ente de los dos en ser concebido como valioso por la comunidad y con la necesidad de preservar es el ser humano, el cual adquiere el status de bien jurídico, pasando a ser persona.

A su vez recordemos que en razón a la faz negativa, todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento se le es permitido al sujeto, de este modo también se

⁵²BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 211

entiende que todo aquel hecho normativizado es un hecho relevante para la comunidad, debido a que se lo presume, como potencial o efectivamente lesivo de la estabilidad social, refiriéndonos al caso de las normas prohibitivas propias del derecho penal.

El orden jurídico cumple la función de regulador de conductas en la vida de una comunidad institucionalmente organizada, por lo que todo aquello que se encuentre reglado por la misma es porque indispensablemente existe un interés de evitar (delitos comisivos) o fomentar (delitos omisivos) determinadas conductas o fenómenos.

Por esto si queremos conceptualizar al delito, debemos hacerlo poniendo más énfasis en su faz normativo-formal, ya que su faz lesivo-material a pesar de deber ser comprobada fácticamente, su naturaleza siempre se deduce de la anterior. Las mismas no son excluyentes entre sí, sino que la primera fundamenta a la segunda.

Resumiendo, el delito es un fenómeno que no se adecua a las exigencias jurídicas, por lo que es lesivo de intereses valiosos para la comunidad y por lo tanto se considera que atenta contra la convivencia social. Todo aquel que pretenda integrar un grupo institucionalmente organizado, propio de las modernas civilizaciones, para verse beneficiado por su pertenencia, (faz positiva), primero debe adecuar su conducta a las exigencias que el grupo le impone de forma despersonalizada a través del orden normativo instaurado (faz negativa). El mismo es la institucionalización de un orden normativo precedente: el orden ético. Por lo que, por una cuestión de causalidad histórica debemos entender que nuestra normativa jurídica actual lógicamente encuentra su fuente y sustento en el orden ético, ya que este es un método primitivo regulatorio de conductas del cual se deriva el derecho como elemento esencial de la comunidad estatal. El derecho positivo es el reflejo del desarrollo ético de un pueblo estatalmente organizado, por lo que si se quiere realizar un análisis debemos tener presentes ambos órdenes para desvalorizar de manera precisa al hecho como delito. La ética proporciona la necesidad que el derecho debe satisfacer de forma institucional e impersonal.

Libertad de Voluntad según Hans Welzel (Welzel, 1956)

Procederemos a realizar un análisis de la obra del jurista alemán Hans Welzel, debido a que se lo considera como el más adecuado para terminar de esquematizar el concepto de libertad que se debe emplear.

El hombre, siendo comprensivos de su evolución, ha pasado por dos etapas de desarrollo cruciales para lograr desenvolver su conducta en la realidad. El primer estadio estuvo determinado por los instintos, aquellos modos congénitos de comportamiento que funcionan como mecanismos biológicos para la determinación del actuar del organismo.

En segundo término encontramos la inteligencia, consecuencia directa de un proceso evolutivo de retrogradación de dicho comportamiento congénito, que resultó en la capacidad y misión de, encontrar y realizar por él mismo lo correcto de su actuar a través de actos comprensivos. Esto lo logra a través del pensamiento ordenado categoreumática y razonablemente.

*En base a esto entendemos al hombre como un ser que no ha recibido biológicamente, como el animal, el orden de la formación de su existencia, sino que este orden es su tarea responsable como sentido que le impone la vida.*⁵³

El hombre no recibe de forma hereditaria un sistema estándar de acción propio de la especie, sino que este debe ser elaborado individualmente por cada hombre. No poseemos un sistema de acción sino que debemos adquirirlo individualmente para poder vivir.

De este modo también apreciamos que el sujeto se encuentra desvinculado de lo orgánico como determinante causal de su conducta, pero esto no quiere decir que haya desaparecido dicho factor. Este mecanismo biológico se ubica estructuralmente, tal como afirma Welzel en su obra y hoy comprobado a través de múltiples descubrimientos referidos a las funciones ejecutivas del hombre, en “una esfera baja”. Específicamente y a grandes rasgos, forma parte de una esfera que condiciona pero no determina causal y absolutamente al hombre, tal como pasaría en cualquier otra especie.

La característica diferencial del hombre es la vinculación de su mente con los criterios de lo verdadero, del sentido y del valor, según los cuales el mismo debe dirigir su actuar en actos responsables.

⁵³ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 155

Antes de continuar, se aclara que el análisis de esta obra también nos permite comprender mejor la función ejecutiva esquematizada en el capítulo uno, por lo que es recomendable compatibilizar ambos escritos.

Ahora bien continuando con el análisis, se entiende que la estructura psíquica, tal como se plantea, posee diversas esferas. Primero nos encontramos con una “esfera baja”, la cual comprende los impulsos vitales, desprendidos del haz de instintos de auto conservación y de conservación de la especie, de los afectos, deseos, tendencias, intereses, entre otros, que afectan el yo condicionándolo, no desde un punto de vista determinista, pero si actuando como “guía” para la adopción de una acción específica.

Por otro lado, en un estrato superior, encontramos al “yo” como centro de regulación de los impulsos, los que dirige de acuerdo con su sentido y valor: los actos del pensar; que se apoyan sobre fundamentos lógicos y los de la voluntad, que se orientan de acuerdo con el sentido y el valor. Todo este fenómeno se desenvuelve a nivel interno para la dirección de los impulsos psíquicos, por lo que es el origen y la etapa previa al direccionamiento del acontecer causal externo.

Todos estos impulsos de los que hablamos poseen un doble carácter: tienen una determinada intensidad de impulso o estímulo y también un determinado contenido de sentido. Ambos aspectos pueden no coincidir, es decir, la intensidad puede ser fuerte pero el contenido del sentido débil y viceversa. Por lo tanto, los impulsos que se encuentran en la esfera básica se imponen los unos a los otros mediante la intensidad del estímulo que poseen, se da una “lucha de instintos”, en la cual el estímulo que prevalece lo hace porque es de mayor intensidad.

Así, la decisión de la acción, es entonces, solamente el resultado del instinto que llega a dominar, pero esto no lo es todo. Tan pronto como los actos de dirección adecuados al sentido del “centro del yo” (del pensar y del querer dirigidos por el sentido) la intervención de los instintos es ya entendida en su contenido de sentido y significación de valor. Para una correcta formación de vida y correspondiente a este contenido de sentido, los mismos son convertidos en motivos sobre los que la decisión de voluntad se apoya, como sobre sus fundamentos materiales. Es decir un impulso intenso puede decidir la acción a adoptar pero no es lo suficientemente determinante como para hacer que el individuo la ejecute, esto solo se dará después del análisis de su

sentido y significación de valor que realiza el yo, solo entonces el impulso cobra relevancia para la voluntad y el pensamiento, pero para esto deja su carácter puramente biológico, para pasar a ser un motivo, un instinto intenso, con sentido y significado determinado por el “yo”.

*Los actos de la función del yo transcurren en el ámbito del sentido, no en el de fuerza causal: los motivos de pensamiento y voluntad son los fundamentos materiales, vale decir, los no causales, sobre los cuales se apoyan, según el sentido, los actos de pensamiento y voluntad. En este proceso es admitido el impulso valioso, pero es desplazado el contenido de estímulo del impulso contrario al valor.*⁵⁴

Los impulsos son el presupuesto material de los actos. Solo aquellos instintos que nos estimulen significativamente pueden convertirse en un motivo, una meta o una finalidad de una decisión de acción. Pero esto no es lo determinante ya que el mecanismo de regulación de los impulsos anula aquellos instintos biológicos contrarios al sentido, es decir, la voluntad de acción se determina por el sentido y el valor, sea correcto o no, esta significación es la que dirige al ser en última instancia. El estímulo así se ve relegado a su función de impulsor de la acción pero no de ejecutor de la misma.

Después de esta breve esquematización de la delimitación existencial del problema de la libertad de voluntad, el autor se refiere al aspecto categoramático, que consiste en un análisis sobre el presupuesto fundamental del reproche. Para esto plantea la siguiente incógnita:

*¿Cómo es posible al hombre la sobre formación de la obligación causal por obra de una dirección guiada por el sentido, a través de la cual únicamente puede ser hecho responsable, por haber adoptado la decisión incorrecta en lugar de la correcta?*⁵⁵

Lo importante acá es analizar si existe la posibilidad de dirigirse de acuerdo al sentido de los impulsos psíquicos del hombre y no solo de guiados por el impulso *per se*. Por eso no se trata de libertad de acción, sino de voluntad.

⁵⁴ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 157

⁵⁵ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 157

Para alcanzar esta libertad de voluntad debemos separar dos formas de determinación que se dan al momento de desenvolver un comportamiento.

Uno es el actuar por vía causal, lo cual, generalmente, es producto de una vinculación asociativa que permite significar el acontecer. El resultado está establecido a través de causas anteriores. Es una tendencia que se arraiga al proceder del sujeto haciendo que ejecute “ciegamente” el acontecer.

La forma restante se da cuando el individuo conoce esta situación de determinación causal. Es en este momento donde, a pesar de persistir ese impulso arraigado, se puede determinar de acuerdo al sentido. De esta forma se vence la antigua determinación para dar lugar a una nueva: el resultado ya no es la respuesta ciega de vinculaciones asociativas anteriores (preestablecidas), sino que es el contenido intencionado del sentido; por lo tanto, la meta que esta ante la vista determina la ejecución del acto.

Esta última clase de determinación rige en los actos de conocimiento, donde la comprensión de la relación interna de un objeto no es el resultado de vinculaciones asociativas anteriores o de otros factores causales, sino que se determina por sí misma (aspecto categoremático), en forma “vidente”, según el objeto que esta ante la vista. Es decir, la determinación no se logra a través de factores o procesos ajenos al objeto, sino que el objeto en sí mismo es el que determina, es el presupuesto para la determinación.

El acto de conocimiento no se origina por causas ciegas como vinculaciones asociativas, sino que se determina por sí mismo, según el contenido material de los hechos que en el momento se tiene delante. De allí que se afirme que el proceso es vidente, es decir, el conocer no se debe retrotraer a ningún elemento, sino, que debe trabajar sobre el mismo y proyectarse.

La meta determina los pasos que conducen a ella y esta contiene los fundamentos del conocimiento, sobre el cual, el pensar se basa y se dirige hacia el objetivo. El mecanismo del pensar se basa en la comprensión.

El conocimiento, como todo acto de voluntad requiere para su motivación y desenvolvimiento un impulso de la esfera baja (un interés) pero esto solo es el fundamento material. Su relevancia como impulso determinante no se basa en su intensidad como pasa con los demás instintos, sino que requiere estar de acuerdo con su

contenido de sentido y valor, debe entenderse como una tarea material, es decir, asumir responsablemente el conocimiento como tarea dada, además de comprenderla de acuerdo con el sentido.

“Si ha de ser posible el conocimiento, el sujeto que conoce no debe ser solamente dominado por sus impulsos, sino que debe tener la capacidad para comprender el impulso de conocimiento, como tarea llena de sentido, que impone frente a impulsos que tienden a desviarlo, vale decir, para asumir la responsabilidad por el acto de conocimiento. El conocimiento presupone que transcurren no solamente los pasos de conocimiento en forma no causal (solo de acuerdo al sentido), sino que también el sujeto puede asumir por propia responsabilidad la obtención del conocimiento como tarea llena de sentido.”⁵⁶

Por todo esto, el enfoque que se le debe dar a la libertad de voluntad debe constar en la capacidad de auto determinarse de acuerdo con el sentido. Lograr sobreponerse y orientar la fuerza causal contraria al sentido, a favor de este, es en lo que consiste la libertad de voluntad y no es el poder actuar de otra forma, como se sostiene generalmente o elegir arbitrariamente entre valor y desvalor.

La libertad de voluntad se elimina solo cuando se mantiene la dependencia causal del impulso, que lógicamente es contrario al valor, siendo grave por actuar ciegamente como se ha sostenido. Si el sujeto logra imponer el sentido sobre el instinto para así guiarlo hacia este, entonces estaremos hablando de libertad de voluntad.

Consecuentemente, la libertad no es un estado, sino un acto que consiste en la liberación de la fuerza causal de los impulsos, hacia una autodeterminación adecuada al sentido. Por lo tanto el delito requiere la falta de este acto, o, lo que es lo mismo, la ausencia de autodeterminación adecuada al sentido, en un sujeto que es capaz para esta determinación adecuada a él. Actuar disvaliosamente no es lo relevante, sino que el permanecer dependiente y adherido es lo reprochable, es decir, dejarse llevar por impulsos contrarios al valor. La responsabilidad por un ilícito surge cuando se actúa por instinto y no por el sentido, si actuara de acuerdo al sentido lo haría de forma valiosa o virtuosa.

⁵⁶ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 161

La responsabilidad no se fundamenta en la decisión libre a favor de lo malo, sino quedar dependiente de la fuerza causal de los impulsos, de parte de un sujeto que es capaz para la autodeterminación adecuada al sentido. La decisión del delito depende de sobreponer la autodeterminación en base al sentido por sobre la dependencia causal natural en el hombre, por lo que la culpabilidad no es la determinación libre del sentido, sino la falta de la determinación en un sujeto autor responsable.

Acción Típica

Acción (Welzel, 1956)

Ahora bien, después de haber desarrollado de manera introductoria los conceptos de Status jurídico, Delito y Libertad por considerarlos cruciales para el trabajo, se procederá a conceptualizar el estrato básico sobre el cual la teoría dogmática del delito se estructura: La Acción. Para esto se decidió partir una vez más desde el concepto dado por el jurista Hans Welzel.⁵⁷

El actuar humano sobre el que se establece toda la vida social es puramente finalista. Esta característica no es una simple cualidad, sino que más bien es el fundamento esencial que permite la vida en la comunidad. El presuponer que los hombres pueden o tienen la capacidad de proponerse fines, en sí, objetivos futuros y a su vez elegir los medios necesarios para su obtención y ponerlos en actividad es la razón de ser de la creación del sistema normativo, es el hecho que le da sentido a la organización. El hombre puede prever el futuro consciente del objetivo; concretar, sobre la base de experiencias causales, las más diversas clases de propósitos, según la forma planeada. Tal como se aprecia, también sobre este hecho, se deduce, que descansa el concepto jurídico penal de Responsabilidad y Personalidad de la aplicación de la pena. Por esto el derecho penal solo puede ocuparse de acciones únicamente en el sentido de esta actividad finalista. De allí que todo movimiento mecánico infundado en un mínimo de sentido finalista queda excluido de toda consideración jurídico penal.

Tal como se aclaró, las acciones, necesariamente finalistas, que se desenvuelven en la vida social pueden ser valoradas tanto; *positivamente por el orden de la comunidad,*

⁵⁷ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 36

como adecuadas a derecho, como así también negativamente, por lesionar el orden, siendo desvaloradas como *contrarias al derecho*.

Esta finalidad, entendida como el sentido que le atribuye el hombre a su actuar, hace que sea además un ser *moralmente responsable de sus acciones*. El sentido le asigna una carga axiológica a su actuar. Dicho sentido es naturalmente, como consecuencia de la convivencia social, significado como positivo o negativo en razón a su adecuación al valor social, el cual se encuentra cristalizado en el orden instaurado.

En palabras del maestro, *Él (sujeto) no puede, simplemente, proponerse fines arbitrarios y concretarlos en la forma planeada, sino que también debe elegir antes estos fines, de acuerdo con su sentido y valor social. Si el hombre se guía por las exigencias del deber que surge de los valores de la comunidad (p. ej.: el deber de prestación de ayuda contenido en el 330, c), entonces actúa meritoriamente.*⁵⁸

*Si los lesiona, actúa culpablemente. El hombre es "persona" en el doble sentido de que es un ser que actúa finalistamente y que es moralmente responsable de sus acciones. Con estas dos etapas, que se estructuran la una encima de la otra -la actividad finalista y la responsabilidad moral-, se cumple la autoría personal humana...*⁵⁹

Siguiendo esta línea de pensamiento, se hace claro que estas dos características (el actuar finalista y la responsabilidad moral) corresponden respectivamente a la acción y la autoría. De este modo esta dualidad, debe ser considerada como una relación complementaria que nos permite sentar las bases para la estructuración de la Teoría del delito. Sin un elemento el otro no tiene razón de existir, y por lo tanto se nos haría imposible desvalorizar el hecho como delito personalmente atribuible a un sujeto imputable.

A modo de ejemplo:

“Un niño de doce años, que hurta manzanas en el jardín del vecino, no actúa culpablemente, porque su personalidad moral no está aún totalmente desarrollada como para poder realmente comprender la significación social de su acción y guiarse

⁵⁸ WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 36

⁵⁹ Ibid. P37

por ella. Pero su acción es una concreción del objetivo, que cae fuera del orden social (del ordenamiento de la propiedad), y por ello es antijurídica.

Precisamente por eso, el adulto que ayudó al menor a pasar el cerco, ha prestado ayuda a una acción antijurídica de hurto y es responsable por ella como cómplice...

*Como el elemento "final" de la acción (la acción finalista) es independiente del elemento moral de la responsabilidad, así también la Antijuricidad se sitúa en un plano de valoración independiente del de la culpa. La Antijuricidad contiene, simplemente, el juicio de valor según el cual la acción cae fuera de los ordenamientos de la vida de la comunidad. La culpa es la responsabilidad de la personalidad moral por su acción antijurídica.*⁶⁰

A pesar de que Welzel aclare que la concreción del objetivo antisocial vuelve a la acción antijurídica, se opina que es más acertado afirmar que la vuelve anti normativa. Esta aclaración que se hace es debido a que se considera que la acción necesariamente posee una relación muy estrecha con el segundo estrato de la teoría, la Tipicidad, pero no así con la Antijuridicidad, ya que esta última requiere de un análisis consistente en la concreción de la desvalorización del hecho, pero el análisis previo es el que proporciona el presupuesto básico para la realización del juicio de valor. Un hecho anti normativo solo refleja una parte del juicio de valor que se le debe realizar al hecho, el cual es completado en un estadio ulterior al analizar su contenido jurídicamente lesivo. La anti normatividad solo indica la calidad de un hecho que no se adecuó a las reglas institucionalmente establecidas por la sociedad, pero no necesariamente afirma su contenido material, simplemente se expresa que es inadecuado al orden. Por esto la confirmación de la Antijuridicidad se sienta sobre la inexistencia de causas que pudieren justificar el resultado material, pero de ningún modo negar su contenido formal, es decir, su consideración como inadecuada al orden instaurado; Antinormatividad.

Entiéndase que cada vez que se emplea el término social, se hace refiriéndose a aquel grupo humano que convive bajo una organización que se basa en normas que se encuentran plasmadas en un orden jurídico positivo, es decir, una sociedad institucionalmente organizada.

⁶⁰Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P 37

Cuando una norma es anti normativa es porque claramente existe una fórmula legal que la describe, la cual responde a una necesidad que se sustenta sobre una injuria que afecta la convivencia en paz. Si dicha necesidad desaparece no tiene relación con el análisis efectuado en la anti juridicidad ya que esta última se sustancia sobre una norma, y la misma si carece de necesidad o injuria que la justifique entonces se tornara inaplicable. Por lo tanto la necesidad o injuria justificante para la aplicación de una norma a un comportamiento es cuestión analizada en el Tipo ya que el mismo contiene las fórmulas legales que cristalizan dichas normas. De allí que la acción deba ser estudiada de forma conjunta y simultánea con el estrato de la tipicidad, debido a que este último le dará el carácter de hecho relevantemente jurídico, mientras que la anti juridicidad confirmara o no dicha hipótesis o presunción.

Después de esta breve explicación sobre la postura que se adopta en el trabajo, se procede a continuar con el análisis que nos atañe.

Por lo tanto, se puede decir que en resumen, la acción humana solo adquiere relevancia jurídica siempre que sea una actividad finalista, lo cual implica que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever, en determinada escala, las consecuencias posibles de una actividad con miras al futuro, proponerse objetivos de diversa índole, y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos.

Esta voluntad finalista es comprensiva de todas las consecuencias que su obrar implica para la obtención del objetivo propuesto. Por esto requiere de al menos tres elementos para formar la misma:⁶¹

- ✓ *El objetivo que se propone alcanzar*
- ✓ *Los medios que emplea para ello*
- ✓ *Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios*

De este modo se entiende que la finalidad no solo comprende el objetivo propuesto, sino también los medios necesarios y las consecuencias vinculadas a su empleo, lo encuentra su correlato con el *sistemaderepresentaciónjerárquica*, explicado en el capítulo 1.

⁶¹Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 40

Esta voluntad le da contenido al acontecimiento mismo, el cual gravita en torno a ella pero desde la perspectiva de considerar su concreción, asumiendo, o al menos teniendo presente, las consecuencias vinculadas a la obtención de su realización.

Así se hace evidente que es el elemento delimitador del fenómeno fáctico, el factor que le otorga la cualidad para ser jurídicamente relevante y sobre el cual en segundo término se construye la responsabilidad del sujeto; sentando las bases de la ya mencionada responsabilidad moral. Toda acción finalista, comprensiva de todos los elementos conocidos y pretendidos por el autor, es presupuesto básico para la formación de la responsabilidad.

Por esto la acción es finalista en relación también a las consecuencias previstas por empleo de medios idóneos para la concreción de objetivos propuestos. Es erróneo limitarse solo al objetivo para atribuir una conducta como *dolosa* o *culposa* al individuo.

La voluntad final, en concordancia con los mecanismos de representación de la acción, es respecto a los objetivos propuestos, los medios empleados y las consecuencias que esto acarrea, y por lo tanto, al ser el sustento, la sustancia o el contenido de la responsabilidad personal, se debe responsabilizar al individuo por los tres elementos en la medida que se efectivicen en la realidad.

Las dos formas del hecho (Nuñez, 1999)

“...El hecho puede exteriorizarse bajo las formas de una actividad o de una inactividad. La primera forma corresponde al concepto jurídico de acción: la segunda, al concepto jurídico de omisión. Se trata de dos formas cuyas estructuras ontológica y jurídica son antitéticas. Ontológicamente la acción consiste en hacer y la omisión implica no hacer. Jurídicamente la acción significa la violación de una norma que prohíbe realizar el hecho, mientras que la omisión implica la violación de la norma que manda realizarlo.

La acción y la omisión caen, sin embargo, en el concepto común de la valoración jurídico-delictiva. Además de este punto de enlace valorativo, que también se da en la concepción social-delictiva, la acción y la omisión presentan, como después se verá, una base común en el mundo del ser: el proceso anímico voluntario de impulsión del comportamiento exterior activo, propio de la primera, y del comportamiento exterior,

negativo, propio de la segunda. Empero, las comuniones señaladas no autorizan a confundir, como por lo general se hace, la teoría de la acción con la de la omisión, pues a partir de la manifestación de la voluntad resultante del proceso voluntario externo, los elementos de la una y de la otra son diferentes.

Como comportamiento, la omisión y la acción (actividad) son ontológicamente distintas y su castigo obedece a objetivos diversos. Desde el primer punto de vista, la omisión y la acción son sustancialmente diferentes: la omisión (inactividad) es la negación de la acción (actividad). Además, la criminalidad de la omisión no requiere un resultado, pero sí lo suele exigir la criminalidad de la acción (actividad). Desde el segundo punto de vista, aunque el castigo de la omisión y de la acción tiende al mismo fin de mantener el orden jurídico, el castigo de las omisiones procura lograr ese objetivo mediante la realización de conductas socialmente beneficiosas, en tanto que el castigo de las acciones pretende alcanzarlo mediante la evitación de conductas socialmente dañosas.

La diferencia ontológica entre la omisión y la acción se refleja en la estructura de ambas. Así, la omisión, como la acción, debe ser propia del autor, pero mientras que la acción lo es cuando el comportamiento del autor ha sido impulsado causalmente por su voluntad, eso no ocurre siempre respecto de la omisión, porque como sucede en los casos de olvido, una inactividad puede resultar ajena a un efectivo impulso voluntario. La inactividad, y de esta manera la omisión, es propia del agente cuando, en el momento del hecho, aquél tuvo la posibilidad de desenvolver libremente el impulso voluntario hacia la acción ordenada por el respectivo tipo legal.

En este sentido, se puede decir que la voluntariedad de la omisión, de la cual depende su pertenencia al autor, es meramente potencial, pero es una manifestación de voluntad, porque no se trata de una voluntad impotente o aniquilada por fuerza irresistible u otra causa.”⁶²

Este extracto ha sido citado textualmente sin modificaciones por considerarse que expresa de buena forma la conceptualización estándar de las formas de manifestación de los delitos, pero, como sabrán, en el presente trabajo se propone brindar una nueva perspectiva interpretativa del fenómeno; sin ánimo de eliminar elementos propios de la

⁶²NUÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Pena. Parte General, 4a ed., Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1999, pg 115

dogmática, pero con la pretensión de dar más certeza sobre el análisis de la acción, por lo tanto, la siguiente reflexión debe ser entendida como un aporte a la teoría y no como una crítica infundada. Hecha esta aclaración procederemos con la interpretación.

Claramente, debido a la naturaleza fáctica de la voluntad final ejecutora de comportamientos, solo pueden darse dos formas de comportamientos. Unos intervendrán o la realidad mediante una perturbación activa (acción) mientras que otros afectarán la realidad de forma indirecta mediante la no intervención personal (omisión). Esta afirmación es puramente empírica, carente de todo contenido axiológico, por lo cual no resulta satisfactoria para aplicarla en un análisis jurídico penal, donde lo que cobra relevancia es lo deontológico más que lo pragmático.

Por esto para realizar un correcto análisis delictivo debemos hacer foco principalmente sobre los tipos de normas que se ven afectadas por el despliegue de dicha voluntad: *Normas Prohibitivas* y *Normas Imperativas*.

Cada una es violada de forma particular, debido a que las formas de exteriorización de la voluntad no se ajustan a los deberes que cada una contiene.

En primer lugar se analizarán las normas imperativas.

Si se examina el deber que contienen en razón a lo exigido al sujeto, se puede encontrar que se ordena realizar un determinado comportamiento, por lo que su violación tendrá lugar cuando el sujeto no ejecute dicho comportamiento. Este sentido, al individuo se le exige que tome una postura activa frente al mandato realizando dicha conducta, lo cual no quiere decir que únicamente pueda violarse dicha conducta mediante una inacción, ya que si el individuo interviene de forma activa, realizando otra conducta la cual no sea aquella exigida, entonces se estará violando de igual forma la norma imperativa. Hay que recordar que en estos casos, al existir una norma que manda a realizar un determinado comportamiento, es porque el sujeto se encuentra en una posición de garante, cuyo deber radica en la evitación del resultado que se dará con certeza si la orden no es ejecutada. El sujeto adopta una especial relación de resguardo con el interés jurídico normativamente tutelado, comprometiéndose a evitar activamente cualquier perturbación al mismo, lo cual lógicamente consiste también en la realización de lo exigido.

Haciendo una analogía se podría entender al sujeto como un guardaespaldas que fue contratado por otro individuo que se encuentra amenazado por muchos enemigos, por lo que se le encomienda la misión intervenir defensivamente siempre que se encuentre en peligro o frente a uno de sus enemigos. Ante tal situación, el protector tiene distintas formas de actuar: Puede defender de activamente a quien lo contrato, efectivizando así el mandato que lo colocó en el lugar que ocupa; incumplir con la orden provocándole el mismo las lesiones a su protegido, quien lo había contratado específicamente para evitarlas o simplemente abandonar a su cliente, dejándolo así a merced de sus enemigos. Como se vio, claramente la licitud se satisface mediante la acción únicamente (cumplimiento del mandato) pero la ilicitud puede tomar ambas formas de exteriorización, la primera puede ser mediante una acción la cual consistiría en realizar aquello que se le había pedido impedir, o no interviniendo al momento de que ocurra lo que se le había ordenado evitar. Podemos ver que el mandato puede ser perfectamente violado a través de ambas formas de exteriorización de la voluntad. En resumen el deber de hacer puede violarse no haciendo lo debido (omisión), o haciendo lo contrario a lo debido (acción).

En segundo lugar nos encontramos con las normas prohibitivas. Dichas fórmulas jurídicas responden a deberes de no hacer. Al ser prohibitivo el precepto, se exige lógicamente una abstención de realizar la conducta por parte del sujeto. Pero el deber de no hacer puede analizarse como previamente se hizo, manteniendo claramente la diferencia respecto de lo exigido.

En el supuesto anterior se pide *hacer* una conducta, por lo tanto, la *no* realización hará responsable al individuo, por el otro lado en los casos prohibitivos se pide *no hacer* un comportamiento, por lo que, se responsabilizará al sujeto por su realización.

Como vemos los delitos comisivos también pueden poner al sujeto en una relación especial de resguardo, en la cual se ordena el compromiso de no dar lugar personalmente al comportamiento que generará el resultado. En este sentido el individuo debe adoptar una posición de abstención, haciéndose responsable si sus objetivos, los medios empleados o las consecuencias por los medios empleados (*voluntad final*) realizan dicho comportamiento y además no se hizo nada para evitarlo. Pero la licitud en este supuesto solo puede realizarse mediante una inacción, distinto al caso anterior en el que solo la acción cumplía con las exigencias. No es una mera

afirmación que la voluntad se forme sobre los elementos mencionados y se responsabilice por su concreción totalmente evitable, ya que es este carácter es el que satisface la posibilidad de exigir la abstención de la conducta.

La responsabilidad no puede formarse únicamente sobre su contenido factico, sino que además debe basarse en la exigibilidad que hace al deber violado, ya que este sentido justifica la imputación del comportamiento. No cualquier resultado puede ser el sustento para su imputación a un sujeto, sino que solo aquella consecuencia o perturbación, sobre la cual el sujeto tuvo dominio causal, puede ser atribuible, y con dominio causal nos referimos a la conducción del acontecimiento, lo cual consiste en la posibilidad de realizarlo, pero también es reprochable haber tenido, en base a dicho dominio, la posibilidad de interrumpirlo evitando el resultado, ya que este último hace al fundamento del deber contenido en la norma. Es de sentido común que si existe un deber, traducido en una exigencia de *hacer* o *nohacer*, lógicamente la misma debe ser posible de realizar, y en cuanto al deber de *nohacer* claramente se exige la abstención, pero lo mismo en realidad consiste en el fomento de evitar la realización de la conducta, tanto en el sentido de no proponerse como objetivo dicha conducta, como así también en el empleo del dominio tendiente a interrumpir la ejecución de su propia voluntad final realizadora del objetivo como así también evitar cualquier consecuencia que pueda concretarse en la realidad por el empleo de medios propuestos por la misma.

Si hacemos al sujeto responsable es porque queremos que su objetivo de vida sea actuar adecuadamente, lo cual requiere la no realización de riesgos como también la evitación de la concreción de dichos riesgos, esto hace a la dirección causal del acontecimiento. Un sujeto que no puede interrumpir el despliegue de su propia voluntad es porque claramente en ningún momento tuvo el dominio causal del acontecimiento o lo ha perdido, a pesar de haberse conducido adecuadamente, de forma imprevista y sobreviniente, por lo que será imposible reprocharle el resultado al individuo.

Por lo tanto, debemos entender las formas de exteriorización de la voluntad final en razón a su relevancia jurídico penal, la cual es proporcionada una vez se encuentren en contradicción con el deber contenido por las normas prohibitivas o imperativas. Por esto ontológicamente puede mantenerse su distinción, pero a nivel jurídico o deontológico es menester una interpretación dinámica y no excluyente ya que ambas pueden ser igualmente presupuestos de delitos comisivos como omisivos.

Los conceptos negativos de acción

Hasta ahora hemos esquematizado, basándonos en la concepción finalista de la acción, una aproximación al contenido del estrato más importante de la teoría del delito. Como vimos, podemos afirmar que la acción consta de dos elementos bien diferenciados pero que a la vez funcionan de forma complementaria para lograr darle relevancia jurídica al objeto de estudio; el obrar humano.

El primer elemento mencionado es la finalidad; aquel factor que permite atribuirle contenido al hecho considerando tanto el objetivo propuesto por la persona como así también toda aquella consecuencia concurrente en razón del empleo de medios propuestos. Este contenido solo puede ser valorizado por el orden fundado en la sociedad organizada en la que se desenvuelve. A raíz de la capacidad de proponerse un objetivo y determinarse para su obtención, considerando toda consecuencia, es que se forma nuestro segundo elemento: La responsabilidad moral, que es el presupuesto básico para la formación de la responsabilidad penal.

Sería imposible sostener una organización si no se le *exigiere* al sujeto que se determine observando las pautas que le son impuestas. Si el individuo actuara en razón exclusivamente del factor final, es decir proponiéndose fines de forma arbitraria y concretándolos de forma caprichosa, a pesar de estar en contra del orden, no podríamos de ninguna manera *exigirle* que se motive en el mismo. De este modo estaríamos eliminando el presupuesto básico para la aplicación de la pena; la culpa.

Nuestra comunidad moderna, instituida sobre principios liberales y sociales, respetuosos de la dignidad del hombre, no puede permitirse la aplicación de medidas perjudiciales en contra de bienes jurídicos pertenecientes al hombre que actuó contra el orden instaurado, sin haberse previamente fundamentado en causas racionales. La pena no es un instrumento da que trabaja a favor del estado y en contra de los súbditos, entendiendo al estado como un ente totalmente ajeno a las personas, sino que por el contrario su finalidad es la de permitir sostener la vida social en la que el hombre tanto anhela desarrollarse. Por consiguiente, debe emplearse teniendo como objetivo brindar, a aquellos sujetos que atentan contra dicho orden, la oportunidad de volver a ser parte de la convivencia. De este modo, la pena debe ser vista como una medida de intervención institucional para la reparación de una perturbación provocada por el obrar humano y a su vez permitir que este sujeto pueda volver a integrarse a la misma

sociedad contra la que alguna vez atento ya que a pesar de haber obrado de ese modo, el aún sigue siendo parte de la misma.

Se debe lograr que el hombre considere como un fin de la vida el conducirse de acuerdo al sentido y el valor, ya que se confía en su capacidad y se respeta su dignidad.

Teniendo en cuenta estos dos elementos pasaremos a explicar la teoría negativa de la acción, la cual le da preeminencia al segundo elemento, la responsabilidad moral, pero mantiene como base de origen la voluntad final. Para esto tomaremos como base las obras de los maestros: Bacigalupo, Núñez, Roxin y Jackobs.

Bacigalupo (Bacigalupo, 1999)

El jurista nos enseña en su obra que según esta teoría el análisis que se debe realizar para encontrar el sentido del hecho activo, debe partir de la omisión. Así lo decisivo, tal como expresa, *no consistiría en el momento en el que un sujeto da una puñalada a otro causándole la muerte, sino en no haberlo omitido en el momento decisivo.*⁶³

Si lo pensamos bien este es el razonamiento estándar que se tiene en cuenta al momento de imputar un resultado a un sujeto. El autor teniendo el dominio del hecho opta por violar la norma. Siempre tengamos en cuenta que este análisis lo realizamos a nivel de la acción-típica, sin considerar aún la culpabilidad del sujeto la cual se analizará en un estrato ulterior.

Continuando con el examen, se cita textualmente:⁶⁴ *Así, al autor se le imputará un resultado cuando no lo haya evitado, habiendo podido hacerlo y estando ello impuesto por el derecho.* Basándonos en el desarrollo del concepto de la libertad de voluntad, previamente realizado, se podría decir que consiste en que el sujeto opta por ejecutar el impulso emocional que provoca una perturbación, pero lo cual podría haber sido perfectamente evitable si se hubiere conducido de acuerdo al sentido y el valor. Además podemos ver que la imputación descansa sobre dos elementos fundamentales: La posibilidad de evitación no realizada (*Medios y Conocimiento*) y la imposición de la realización por parte del Derecho (*Exigibilidad*). Dichos elementos deberán tenerse presente para los posteriores análisis ya que juegan un papel crucial principalmente en

⁶³BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 247

⁶⁴Ibid p 247.

la Teoría de la atribución de una conducta antinormativa exigiblemente evitable, que se desarrollara más adelante.

Por consiguiente, la acción, entendida como un hacer, pasa a ser expresada de forma negativa. De este modo, todo comportamiento activo se verá como “*un no-evitar evitable en posición de garante*” atendiendo a los elementos de *evitabilidad* y *exigibilidad* antes mencionados.

Cita: ... “*el hombre se encuentra en el centro de un círculo de dominio, que, al mismo tiempo, es una esfera de responsabilidad. Cuanto más se extiende al exterior, menor es la intensidad de dominio y más dudosa es la responsabilidad del garante (...). Por el contrario, cuanto más se acerca al centro, más obvia resulta la posición de garante. Y cuanto más se repliega a su interior constituye sin duda la persona misma, en su unidad de cuerpo y alma...*”⁶⁵

Del extracto se puede deducir que la atribución del hecho al sujeto depende de la voluntad final que se haya formado en el caso concreto, es decir, la propuesta de *objetivos, medios* y la previsibilidad de las *consecuencias* que potencialmente pueden darse, a lo que podemos denominar “*Dominio*”, que hace a la “*Evitabilidad*”.

En segundo término se aprecia que el hombre, en razón de su *faz pasiva* debe ser un sujeto que asegure que su obrar se mantendrá dentro de los límites del orden y evitando así cualquier perturbación, a lo cual jurídicamente se lo puede asimilar como un ser *garante*, es decir, aquel ente que posee la carga de resguardar o evitar cualquier resultado lesivo dirigido contra bienes jurídicos, dando lugar así al elemento “*Exigibilidad*”. Dicha carga está dada por un deber, que en el supuesto de los delitos comisivos, se encontrará formulado en las normas prohibitivas.

De este modo, el sujeto debe abstenerse de realizar el tipo y atenerse a la norma jurídica, que fundamenta al anterior, para así actuar de forma adecuada, efectivizando su pasividad exigida en razón a su *estatus jurídico negativo*.

Debe no matar; norma prohibitiva, y por lo tanto, abstenerse de matar, formula típica.

⁶⁵Ibid p 247.

En otras palabras el contenido de la acción es la voluntad final, entendida como el dominio del hecho. Mientras que el valor de la acción esta dado por la existencia de la responsabilidad del sujeto de *evitar* que su *acción final* atente contra el orden. Dicha responsabilidad descansa sobre la *exigibilidad* de realizar la *posibilidad de evitación*. Consecuentemente, es garante de evitar realizar personalmente normas prohibitivas mediante el despliegue de su propia voluntad final.

*"De ello se deduce que "también el autor activo tiene que ser tratado como garante, pues la caprichosa ejecución de una conducta nada modifica respecto del hecho de la actualización de la persona como fuente de peligros potencial que se da en el movimiento corporal delictivo". Si quien sufre una hemorragia nasal no impide a sabiendas la mancha del tapizado de un sillón o si lo hace voluntariamente, es, desde esta perspectiva, jurídicamente indiferente."*⁶⁶

*Por otra parte, procurando reducir los momentos normativos de los conceptos de acción y dando mayor relevancia a los elementos empíricos (básicamente psicoanalíticos), se ha propuesto excluir del concepto negativo de acción la posición de garante. De acuerdo con ello, el concepto negativo de acción debe reemplazar la posición de garante por el elemento peligro. Consecuentemente 'se dará una acción cuando el autor, a la vista de una situación de peligro, no ejecuta la acción que lo evite a pesar de su capacidad de acción'. El peligro al que aquí se hace referencia es el 'impulso de destrucción'..."*⁶⁷

En conclusión el autor, por ser un sujeto con voluntad final y responsabilidad moral, le es exigible que despliegue su conducta siendo respetuoso de las normas, logrando así evitar la creación de peligros imputables al mismo. El individuo desde una perspectiva jurídica debe adecuarse al orden y ser garante de esto. Por consiguiente, debe adoptar la carga responsablemente como una tarea de vida llena de *sentido*. El único modo de actuar libremente es de forma jurídicamente adecuada, todo aquello que no cumpla con este requisito será retribuido con una consecuencia tendiente a restablecer la estabilidad perturbada por el obrar del individuo y a la reincorporación del sujeto al medio social.

⁶⁶BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 248

⁶⁷Ibid p. 248

Actuar de una forma jurídicamente adecuada, es decir, optar por conducirse de acuerdo a las normas, es una tarea a la que el hombre debe enfrentarse durante toda su vida. Tal como se dijo al inicio del presente capítulo, no hemos recibido biológicamente el modo en que debemos formar nuestra, por lo tanto depende de nosotros y debemos hacernos cargo de adquirirlo si pretendemos subsistir como especie.

Por esto consideramos que pensar el delito desde la perspectiva de infracciones de deberes es dar preeminencia al valor que justifica la convivencia en el estado. Formar nuestra conducta es una tarea que debe ser ejecutada teniendo en cuenta la interacción con el medio, por lo que, para evitar consecuencias no queridas por el grupo, es necesario acatar la voluntad de la misma, y esto solo se puede hacer, en razón al principio de supremacía de la ley, a través de la obediencia a las fórmulas que regulan la vida social en el estado.

Si pretendemos beneficiarnos de la convivencia estatal (*faz positiva* del individuo), debemos comprometernos en realizar las exigencias del orden institucionalmente instaurado, por lo que nuestra conducta debe ser funcionalmente favorable al sostenimiento del mismo (*faz negativa* del individuo). Nos convertimos así en garantes de que nuestra conducta solo será provechosa para la comunidad y se abstendrá de provocar cualquier perturbación o peligro.

La crítica de los conceptos negativos de acción

Ahora bien, seguramente estarán pensando en la posible violación de los principios de legalidad o seguridad jurídica debido a que el criterio de imputación por el “*no-evitar evitable*” es muy ambiguo y carente de sustancia, debido a que si se efectúa una errónea interpretación, podemos acabar considerando hasta los pensamientos o ideas por ser la causa del resultado y por ello, el deber recaería directamente sobre un hecho imposible, el cual consistiría en anticiparnos, previendo el pensamiento, para así evitarlo, atentando además contra el principio de reserva.

Tal como cita Bacigalupo en su obra, si se reconoce el carácter que posee la acción de “*la posibilidad de conexión consciente en la propia conducta que se desarrolla inconscientemente, se puede considerar acción a las omisiones de conectar un mecanismo consciente de dirección de la acción cuando ello era posible, y por lo tanto*

*el concepto negativo no parece discutible, ya que se podría expresar la formula como lo conducente no conducido”.*⁶⁸

En otras palabras, tanto la *acción* como la *omisión comisiva* deben considerarse desde el punto de vista del *dominio* que ostenta el sujeto sobre su actuar, el cual a pesar de poseer un origen que le es ajeno a su voluntad, un origen impulsivo, al momento de atribuirle un significado y valorizarlo, es decir, al momento de hacerlo “*consciente*”, es la propia persona quien decide si ejecuta el comando o no, por lo tanto, él es quien conserva la capacidad de conducir este tramo de la conducta y le es exigible que lo haga de acuerdo a las normas, lo cual implica no realizar desde el inicio la conducta descripta o interrumpir el desarrollo causal en caso de que este en ejecución, impidiendo la consumación. Si no despliega ninguna de las dos capacidades mencionadas entonces será responsable por el resultado.

El génesis “*impulsivo*” es irrelevante, lo verdaderamente importante para el poder punitivo es aquello que hizo el sujeto con dicho estímulo.

Al convivir socialmente, se hace menester que se emplee dicha capacidad direccionante en pos del bienestar de la comunidad. Tal como afirma Welzel, esta capacidad de auto determinarse debe concebirse como una *tarea llena de sentido* y no como una mera aptitud.

La siguiente cita es un extracto textual de la obra del jurista Bacigalupo y con esto se tendrá por concluida la crítica al modelo teórico:

...”En primer lugar, se ha sostenido que el 'no-evitar evitable' en sí mismo carece de sustancia, pues se puede referir tanto a la mera decisión de la que proviene el suceso, como al resultado exterior del mismo. En la medida en la que se trata de algo evitable, sería claro que "también los meros pensamientos son evitables, por lo que el concepto negativo de acción no permitiría distinguir entre las conductas penalmente relevantes y las que no lo son. La crítica no resulta convincente si se tiene en cuenta que Stratenwerth, mal que le pese, también propone un concepto negativo de acción cuando reconoce el carácter de acción a la posibilidad de conexión consciente en la propia conducta que se desarrolla inconscientemente. Es claro que a partir de estas

⁶⁸BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 248

*consideraciones serán acciones las omisiones de conectar un mecanismo consciente de dirección de la acción cuando ello era posible. El carácter negativo del concepto no parece discutible. En realidad, la tesis de Stratenwerth también podría ser expresada como "lo conducible no conducido".*⁶⁹

La acción como comportamiento exterior evitable

Ya se afirmó que el concepto de acción es el presupuesto básico sobre el que se estructura el delito, por ello, su contenido solo es aquel que satisfaga dicho sistema. Para esto primero debemos hacer una distinción esencial: La dirección o dirigibilidad de la acción y la dirección o dirigibilidad de los impulsos.

En la actualidad la motivación en las normas es un tópico relevante para la teoría de la acción. Por lo tanto se apela a diversas fundamentaciones⁷⁰:

Se sostiene que esta distinción es el resultado del intento de formular la especie de las expectativas jurídico-penales relevantes y sus garantías en el contacto social.

Se afirma que la distinción solo tiene su fundamento en la decisión del legislador.

También se piensa que se trata de una distinción paralela a la existente entre el contenido descriptivo de la norma y el de la vinculación al valor motivadora de la imposición de la norma que en cada caso se debe determinar interpretativamente.

En todo caso esta distinción- más allá de su fundamento- es necesaria en un sistema en el que se reconocen dos especies de error (de tipo y prohibición). Es decir, al menos resulta impuesta por el legislador, si además responde a una distinción objetiva es evidentemente muy problemática.

Desde el punto de vista de la presente investigación, se cree que la fundamentación más acertada es la tercera. Hay que considerar, ya que pretendemos sostener una teoría compleja, comprensiva de dos especies de error, que el análisis que se debe realizar en todo momento debe ser *Formal y Material*, desde el punto de vista del elemento cognoscitivo del sujeto, en el primer tramo, y comprensivo, a partir de la segunda parte. El estudio de la motivación debe realizarse desde las dos perspectivas: primero

⁶⁹BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 248

⁷⁰Ibid p. 249.

cognoscitiva (a nivel del contenido descriptivo de la norma, entendiendo que el sujeto conoce que su obrar no observa el orden) y en un segundo término *comprensiva* (a nivel del valor motivador de la imposición de la norma en sí, examinando la razón particular de la causa previa de su no motivación normativa). Solamente en esta última instancia se le puede realizar un juicio de reproche al sujeto, ya que en la misma es cuando se considera el sentido o valor que atribuyó el individuo a su obrar. Tal como el mismo Welzel afirma en su obra (Welzel, 1956), al referirse a la acción dentro de los tipos penales, “*la dirección finalista del acontecer causal es una prestación por la cual el hombre estructura consciente de su finalidad las obras de su vida de relación civilizada. Pero, como tal, es indiferente al valor, es decir, puede ser empleada lo mismo para la concreción de objetivos socialmente positivos, como socialmente negativos. En este punto se intercala el derecho penal, prohibiendo la concreción finalista de objetivos socialmente negativos...*”⁷¹

Por consiguiente, la voluntad final es ajena a toda clase de valoración, la misma no tiene en cuenta el sentido, pero el individuo al tener la aptitud para significarla entonces se le debe exigir la motivación normativa. Consecuentemente, en un primer momento se estaría frente a un análisis normativo formal de *la dirección o dirigibilidad de la acción*, y en segundo lugar sobre un análisis normativo material o axiológico sobre *la dirección o dirigibilidad de los impulsos*. En el primero la falta de motivación contiene un mínimo de valoración, solo es el reflejo de la no adecuación al precepto normativo, mientras que en el segundo momento la falta de motivación es merecedora de un juicio de reproche debido a que se considera la carga disvaliosa atribuida por el sujeto al hecho, para lo cual no basta el simple conocimiento presente en el anterior análisis, sino que se requiere que el individuo entienda que su conducta no es de acuerdo a derecho, pero aún así quiere concretarlo, poniendo de manifiesto lo reprochable de su obrar.

Mientras que en el primer momento el sujeto simplemente formó su obrar sin motivarse en la norma conociendo los elementos del hecho, teniendo la capacidad de dirección de la acción, en el segundo momento se examina la carga axiológica que le atribuyó a su obrar, sobre el cual, en el estudio de la culpabilidad formaremos la reprochabilidad por su proceder injusto y no simplemente anti normativo, ya que se

⁷¹WELZEL, Hans, Derecho Penal. Parte General, Ed. DePalma, Buenos Aires, 1956. P. 42

entiende que el sujeto poseía control sobre sus impulsos los cuales debería haber ejercido su facultad inhibitoria.

De este modo la acción es *todo comportamiento exterior evitable*, es decir, un comportamiento que el autor habría podido evitar si hubiera tenido los motivos o la posibilidad de formarlos para adecuar su conducta a la descripción de la norma. Mas que un motivo se podría decir, si hubiera adecuado, siendo posible, su voluntad final a las posibilidades que las normas le brinda. De este modo hablamos de motivación normativa en la dirigibilidad de la acción; *Dominio*.

El autor que dispara sobre su víctima y le produce la muerte habría podido evitarlo si, siéndole posible, hubiera formado su voluntad final de acuerdo a las exigencias normativas, pero evidentemente el sujeto conocía que su finalidad no se adecuaba al orden normativo y quería la concreción de dicha finalidad, es decir, desplego su conducta para causar el peligro (tomando como base de análisis del ejemplo el dolo), por esta razón, su conducta en este momento será simplemente anti normativa por no haberse adecuado a las exigencias formuladas por el derecho positivo.

En otras palabras, se considera *la dirección o dirigibilidad de la acción* comola concreción de su finalidad, con los medios propuestos, o la concreción de las consecuencias derivadas del empleo de los medios, y el dominio natural del desarrollo causal del acontecimiento mediante el despliegue de su conducta, a lo cual se agrega implícitamente la *exigibilidad* de no ejecutar la voluntad final (*plan motor*) o de interrumpirla evitando la consumación.

Por lo tanto, quien a causa de una fuerza irresistible se ve movilizado contra otras personas, causándole lesiones, se excluiría la conducta. Esto se explica porque el sujeto no pudo formar su voluntad final, debido a que no se propuso un objetivo, ni contaba con los medios. Por consiguiente, le fue imposible prever el resultado del acontecimiento, a lo cual se le suma el hecho de que era inexistente la posibilidad de controlar el desarrollo causal, por lo que además no le es exigible. Por esto decimos que solo una conducta evitable puede ser expresiva del sentido social que interesa al derecho penal.

En segundo término, en razón a la *dirigibilidad de los impulsos*, podemos tomar en consideración los casos de inimputabilidad, a modo de ejemplo, dentro de los supuestos

de alteración morbosa de las facultades mentales, el estado ebriedad, en el cual el sujeto a pesar de poder aún formar su voluntad final, el mismo se encuentra gobernado por la impulsividad por lo que, no le es posible inhibir el impulso destructivo. Desaparece la posibilidad de inhibición, pero la oportunidad de dirección de la acción no desaparece ya que el individuo contó con ella anteriormente.

Otros supuestos pueden ser los casos de cleptomanía o fobias. La motivación en estos supuestos se encontrará viciada por el predominio de la impulsividad la cual disturbe la formación de la comprensión del hecho. Tengamos presentes que lo que se expresa es a modo genérico, pero en la práctica debemos considerar además los diversos grados de perturbación existentes, dejando así la capacidad de punibilidad o la eliminación total de la misma, pero siempre manteniendo la voluntad final, ya que es el presupuesto esencial.

De manera que, la evitabilidad no depende pura y exclusivamente del conocimiento efectivo del autor, sino que también debe referirse a sus concretas capacidades de acción. La motivación en la norma formal (*la dirección o dirigibilidad de la acción*) no se la debe confundir con la motivación en la norma material (*la dirección o dirigibilidad de los impulsos*).

Por ejemplo:⁷² *el autor que comprueba que su vehículo no responde al freno, pero ignora que el mismo está equipado con un freno de emergencia que, si hubiera sido accionado, habría podido evitar atropellar a un peatón, ejecuta una acción individualmente evitable, pues hubiera podido detener el vehículo y no atropellar el peatón.* En este caso debemos tener presente que el sujeto es garante debido a que al conducir un vehículo es un ente generador de peligros, que a pesar de ser socialmente aceptados, no pierden su naturaleza potencialmente lesiva. Como consecuencia de esto, a pesar de no haber tenido la finalidad de ocasionar el homicidio, conoce cuales son las posibles consecuencias lesivas del desarrollo de dicha actividad por el medio que se está empleando. Por otro lado, evaluando además si existió la oportunidad de formar su voluntad para evitar el resultado fatal, comprobamos que esto era posible, ya que, a pesar de no conocer el medio, su posibilidad de dominio del curso causal aún se mantenía, y en este caso tal como se dijo, la ignorancia de la existencia del freno de

⁷²BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 250

emergencia no le fue impuesta de forma ajena, sino que fue resultado de su propia conducta inmotivada, debido a que no tomo los recaudos necesarios para actuar normativamente y evitar cualquier tipo de lesión, por lo tanto la omisión comisiva podría ser operativa en este caso.

Tengamos siempre presente que posteriormente se suma el análisis de la posibilidad de *dirección o dirigibilidad de los impulsos* como vinculación al valor sobre el cual descansa la observación del actuar de acuerdo a la norma, es decir, si tuvo la posibilidad de motivarse o si existió alguna causa de exclusión de la comprensión que concurrió para que esto no tenga efecto el valor motivador sobre el sujeto.

Vemos que así el análisis, a pesar de encontrarse excluido el conocimiento de la posibilidad de evitabilidad, el mismo es imputable al obrar del sujeto. Esto se explica porque a pesar de no encontrarse el conocimiento efectivo, se mantiene la *exigibilidad del conocimiento*, derivado del rol de garante que ocupa respecto de la abstención de realizar la antinormatividad derivada en este caso por el empleo de un medio idóneo para la concreción de una consecuencia lesivamente ilícita, consecuentemente en el análisis ulterior, se procederá a ver si el sujeto a pesar de no conocer, tenía dominio sobre sus impulsos, lo cual requiere su comprensión, dirección de acuerdo a ello y exigibilidad de efectuar el proceso. En caso de que no se de este *dominio* entonces la evitabilidad quedará totalmente excluida. La dirigibilidad de la acción crea una presunción, la cual debe ser confirmada al momento de analizar la dirección de los impulsos, si esto último no se da la presunción cae debido a que no es exigible. Más adelante se desarrollará en profundidad.

Se debe comprender que la única forma de *dirección o dirigibilidad de los impulsos* es a través de la comprensión, es decir, el sentido y valor que se le otorga al impulso. Por esto mismo ubico esta dirección en el ámbito de la culpabilidad y no de la acción. Solamente analizando la carencia de sentido y valor del impulso podremos realizar un reproche al individuo tal como lo requiere la culpabilidad.

Por el contrario, si el supuesto consiste en que el autor enciende fuego siguiendo las exigencias normativas pero sin poder calcular que una tormenta inesperada lo desviaría hacia unas casas que luego se incendian, no habrá acción, pues su capacidad individual de detener el viento es nula. Se elimina totalmente su capacidad de *dirección* o

dirigibilidad de la acción debido a que su control sobre el desarrollo causal es totalmente nulo y por ello, la *exigibilidad*, una vez eliminado los medios de evitabilidad, se vuelve inoponible al individuo.

Como vemos este concepto es favorable para la eliminación de todo aquello que es irrelevante para el derecho penal y además mantiene su compatibilidad con las causas de exclusión de la acción, las cuales son:

- ✓ *Actosreflejos* (por ejemplo, las reacciones producidas por un estornudo, que hacen imposible controlar el movimiento corporal como consecuencia del cual se lesiona a otro).
- ✓ *Fuerza física irresistible* (ejemplo: el caso ya analizado del que se deriva la muerte de un niño, al ser violentamente despedido por una avalancha incontenible de personas).
- ✓ *Estados de inconsciencia absoluta* (el supuesto de la madre que, dormida, ahoga con su cuerpo al niño que duerme a su lado)

Estos supuestos no son interpretados de forma absoluta por la teoría dominante, lo cual lo vuelve aún más compatible con la teoría sostenida. Solo son operativas de forma absoluta cuando sean aisladas y se fundamenten en sí mismas, pero la lógica se quiebra si al verificar la acción inmediatamente anterior confirmamos que fue relevante por provocar las situaciones, poniendo de manifiesto la posibilidad de *evitabilidad* que es presupuesto necesario para el delito, debido a que esa conducta anterior vuelve operativa la “*dirigibilidad de la acción*”.

Pueden parecer problemáticos los casos donde el autor obra en un estado de alta excitación emocional, en los supuestos de las llamadas acciones en “*corto circuito*”. Aquí la voluntad final se mantiene pero se ejecuta una velocidad tal que el agente carece de la posibilidad de movilizar reacciones inhibitorias del comportamiento. Como vemos puede ser una causal de eliminación de la dirección de la acción, siempre que se constate que las conductas precedentes no aportaron al resultado o que el “corto circuito” le es totalmente ajeno, esto sería exigir lo imposible al individuo ya que falta el elemento de previsibilidad de las *consecuencias* en la voluntad final, lo cual elimina totalmente la voluntad final. Pero si por el contrario esta previsibilidad se mantiene entonces pasa a ser una problemática de *dirección de los impulsos*, ya que hay que

analizar si el valor de la norma tuvo algún efecto sobre el sujeto o no, volviéndose esto último el presupuesto de la reprochabilidad. Si el sujeto confirma que comprendía el valor de su conducta y de las consecuencias que se figuro pero igual quiso realizarlo entonces manifiesta su desprecio hacia el valor motivador de la norma. Pero si por el contrario se afirma que el sujeto comprendió y no quiso realizar el resultado ilícito, pero no pudo realizar otra conducta debido a que su dirección impulsiva era totalmente nula entonces la exigibilidad cederá pudiendo eliminar o disminuir la culpabilidad en razón al grado de exigibilidad de evitabilidad previamente analizado en la dirección de la acción. Lo mismo es aplicable para los supuestos de comportamientos automatizados, donde en la dirigibilidad de la acción, importara siempre que sea coincidente la realidad con el estímulo y le haya sido posible la evitación si se hubiera motivado en las consecuencias probables, por el otro lado en el caso de la dirección de los impulsos se deberá examinar si el individuo pudo comprender la criminalidad del acto y aún así prosiguió, entendiendo que dicha comprensión inicia desde el momento precedente a la ejecución del movimiento automatizado (análisis de la relevancia de la conducta precedente), por lo cual le habrá sido exigible a pesar de no haber podido dirigir los impulsos.

Continuando con el análisis de la importancia de las causales de exclusión citamos⁷³: *La circunstancia de que entre las llamadas "causas de exclusión de la acción" y las "causas de inimputabilidad" o de "exclusión de la capacidad de culpabilidad" (como es preferible denominar a estas últimas) haya sólo una diferencia de grado o de intensidad, hace suponer que la teoría de la acción está estrechamente vinculada a la idea de culpabilidad y que, en verdad, representa ante todo un avance de problemas de ésta en el ámbito de lo ilícito.*

Como se ha visto, la discusión en torno a la teoría de la acción no tiene incidencia respecto de las causas que la "excluyen", pues en cualquiera de los sistemas éstas son las mismas. Ello pone de manifiesto que en la resolución de casos la toma de posición respecto de la acción no tiene trascendencia en este aspecto concreto, es decir, en la comprobación de si hubo o no una acción. Por lo tanto, es conveniente no confundir el concepto de acción como base del sistema dogmático de la teoría del delito, y la comprobación de la acción típica en la resolución de los casos

⁷³BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal. Parte General, 2a ed. Ed. Hammurabi, Bs. As, Argentina, 1999, pg. 252

Las causas de exclusión de la acción solo son operativas en razón a la posibilidad de dirección de la acción. Si un sujeto siente que esta por quedarse dormido y a su lado se encuentra un recién nacido, posee la posibilidad de prever las consecuencias que normalmente se van a dar si entra en ese estado de inconsciencia absoluta, por lo tanto le será atribuible el resultado. Distinto es el caso en que un tercero pone al recién nacido al lado del sujeto que se encuentra dormido profundamente, en lo cual el tercero será responsable por ser un autor mediato. Otro ejemplo sería, un sujeto que conduce cumpliendo en su totalidad con la legislación vial y además lo hace de forma protectora y defensiva de la vida de los demás individuos, pero en un instante repentino un niño se suelta de la mano de su madre en una avenida donde se permite una velocidad que obliga a tomarse al menos 50 mts para frenar el automóvil, por lo cual el conductor sin posibilidad de frenar debido a que de cualquier forma el niño perdería la vida, responde con un acto reflejo, (no automatizado por su falta de condicionamiento previo y la imprevisibilidad o fortuito, aleatoriedad del acontecimiento) matando a tres personas que se encontraban en los alrededores. En este caso no habría acción, debido a que a pesar de tener previamente total dominio de la acción, es decir dirección de la acción, la misma se pierde al darse el acontecimiento debido a las particularidades que se mencionaron. Si por el contrario al ejemplo anterior se mantuvieran las mismas circunstancias pero se modificara el hecho de que el sujeto conducía totalmente de forma imprudente y alcoholizado, a pesar de que el resultado sea el mismo, no se podrá excluir la acción ya que el sujeto claramente formó su voluntad final para omitir el orden normativo por lo cual el peligro creado le es atribuido totalmente, y la acción, en el sentido del estamento de la teoría dogmática, podría adoptar la forma de una omisión comisiva.

Núñez (Núñez, 1999)

La omisión impropia

Para empezar, se entiende que la acción y la omisión consisten en dos formas de conducta materialmente distintas. La primera consiste en la realización de un hecho de forma positiva, es decir, producir el fenómeno activamente; intervenir activamente, mientras que en el segundo caso, el fenómeno se origina a partir de la intervención del individuo, mediante una conducta pasiva, por lo que se dice que es la negación de la acción.

Ahora bien esto no es todo, a su vez debemos tener presente que existen dos formas de delitos: Delitos de Comisión y Delitos de Omisión.

Cada uno, por su naturaleza perturbadora del orden, consisten en la violación de diferentes tipos de normas: *Prohibitivas e Imperativas*.

Pero en sí, ambas comparten el disvalor de la acción, el cual consistió en no haber actuado conforme a los requerimientos exigidos.

En el primer caso el individuo no cumple con su deber de abstenerse a realizar lo prohibido (derivado de su faz pasiva como se explico) y en el segundo no cumple con su deber de realizar lo exigido. En ambos vemos que el individuo para ser responsable debe haberse extralimitado de su esfera de reserva, la cual se encuentra delimitada por ambos deberes: *nohacer* y *hacer*. Los deberes de *nohacer*, desde una perspectiva activa de la conducta, consisten en una abstención, mientras que en los deberes de *hacer* la respuesta es clara, se requiere por parte del individuo una determinada intervención. Por esta razón, si se analiza con más detenimiento, la forma de exteriorización que se elige para ejecutar la conducta violatoria resulta ser irrelevante. Esto se debe a que el foco se encuentra sobre el deber omitido, lo cual consiste en discriminar si corresponde un *nohacer* o por el contrario, a un *hacer*.

La forma de exteriorización solo interesa en el caso de que no exista ilicitud o se actúe adecuadamente ya que por la estructura propia de cada deber, la única forma de cumplir la norma prohibitiva es a través de una omisión, mientras que en el caso de que se quiera cumplir con un mandato la única forma viable será la acción.

Tal como se habrán dado cuenta, el termino que hemos empleado de forma reiterativa es *deber*, y por lo tanto, si nos referimos a ello, entonces hablamos de una exigencia que nos impone el orden normativo. De manera que, sin lugar a dudas debemos efectivizarlo adecuando nuestra conducta a ellos, caso contrario, seremos responsables por no habernos adecuado a los mismos. Siempre teniendo como marco interpretativo el principio *ultra posse nemo obligatur*.

De este modo se ve que el concepto de *Garante* que muchos autores citan como requisito fundamental, se puede encontrar tanto en el obrar comisivo, como así también en el obrar omisivo.

En el primero nos encontramos con la posición de garante debido a que existe la carga de abstenerse de realizar lo prohibido, ¿cómo se transgrede esto?, claramente sería realizando lo que el tipo describe y contrariando el contenido de la norma prohibitiva, lo cual conlleva la necesaria realización de un peligro o una lesión dependiendo de la naturaleza típica del delito.

Se debe tener siempre presente que el peligro es el presupuesto básico sobre el cual se estructura un resultado, por lo tanto a partir del inicio de la ejecución de una conducta anti normativa, ineludiblemente se está frente a una probabilidad de concreción de un peligro ilícito para un interés jurídicamente tutelado, es decir, si el derecho no fomenta la realización de una conducta es porque quiere resguardar el interés que justificó la formulación de dicha norma.

En síntesis, se quiere proteger al bien jurídico normativamente tutelado de determinadas conductas que considera, que como mínimo, las ponen en riesgo. De este modo se efectivizan los principios *nulla lex sine necessitate* y *nulla necessitas sine injuria*.

El delito de lesión consiste en la modificación sensible del mundo exterior, la cual es consecuencia de la concreción del peligro generado por ella en la medida de que le sea imputable.

Continuando, se puede afirmar que somos garantes de que nuestra conducta no afectará a los bienes jurídicos y lo evitaremos siempre que nos sea posible. Se hace clara la fuerte justificación deontológica, pero siempre partiendo desde la base material de la realización de una conducta jurídicamente prevista por una norma prohibitiva y sobre la cual tenemos el dominio causal de la acción.

En el segundo supuesto, la posición de garante se da en razón de que debemos impedir, por medio de nuestro actuar, que los bienes jurídicos se vean afectados, lo cual explica porque las normas preceptivas se formulan como mandatos haciendo que el tipo describa conductas de forma directa que se exigen realizar. En este análisis si el sujeto no resguarda al bien de cualquier perturbación, tanto propias como ajenas, de forma activa, mediante un hacer, será responsable por no haber ajustado su conducta al mandato el cual tutelaba un interés jurídico. El ordenamiento no nos ordena que nos abstenamos sino que intervengamos en beneficio material del bien.

Se podría decir que en el primer supuesto actuamos como entes que obvian crear peligros normativamente desaprobados, mientras que en el segundo caso actuamos como barreras defensivas encargadas de repeler cualquier peligro. Evitar crear peligros o su efectiva concreción en una lesión (delitos comisivos de peligro y resultado) y repeler peligros (delitos omisivos).

En resumen se puede afirmar que en los delitos de comisión somos garantes de que nuestro proceder no se desenvolverá en contra de la norma prohibitiva, ajustándose al deber que esta contiene y consecuentemente, nos comprometemos a no poner en riesgo a los bienes jurídicos. Mientras que en los delitos de Omisión, nos comprometemos a que nuestro proceder se desarrollará de forma tal que evitara que el bien jurídico sea perturbado, de esta forma ajustaremos nuestra conducta a la norma.

Lo importante para atribuir un comportamiento es analizar si se violó una norma prohibitiva, que manda proteger de forma pasiva; abstención reglada por un deber de no hacer, o una norma preceptiva, que manda proteger de forma activa; intervención descrita por un deber de hacer. Se hace evidente que las formas de desenvolver nuestra conducta ya sean acciones u omisiones, en el análisis de la imputación de la acción pasan a un segundo plano.

Por otro lado, se comprende el hecho de que los casos de delitos de comisión existan comportamientos que no son adecuados a normas prohibitiva, pero el grave problema está en creer que en los supuestos de violación activa (acción) no existe ningún tipo de reproche por haber violado una posición de garante, sino que simplemente concurre la atribución de un resultado, mientras que en los casos de violación pasiva (inactividad u omisión) existe una verdadera reprochabilidad o imputación jurídica de una conducta, ya que el sujeto es responsable por encontrarse en una situación jurídica particular. Entonces siguiendo esta lógica se puede decir que el concepto de acción, dentro de los delitos de comisión, es totalmente absoluto, volviendo a la libertad totalmente irrestricta, por carecer de exigibilidad en la observación del proceder del sujeto, mientras que el concepto de inacción restringe la libertad de forma especial, debido a que exige del sujeto una especial observancia en la realización de su conducta. En síntesis, en la acción solo se da un análisis causa - efecto anti normativo, mientras que en la omisión se analiza la relación existente entre lo que debe ser frente a los efectos anti normativos.

Entonces, ¿no estaríamos hablando de dos conceptos totalmente distintos de libertad?; el cual en el primer caso, es totalmente absoluto (libre albedrío) convirtiendo a la responsabilidad, presupuesto básico para la aplicación de una sanción, en un elemento carente totalmente de sentido disvalioso, funcionando más bien con un razonamiento de acción y reacción o de atribución puramente fáctica, es decir, al sujeto se le impone una pena (lo cual de por sí requiere implícitamente un razonamiento axiológico, por considerarse el actuar disvalioso) por el simple hecho de que su actuar es la causa de un efecto ilícito, ya sea la exposición a un riesgo de un bien jurídico o la realización de un resultado. Se sanciona simplemente lo que se hizo.

Por el otro lado, nos encontramos con un concepto totalmente distinto, en el cual la libertad se encuentra restringida debido a un deber de actuar especialmente exigible a un determinado sujeto (libertad negativa), el cual será responsable por no haberse conducido como se pretendía, volviéndolo responsable por infringir esta expectativa, lo cual justifica la aplicación de la pena. Se sanciona por lo que debería haber hecho.

Esta lógica es totalmente inaceptable. Por esto cualquier ejecución ilícita constituye la violación a un deber de protección. Por empezar el concepto de libertad tal como desarrollamos previamente, es único y se construye sobre las bases del principio de reserva y legalidad, interpretándolos desde la óptica del status jurídico negativo del individuo frente al poder estatal. En consecuencia, si un sujeto es libre, es porque se desenvuelve dentro de su esfera inviolable de conducta normativamente determinada, y, lógicamente, se considerará que el sujeto actúa tal como se espera que lo haga, (realizándose satisfactoriamente la función de prevención general que posee la pena) mientras que en el caso de que el individuo se exceda de su área absoluta de desenvolvimiento, entonces deberá ser responsable de los efectos que provoque, ya que necesariamente son riesgosos o lesivos para la convivencia institucionalmente ordenada, por lo que se le impondrá una pena con la finalidad de que comprenda que no puede excederse de su esfera inviolable de conducta (siendo comprensivos de la función de prevención especial de la pena).

De este modo, tanto el hacer factico, como la inacción fáctica, deben ineludiblemente, para ser considerados como presupuestos básicos para la estructuración de un determinado delito, haber excedido el ámbito de reserva, el cual se encuentra claramente delimitado por la formulación de normas prohibitivas y

prescriptivas. Consecuentemente, se vuelve evidente que los delitos de comisión, al consistir en conductas que no son adecuadas a las normas prohibitivas, claramente manifiestan estar exentas del ámbito de libertad reservada a los individuos, por lo que son reprochables por violar la expectativa que tiene el orden de que nos conduzcamos dentro de lo normativamente permitido y nos abstengamos de realizar aquello normativamente prohibido.

Si un proceder, activo o pasivo, se considera delictivamente comisivo es por realizar normas prohibitivas y violar la expectativa que estas traen implícitamente. Si existe la formula No Matar, es porque se espera que nos abstengamos de realizar dicha conducta; ya sea no realizando como así también interrumpiendo al ejecución tendiente a una consumación de lo descripto como una consecuencia personalmente atribuible; por ser rechazada socialmente, por lo tanto, al consistir en una expectativa, se fomenta la evitación siempre que sea posible.

En síntesis, la división entre acción y omisión comisivas es puramente pragmática; si se pretende buscar su justificación ambas parten de la misma premisa: Evitar excederse del ámbito de reserva. Y se usa el término “evitar” para resaltar su función deontológica ya que como se sabe, el derecho penal es un saber jurídico perteneciente al mundo del Deber Ser por su especial función atribuida por el orden institucional, la cual ineludiblemente debe proyectarse para poder justificar la existencia del saber jurídico penal: El mantenimiento de la convivencia pacífica.

Para terminar, citamos las fuentes mencionadas que hacen a la posición de garante que Núñez presenta en su obra:⁷⁴

- ✓ *En la ley que impone una obligación de cuidado como son las emergentes de la patria potestad, de la tutela y curatela.*
- ✓ *En una obligación de cuidado especialmente asumida, como la que liga a la nodriza, al enfermero o al alpinista contratado.*
- ✓ *En la creación por el agente del peligro para el bien, que se concretó en su daño. El que inadvertidamente encerró a otro, debe resguardar su libertad, y si no lo hace intencionalmente al darse cuenta de ello, incurre en privación de la libertad personal.*

⁷⁴NUÑEZ, Ricardo, Manual de Derecho Penal. Parte General, 4a ed., Ed. Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, 1999, pg 134.

Evidentemente el supuesto que mas responde al razonamiento expuesto es el tercero; la creación por el agente del peligro para el bien, que se concretó en su daño. Durante todo el último desarrollo se ha aclarado que la creación del peligro para el bien, es resultado de la ejecución de conductas que exceden al ámbito de reserva, así vemos que este supuesto también requiere de la base normativa para dar seguridad jurídica a los individuos que desenvuelven sus comportamientos en la sociedad. La simple realización de un riesgo o un resultado no determina el carácter delictivo del comportamiento, sino que es su contradicción con la norma prohibitiva y la no realización del deber de abstención que la misma contiene en los supuestos de delitos comisivos.

Por último, los principios sobre los que reposa el deber de garante en este supuesto son: Principio de Legalidad e Imperio de la Ley, Principio de Reserva, Principio de Necesidad y Dañosidad (*nulla lex poenalis sine necessitate* y *nulla necessitas sine injuria*) y el principio *Ultra posse nemo obligatur*. En base a todas estas reglas podemos afirmar que el deber de garante emana principalmente de la ejecución de una conducta prevista por una norma prohibitiva, la cual es considerada riesgosa sustancialmente, por lo que debe ser omitida siempre que sea posible, lo cual vuelve a la prestación exigible.

El concepto negativo de acción (Roxin, 1997)

Conceptos extraídos sobre el concepto negativo de acción:⁷⁵

Kahrs: "Al autor se le imputa un resultado si no lo ha evitado aunque podía evitarlo y el Derecho se lo exigía". Imputación del tipo.

Herzberg utiliza por primera vez el principio como base del concepto de acción que denomina "negativo" y que abarca por igual la comisión y la omisión: "La acción del Derecho penal es el no evitar evitable en posición de garante".

Jackobs ", renunciando a la posición de garante, define: "conducta —formulándolo para los delitos de resultado— es provocación evitable del resultado", "evitabilidad individual"

Behrendt ha emprendido el intento, de grandes pretensiones, de apoyar y corregir el concepto negativo de acción, al que Herzberg llega por consideraciones puramente dogmáticas, mediante un modelo psicoanalítico e impulso lógico de acción como

⁷⁵Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 247.

"contra conducción omitida"; para él, la omisión (y con ello también la acción, que se presenta como omisión) es "no evitación evitable de la situación típica".

Que con este concepto negativo de acción realmente se haya conseguido un elemento básico común, parece sumamente dudoso, aún prescindiendo del hecho de que Herzberg renuncia de antemano a la cualidad de acción en algunos delitos de omisión. En efecto, en los delitos activos de resultado el "evitar" sólo puede significar "no provocar el resultado", con lo que "no evitar" será "no provocar" el resultado. Esa doble negación tiene lógicamente el sentido de afirmación, o sea, que en palabras claras significa: provocar el resultado.

Pero esa "provocación" está desde siempre tan separada de la "no interrupción del resultado", en cuya forma se presenta la no evitación en los delitos omisivos, como el hacer y el dejar de hacer; es decir, que afirmación y negación no encajan en el mismo supra concepto de negación porque lingüísticamente también se pueda expresar la afirmación como doble negación. Es cierto que el concepto de Behrendt de "contra conducción omitida" está vinculado a realidades psíquicas que se pueden comprobar por igual en la comisión y la omisión; pero con ello sucede como con la "voluntariedad" en el concepto natural de acción, pues si una persona no conoce un mandato penal de acción (p.ej. un deber de entrega o de aviso), no es posible encontrar un substrato psíquico en la omisión, por lo que el carácter común del supra concepto no parece fundable ni lógica ni psicológicamente.

Este razonamiento no es del todo cierto. Al momento de analizar una conducta delictiva se requieren tres elementos: Norma (Prohibición o Imperativa), el efecto o resultado que justifica la aplicación de la norma (Lesión o Peligro) y el Modo de exteriorización de la conducta contraria a lo requerido por la norma y generadora del resultado.

Estos tres elementos se interrelacionan pero el estudio de cada uno es totalmente autónomo uno del otro.

La norma es una formula abstracta que al ser justificada en razón a una determinada necesidad social, describe qué conductas y resultados son reprochados. Si la norma es prohibitiva entonces se entiende que el sujeto debe abstenerse de realizar el resultado, mientras que si la norma es imperativa, se requiere que el individuo intervenga. Dicha

abstención o intervención no es una simple distinción, la importancia de ello permite diferenciar además la responsabilidad del sujeto. Un individuo que viola una norma imperativa, necesariamente exige como requisito esencial, que al momento de exteriorizar su conducta, se encuentre en posición de garante, es decir, que adecue su actuar a la intervención idónea para realizar el resultado de que justifica la norma e impida el efecto que la misma puede tener lugar en caso de no intervenir. En el caso de que se analice una norma prohibitiva, se exige que el individuo se abstenga, por lo que al inicio de su actuar el modo de desplegar su conducta no consiste en una intervención, en otras palabras, su conducta no está pre-determinada ni existe una exigencia de actuar de un determinado modo, sino que simplemente se pide actuar obviando el resultado que el tipo de forma expresa prescribe. Si el sujeto en este último supuesto no se inhibe, es decir realiza el efecto que la norma busca impedir, entonces será responsable por la contravención a una norma prohibitiva. El individuo así en un supuesto será responsable por no haber intervenido y en el otro lo será por no haberse abstenido. Este es el contenido del deber que constituye la responsabilidad del sujeto. El concepto de evitar el acaecimiento del resultado es muy amplio, por lo que se considera que es preferible hablar de violación del deber de intervención o abstención, para o por querer evitar el resultado, respectivamente.

Ahora bien continuando con el análisis, el segundo elemento a tener en cuenta, como se mencionó, es el resultado material socialmente rechazado que justifica la existencia de la norma prohibitiva o imperativa. En sí, este elemento solo puede darse en dos formas: Lesión y Peligro. Cada una de ellas manifiesta y cumple con el principio de necesidad y lesividad que cada formula típica debe cumplir para considerarse válidamente constituida. Como se dijo, cada tipo al responder a una norma Prohibitiva o Imperativa, necesariamente se encuentran ligadas a alguna de las especies mencionadas. Si el deber consiste en intervenir, será *para* evitar un resultado que consistirá tanto una lesión o una exposición a un peligro. Si el deber consiste en abstenerse, será *por* el riesgo de que la conducta pueda generar un resultado, el mismo, una vez más podrá ser de lesión o peligro. Para esto citamos dos artículos del codificado.

Artículo 108: Sera reprimido con multa de setecientos cincuenta pesos a doce mil quinientos pesos, el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o invalida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle

el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad

Como se ve en este artículo, claramente la norma que fundamenta al tipo es imperativa y el resultado que la justifica es de peligro.

Se dice que la norma es imperativa porque el individuo desde el inicio de la ejecución debe emplear su conducta como un medio que interviene o modifica la realidad *para* evitar un resultado. En cuanto al resultado, afirmamos que es de peligro debido a que el autor, al no intervenir, contribuye con el prolongamiento del riesgo al que se ve expuesta la víctima.

Artículo 106: El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años. La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

En este caso como se sabe existen varias formas de consumación del delito

El primer supuesto responde a una norma prohibitiva, la cual manda a abstenerse de exponer en peligro la vida o la salud de otro. Claramente en este supuesto el resultado, que cumple con el principio de necesidad y lesividad, es de peligro, porque el efecto del comportamiento no importa una perturbación material que disminuya la integridad del bien jurídico, sino que con la simple exposición a la posibilidad de acaecimiento del efecto anteriormente mencionado, se consuma el delito. Es decir, el tipo consiste en una norma prohibitiva, que manda a abstenerse porque se busca evitar la creación de un peligro sobre la vida o la salud de otro.

Pero el supuesto que tal vez sea más complejo de analizar sea el siguiente:

...abandonar a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el autor mismo haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

Si se tuviese que analizar este supuesto, se diría que la norma violada es imperativa y consistiría en un resultado de peligro concreto. En este supuesto el individuo debe intervenir para mantener la seguridad de un determinado tercero. Así, el individuo desde el inicio de su comportamiento debe realizar todo lo posible para evitar que la integridad del mismo corra riesgo. Por otro lado, en el caso de que el autor sea el mismo que haya provocado la incapacitación, claramente desde un principio del despliegue del comportamiento se exige que se intervenga para evitar exponer a un sujeto a una situación riesgosa en la cual no tenga posibilidad de ser asistido. En consecuencia, en esta situación, el deber de intervención para evitar este determinado resultado debe concurrir además con la violación de una norma que mande abstenerse de lesionar, por ejemplo, como lo prescribe el artículo 141 o el 142 inc. 5.

Con estos ejemplos lo que se pretende demostrar es que el sujeto, al momento de formar su voluntad debe atender de forma individual a cada uno de los elementos, tanto a la norma que puede ser violada como el resultado socialmente rechazado que puede provocarse. Si nos remitimos al análisis neuro - cognitivo realizado en la primera parte del informe, veremos que la conducta no es un todo concreto e indivisible, sino que por el contrario es sumamente complejo, por lo que el hecho de describir del modo más claro posible si el sujeto debe intervenir o abstenerse, para o por evitar una lesión o un peligro es de prioritaria importancia para contribuir con el refuerzo de su faz regulatoria y así lograr mayor efectividad de la norma. El individuo debe conocer el sentido de cada elemento de su acción para poder comprender su significado.

Por último, continuando con el examen de los elementos que hacen al análisis del comportamiento delictivo, se verá el modo de exteriorización de la voluntad.

El modo de exteriorización o las formas de la acción, como el mismo nombre lo expresa, son los medios por los cuales se atribuyen la violación de una norma y la realización de un resultado a un sujeto determinado. Por lo tanto al ser formas o medios, estas no poseen cualidades propias, sino que su caracterización es dada por la norma y el resultado típico. Estas solo pueden consistir en dos posibilidades de actuación, lo cual responde a su naturaleza ontológica: Comisión (acción o hacer) u Omisión (inacción o no hacer). Estas formas contrarias a las normas y generadoras de resultados pueden darse tanto en normas prohibitivas como así también en normas imperativas. Como se dijo, si cada una consiste en una abstención o una intervención, respectivamente, el

medio para violarlas materialmente serán tanto una conducta comisiva como una omisiva. Para clarificar la idea que se intenta expresar se analizará el siguiente artículo.

Artículo 142: se aplicara prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

5. Si la privación de la libertad durare más de un mes

Si bien este artículo consiste en la violación de una norma prohibitiva y la concreción de un resultado lesivo, el medio que puede elegir el autor para su realización puede ser tanto una acción, encerrando a la víctima en un cuarto sin posibilidad de salir, o conociendo el hecho de que se encuentre encerrada, decida mantener dicha situación. Así el sujeto viola la abstención de privar ilegítimamente de la libertad a otro a través de su acción como así también de su inacción.

Ahora bien si se tuviere que analizar el modo de violar una norma imperativa podríamos optar de nuevo por cualquiera de las dos formas, siempre y cuando esto sea posible. Un ejemplo de esto sería que un individuo incapacitare a otro a quien debía mantener o cuidar, por ejemplo un hijo, y a su vez lo confinare a pasar un mes sin comida en un recinto sin posibilidad de escapar, asegurándose de realizar todo lo posible para evitar que alguien tome contacto con la situación. Como se ve, se configuran tres figuras típicas; la del 106, 107 y a su vez la del 142 inc. 5. El modo elegido es complejo ya que a través de una comisión (acción) se violó el deber de abstención de privar de la libertad a otro y a su vez se contraviene el deber de intervención, al actuar para exponer a un peligro a quien se debía proteger. Es decir, formó su comportamiento para intervenir de forma inadecuada a lo prescripto por el tipo y a su posición de garante. A esto se agrega que en una instancia posterior al no brindar la protección debida, a través de su conducta activa, viola el deber imperativo de asistencia que prescribe el 106. El artículo 106 al decir que “y a la que deba mantener o cuidar” se hace evidente que se viola el deber de intervención para mantener, al colocar al sujeto en una situación en la que no pueda valerse. Así, el modo de violar la intervención que manda la norma imperativa sería a través de una acción (comisión). El individuo interviene pero de forma violatoria, ya que es él quien provoca el resultado que en un principio debía evitar a través de su intervención. En ningún momento se habla de la existencia de un deber de abstención en este fragmento, por lo que es una

prueba de la posibilidad de violar normas imperativas a través de una acción. Además a esto se agrega el hecho de que la víctima tenga un vínculo con el autor.

La abstención se funda sobre la idea de pedir que un sujeto obvie realizar ciertas conductas porque se quiere evitar un determinado resultado que provoque efectos negativos.

Por otro lado, la intervención se manifiesta a través de la demanda jurídica de comportarse para realizar un resultado que evite la concreción de efectos negativos. Mientras que la abstención exige la existencia de un sujeto pasivo, en la intervención se busca un sujeto activo. En el primero, el individuo debe actuar hasta el límite impuesto, por buscarse la evitación de lesiones o exposiciones a peligros de bienes jurídicos, mientras que en el segundo caso, se debe actuar por el límite impuesto para evitar lesiones o exposiciones a peligros de bienes jurídicos.

Por todo esto no se deben confundir los elementos abstractos que describen el hecho delictivo (norma y resultado), con el elemento que posibilita su concreción en la realidad (modo de exteriorización). Los primeros al ser abstractos pertenecen al tipo, mientras que el tercero, al ser un modo de exteriorización, pertenece al mundo del ser, consistiendo en la posibilidad de realización de lo abstracto en la realidad misma. Además, estos modos, al depender del contenido de los elementos abstractos, solo serán idóneos para realizar el delito, si logran violar lo prescripto por ellos. Si el tipo dice: “El que matare a otro”, la norma será prohibitiva, manda una abstención de actuar siempre que se haya aceptado la posibilidad de quitar la vida a otro, el resultado al ser de lesión claramente se busca evitar perjudicar la integridad del bien jurídico, pero el modo de concretar dicha abstracción quedara librada al sujeto, por lo que responderá ya sea por acción o inacción. Esta acción o inacción, al no estar determinada de forma manifiesta en la letra del artículo, claramente se permite optar por cualquier modo, ya que lo que realmente importa es que dicha conducta viole la norma y realice el resultado.

Lo mismo ocurre en los casos de violación de normas imperativas:

ARTICULO 147. - En la misma pena incurrirá el que, hallándose encargado de la persona de un menor de diez años, no lo presentará a los padres o guardadores que lo solicitaren o no diere razón satisfactoria de su desaparición.

Este supuesto es especial, por lo que se aclara que el general de los supuestos consiste en omisiones propias y por lo tanto el único modo de realizarlas sería a través de una conducta pasiva.

Pero en el delito de no presentación del menor a quienes ejercen la responsabilidad parental están os frente a una omisión impropia o comisiva. En este supuesto si se analizan los elementos nos encontraremos con dos posibles modalidades omisivas:⁷⁶

1. La no presentación: lo cual no basta con la simple actitud pasiva, sino que el sujeto debe haber procedido ocultando o hecho desaparecer al menor objeto del delito. La simple negativa a su entrega configura el tipo. El motivo que moviliza al autor es el propósito de hacer desaparecer, lo cual como si de un efecto en cadena se tratara, deviene la no presentación o la falta de explicaciones satisfactorias. En si la simple no presentación se subsume al tipo precedente el cual consiste en la retención del menor, por esto si se quiere configurar el delito se debe observar que a nivel subjetivo el autor haya sido movilizad con la finalidad de ocultar al menor. Recordemos que en este supuesto los progenitores entregan al niño de forma voluntaria, por lo que cualquier acto realizado en contra de ese consentimiento cae en la figura del artículo 146.

2. No dar razón satisfactoria: Esta modalidad a su vez debe ser considerada desde el hecho positivo que le corresponde realizar al garante.

a. Posibilidad de realizar la conducta debida: el elemento responde a la naturaleza omisiva de no dar las razones. Se refiere al principio interpretativo *ultraposeenemoobligatur*, por esta razón, la exigibilidad se da siempre que el sujeto cuente con la posibilidad de cumplir con el mandato.

En síntesis, el individuo se ve obligado a intervenir para que el menor vuelva a estar con sus progenitores. El resultado corresponde a una lesión realizada como consecuencia de la no presentación debida. Claramente es un delito de Omisión, pero el medio comisivo puede ser tanto una acción como una omisión, ya que tal como se dice, la intervención debida era **para** que retorne a su centro de vida, por lo que la violación (activo) o incumplimiento (pasivo) de la intervención puede darse indistintamente, siempre y cuando no se cumpla con el elemento abstracto de mandato de hacer. Si se lo tuviera que calificar diríamos que es un delito Omisivo de Lesión que se consuma por

⁷⁶D'Alessio, AndresJose, "Codigo Penal. Parte Especial. Comentado y Anotado" 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pg. 333

una acción u omisión, o como lo vinimos desarrollando hasta ahora, es un delito violatorio del deber de intervención que consiste en la provocación del resultado lesivo a través de una acción (ocultando para no presentar) o inacción (no dando razones satisfactorias de la ausencia). Otra variable de realización podría ser combinando ambas, así se nos presentaría una omisión por acción e inacción, suponiendo que el individuo oculta al menor y cuando se le reclama la presentación, la excusa que había preparado resulta ser insuficiente para eximirlo de la responsabilidad como lo había planeado. Por esta razón, una vez descubierta la mentira se logra dar con el menor que había sido ocultado por el sujeto.

Con todo esto se deja claro que el deber de evitar depende tanto de la realización de una abstención o una intervención exigida por la norma prohibitiva o imperativa. Por lo que, si bien en ambos casos se responsabiliza por no evitar un resultado, en realidad se está respondiendo por no haber intervenido para evitar el resultado o por no haberse abstenido de realizar la conducta que realizó el resultado, claramente ambos supuestos son, en su contenido similares, pero en su forma de atribución totalmente distintos. La norma exige intervenir para evitar o abstenerse por evitar, de allí que el modo de exteriorización de la conducta pase a un segundo plano, debido a que la atribución de responsabilidad por un hecho dependerá tanto de la violación de dicha intervención u abstención. La abstracción contenida en la norma y el resultado solo puede materializarse en realidad a través del modo de exteriorización, por lo que puede ser compatible una omisión abstracta con una comisión material, es decir la violación de una norma imperativa a través de una acción. El modo es indiferente ya que lo único que nos debe importar para atribuir un hecho es la violación del mandato de abstención o de intervención, el modo que se utilizó es irrelevante. La formula abstracta da valor y sentido a la materialización, por lo que esta ultima puede tomar cualquier forma siempre y cuando guarde relación y se enmarque dentro de los presupuestos abstracto. La acción por sí misma como fenómeno no posee ningún valor.

Por esto existen:

Delitos de Comisión (violatorios de normas prohibitivas) por Comisión (acción) u Omisión (inacción) de lesión o peligro. Delitos que violan una abstención debida a través de una acción o una inacción. Es garante de abstenerse de actuar por (porque se busca) evitar la realización del resultado. El sujeto se debe evitar únicamente la

concreción de su conducta de acuerdo a lo prescripto por la norma, ya que solamente tiene dominio sobre esta.

Delitos de Omisión (violatorios de normas imperativas) por Comisión (acción) u Omisión (inacción) de lesión o peligro concreto. Delitos que violan una intervención debida a través de una acción (que no se ajuste, es contraria o impide lo debido) o una omisión (manteniéndose inactivo). Se es garante de intervenir para evitar el resultado. El sujeto debe evitar la concreción del resultado, ya sea porque este provenga de su comportamiento o del contexto en el que se encuentra.

Claramente la fuente generadora de la posición de garante es la misma ley, a través de la norma que contiene el tipo, por lo que es correcto sostener que existe una responsabilidad especial, solo aquellos que se deban abstener o intervenir serán responsables. De más está decir que todo el análisis previo sirve de atribución de la conducta a un individuo, por lo que necesariamente estamos ante una concepción típica de la acción, pero no se relaciona con el siguiente estrato que es la antijuridicidad y que además la atribución solo se realizará si es compatible con los diversos principios jurídicos que le dan seguridad jurídica al sistema (principio de legalidad, principio de necesidad, principio de lesividad; auto expuesta en peligro, prohibición de regreso, creación de un peligro, ultra posse nemo obligatur, entre otros).

El individuo cada vez que actúa lo hace por el significado que le atribuye a su conducta. Cada vez que delinque lo hace porque optó por emplear una moral utilitaria en vez de la deontológica. Si esto ocurre es porque fallo su sistema de autorregulación, por lo que el derecho penal debe tener como finalidad reforzar esta faz para que en un futuro no vuelva a optar por la vía utilitaria. El conocimiento acabado de la norma no es necesario como lo expresa Roxin en el siguiente fragmento:⁷⁷

” Es cierto que el concepto de Behrendt de "contra conducción omitida" está vinculado a realidades psíquicas que se pueden comprobar por igual en la comisión y la omisión; pero con ello sucede como con la "voluntariedad" en el concepto natural de acción, pues si una persona no conoce un mandato penal de acción (p.ej. un deber de entrega o de aviso), no es posible encontrar un substrato psíquico en la omisión, por lo

⁷⁷Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 248.

que el carácter común del supraconcepto no parece fundable ni lógica ni psicológicamente.”

En si el conocimiento de la posición de garante esta asimilado en cada individuo y es más, como se dijo, si un sujeto realizó un delito omisivo, es porque al momento de formar su conducta no reconoció su posición de garante, como elemento concurrente propio de la acción, ya que optó por emplear una moral utilitaria, por lo que de otro modo el concepto total de garante o de los delitos omisivos serian imposibles de atribuirlos y carecerían de lógica. Siempre que el hombre actúa, en razón a su “faz social”, emplea la ley que incorporo a través de la experiencia y la autorregulación lograda a través de la educación, porque busca adaptarse al medio, por lo que si se comprueba que el sujeto tiene una respuesta emocional negativa frente a determinados dilemas morales, es porque intuitivamente reconoce su función social, y por ello, sabe que su comportamiento utilitario fue incorrecto. En el examen anterior de los elementos del delito, se buscó demostrar que la ley misma es la creadora de la posición de garante por lo que no importa si el individuo conoce acabadamente la letra del mandato, ya que intuitivamente reconoce su existencia al manifestar una respuesta emocional negativa. Esto es muy importante si se quiere lograr efectividad legal. Como ya se dijo en reiteradas oportunidades al principio de la presente investigación, la ley debe ser vista como un medio de adaptación, como formas de conductas, por lo tanto si “jerarquizamos” las mismas a través del reconocimiento de que algunas generan una “responsabilidad especial” mientras que otras no, el individuo mismo tendera a optar por la salvación del bien mayor en los supuestos donde no se encuentre esta responsabilidad calificada, en vez de optar por la realización del deber.

A muy groso modo se quiere dejar claro que el hecho de que se mate a un tercero o a un hijo genera indistintamente una posición de garante ya que se debe evitar ocasionar la muerte a un semejante, por lo que ambos responderán por una responsabilidad especial, en principio, ya que el segundo supuesto al violarse el vinculo que generaba además un deber de custodia solo agrava la responsabilidad, pero la atribución a ambos es exactamente la misma, ambos son garantes de la vida, las circunstancias concurrentes agravarán o atenuarán la responsabilidad (como en el caso de las circunstancias extraordinarias de atenuación del articulo 80 o como se da en el 81), pero en todos los casos la base de la atribución será la violación de la situación especial de resguardo que debía respetarse mediante una abstención o una intervención. Si logramos que el

individuo se sienta ubicado en una especial posición de resguardo, entonces se aumentarían las chances de que responda deontológicamente ante dilemas morales, debido a que comprenderá que es mucho más probable que sufra alguna sanción que lo excluya de su estatus social. En síntesis, se está en contra de la división que realiza la dogmática debido a que si se realiza entonces pareciere que existen violaciones normativas que son menos graves, afectando en gran medida la aptitud auto regulatoria del individuo.

Teniendo en cuenta esto, el sujeto, si delinque, es porque no se motivó en el deber, en razón a la inexistencia de una respuesta emocional negativa al momento de la ejecución de la acción. Pero si posteriormente se comprueba que la violación a lo debido genera algún tipo de respuesta emocional negativa, entonces será imputable, si esto no se comprueba, será inimputable. La regulación emocional hace al conocimiento del mandato y la respuesta emocional intuitiva lo demuestra. Por otro lado, el modo de desarrollo del hecho da datos muy importantes respecto al significado que se le dio al hecho desplegado. Debemos recordar que hasta la naturaleza del daño demuestra distintos grados de compromiso de la respuesta emocional negativa, la cual mientras más personal sea, mayor será la probabilidad de que se active. Por esto se considera necesaria una reforma de la letra de la ley para que la misma, a través de la vía semántica que nos provee la descripción típica, provoque mayor refuerzo emocional negativo respecto de una determinada acción. Además al dar más datos sobre la descripción de la conducta se reducirán las posibilidades de desconocimiento o ignorancia de la norma, ya que el hecho de conocer el verbo no asegura que se conozca en qué consiste o como se desarrolla el mismo, tal como se vio en la primera parte del informe al analizar el rol que desempeña en el sistema de representación el “*Action Semantics*”.

1. Respecto de la siguiente afirmación:⁷⁸

“Esa proximidad al tipo del concepto negativo de acción hace que sufra también su fuerza expresiva, pues, de acuerdo con él, las acciones positivas o valorativamente neutras no son acciones en absoluto, ya que no tiene el menor sentido caracterizar como “no evitación evitable” la realización de una buena obra o la ingestión de una

⁷⁸Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 249.

comida. El propio Behrendt destaca que el concepto negativo de acción se ocupa, "no del actuar humano en general, sino sólo de manifestaciones de destructividad humana".

Como ya se dijo, todo el análisis realizado hasta ahora hace que la acción dependa del tipo. La voluntad por sí misma es neutral o avalorada, solo a través de la formulación de normas jurídicas las mismas cobran el carácter de disvalioza. Si esto se tuviera que compatibilizar con los descubrimientos actuales, se reafirmaría dicha concepción, ya que como se sabe, el individuo solo busca adaptarse para sobrevivir dentro de un grupo humano, por lo que para mantener su estatus social, reprime aquellas conductas que lo convierten en una amenaza o sean incompatibles con la convivencia social. Por lo que consecuentemente, el hecho que causa el delito no puede estar atado a alguna consideración o conceptualización pre típica. Al derecho penal solo le deben interesar aquellas conductas que sean violatorias de las normas que constituyen su contenido, las cuales por su especial naturaleza punitiva, debe verse restringida a muy pocas conductas, debe ser empleada como ultima ratio, así además se logrará cargar con mayor sentido negativo a la pena, provocando en el individuo una mayor probabilidad de respuesta negativa por motivo de querer evitar dicha sanción.

Por esto la afirmación de que las *“acciones positivas o valorativamente neutras no son acciones en absoluto”* y *“el concepto negativo de acción se ocupa no del actuar humano en general, sino sólo de manifestaciones de destructividad humana”* es correcta. Cada vez que una conducta viola un mandato materialmente realizable de abstención o intervención, necesariamente es destructiva. La creación de una norma responde a la reacción social frente a determinadas lesiones de objetos que deben ser protegidos, por lo que las conductas contenidas en la parte especial del código penal son todas necesariamente destructivas, si esto no fuere así se estaría violando el principio de necesidad y lesividad.

Por otro lado, en cuanto al siguiente extracto:⁷⁹

*“Pero de este modo es casi imposible entender una actuación justificada como acción, pues si p.ej. yo utilizo un coche ajeno para salvar una vida, ésta es una acción típica (del § 248 b) justificada por el § 904 BGB *, pero es chocante y absurdo caracterizar a ese hecho como "no evitación evitable" y como manifestación de*

⁷⁹Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 249.

destrutividad humana. Con ello se ve claramente que este concepto caracteriza la valoración negativa de una acción, pero no la acción misma.”

Lo expresado es en parte cierto. Una acción justificada no es un bloque indisoluble, sino más bien un sistema que hace funcionar cada una de sus partes de forma progresiva y siguiendo una dinámica de subsidiariedad jerárquica. El hecho de que una conducta sea valorada negativamente, como se dice, simplemente quiere decir que la conducta es típica y como tal es materialmente destructiva. Pero el hecho de que dicha conducta destructiva sea justificada, solamente expresa que el efecto producido por la misma será jurídicamente “*perdonada*”. Por lo que caracterizar el hecho como “*no evitación evitable*” es totalmente lógica y necesaria. Esto se debe a que en sí no se caracteriza a la acción de forma total considerándola injusta, sino que simplemente se la caracteriza como una acción violatoria de normas de prohibitivas o imperativas, pero que cuyos efectos podrán ser perdonados o justificados en una etapa ulterior. La conducta justificada primero debe ser anti normativa, y es esta la única característica que pretende la teoría de la acción negativa atribuir al hecho. No se provoca una violación al principio *ultra posse nemo obligatur*, el hecho de que concurra una causa de justificación no quiere decir que el sujeto se vea imposibilitado de evitar la lesión que el mismo realiza contra un bien jurídico ajeno, como es el caso del estado de necesidad. La causa de justificación ***no es un deber***, sino que es un ***permiso*** del cual se dispone y opta por ejercer o no. El deber que constituye una norma prohibitiva o imperativa no es materia disponible por lo que siempre y sin excepción debe ser respetada. Si un sujeto se hace del vehículo de un tercero por la fuerza y sin su consentimiento para salvar la vida a otro, este hecho inevitablemente es anti normativo, ya que violo la abstención prevista en el artículo 164 de la parte especial del código, pero no será antijurídica por considerarse que los efectos que se quisieron conseguir a través del hecho típico se ven comprendidos dentro art 34 inc. 3 de la parte general. La causa de justificación no es un elemento negativo del tipo, sino que es un elemento que elimina la criminalidad del hecho a través de un perdón o un permiso jurídicamente concedido. Si fuera un elemento negativo, la función que cumpliría sería a de fomentar la realización de otro comportamiento.

Por lo tanto la causa de justificación al no constituir un deber, sino un permiso del que se dispone, no resultaría erróneo afirmar que la lesión al bien jurídico pudo ser evitable, ya que este permiso perfectamente pudo haberse obviado. Diferente es el caso

en el que la mal llamada “*causa de justificación*” consista en una colisión de deberes. En este caso si es inevitable la lesión de algún bien jurídico ya que es imposible cumplir con ambos deberes a la vez, por lo que el cumplimiento de alguno no constituirá la omisión de otro, en razón al principio *ultrapossenemoobligatur*, quedando el hecho como atípico.

Una cosa es incumplir con una norma imperativa y otra muy diferente es incumplir con una norma permisiva, tanto la forma como los efectos son totalmente distintos, el primero hace al contenido de la Antinormatividad (tipicidad) mientras que el segundo es materia de estudio de la Antijuricidad. Dicho esto, las causas de justificación son perfectamente compatibles con la concepción negativa de la acción.

2. En cuanto a la siguiente afirmación:⁸⁰

“Ahora bien, de ese modo el concepto de acción tampoco puede servir ya de base a las diferenciaciones sistemáticas a las que debería ofrecer una "columna vertebral" en cuanto elemento de unión. Así se reconoce hoy que la delimitación entre autoría y participación, o entre acto preparatorio y tentativa, debe efectuarse de modo distinto en las comisiones y en las omisiones debido a la diferencia de su sustrato material; pero si se cambia el significado de todos los hechos activos convirtiéndolos en omisiones, la delimitación y en general la dogmática tendrían que seguir de modo uniforme las reglas que rigen los delitos de omisión, lo que conduce a resultados inadmisibles y tampoco lo defienden los partidarios del concepto negativo de acción.”

En este supuesto se entiende que tampoco existirían dificultades si se realiza un correcto y prudente examen de la acción. Como se viene diciendo hasta ahora, de ningún modo se afirma que todas las acciones pasaran a ser omisión. La abstención y la intervención son perfectamente compatibles con la teoría actual, ya que ambas son extraídas de la norma que fundamenta al mismo tipo. Si se quiere saber si un hecho queda en grado de tentativa, fue consumado o si fue exteriorizado, claramente deberemos ver en qué consiste el deber que la norma manda, en lo abstracto, pero principalmente el resultado que se busca evitar. De este modo si el resultado consiste en una lesión, la tentativa se dará desde el momento en que se crea un peligro a través de una la exteriorización idónea para la violación de la abstención o intervención, ya que la

⁸⁰Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 250.

simple manifestación no afirma la idoneidad del hecho para provocar el resultado. En el caso de la abstención, el hecho idóneo que se conduce hacia la concreción del comportamiento que se suponía evitar, hace a la tentativa del mismo. Mientras que en el caso de que se deba imputar un peligro, se deberá ver si el modo desplegado para la violación del deber de abstención o intervención son idóneos para exponer a un peligro concreto al bien jurídico, es decir, si de acuerdo con los elementos que nos provee el hecho concreto se vio que la conducta posiblemente provocaría la exposición al riesgo. Un parámetro para determinarlo sería comprobar la violación de los estándares de seguridad debidos, lo cual se traduce en no haberse abstenido de omitirlos.

Claramente tanto la abstención como la intervención deberán ser analizadas desde el momento anterior a la consumación del resultado, ya que los mismos, al ser la violación de deberes, necesariamente dependen de los hechos que les precedieron. La idoneidad de los hechos que posibilitaron la no abstención o la no intervención hacen a la tentativa del delito. Por lo que se pueden perfectamente imprimir las reglas vigentes que rigen esta problemática a la teoría negativa de la acción.

En cuanto a la problemática de la autoría y participación criminal, más que un obstáculo, puede resultar muy útil para delimitar la responsabilidad de cada uno de los partícipes. Autor será aquel que cuente con el dominio del curso causal del hecho, por lo que será el mismo quien deberá abstenerse o intervenir, ya que es el único que posee la capacidad para interrumpir dicho curso causal. Todos aquellos que concurran a través de aportes que facilitan pero no hacen al control del curso causal principal serán partícipes necesarios o no necesarios. Un partícipe solo realiza aportes al curso causal del hecho, pero de ningún modo podrá impedir el acaecimiento del resultado ya que no posee el dominio sobre el mismo. Por lo único que responderá es por no haberse abstenido de contribuir a un hecho violatorio de una norma, y hasta ese punto llegará su responsabilidad. Ahora bien si su aporte le permite tener control sobre el curso causal entonces responderá como coautor del delito, por tener la posibilidad de evitar el resultado.

3. Por último en cuanto a la siguiente afirmación:⁸¹

⁸¹Roxin Claus, Derecho Penal. Parte General, T. I, 1a ed. Ed. Civitas, Madrid, España, 1997, p. 250.

“El concepto negativo de acción apenas puede cumplir tampoco la función delimitadora. En primer lugar, el contracontrol omitido frente a las tendencias destructivas de la propia psique comienza en la esfera exclusivamente intra anímica, incluso antes de la toma de decisión, y se mueve así en el terreno de la pura cogitatio. Y además, aunque es cierto que los efectos corporales condicionados de modo puramente somático y no dominables por la voluntad son "inevitables", también son "inevitables" los cursos causales imprevisibles, que hay que excluir solamente en el tipo, los errores de prohibición excluyentes de la culpabilidad o los hechos de un enajenado, que sin embargo también son acciones para el concepto negativo de acción. Por tanto, en el concepto negativo de acción no se ha introducido la razón específica de la inevitabilidad que excluye no sólo la imputación jurídicopenal en cualquier peldaño de la valoración, sino precisamente la imputación a la acción.”

Claramente hemos desarrollado en toda la primera parte del trabajo en qué consiste el actuar de un sujeto, y en reiteradas oportunidades hemos dejado claro que el actuar delictivo de un individuo responde a una moral utilitaria, con todo lo que esto implica. Por esto, se es consciente de la dificultad para un individuo de inhibirse frente a determinados estímulos ya que frente a ellos, en el contexto en el que se dió el delito a estudiar, no generó una respuesta emocional regulatoria que favorezca el razonamiento deontológico, pero esto no torna imposible la imputación de un delito a un sujeto.

Por empezar la “evitabilidad” que siempre es mencionada en estos extractos no es cualquiera, sino que es aquella que sea “exigible” en razón a diversos principios jurídicos, como se aclaró más arriba. Por lo que esto hace a la posibilidad jurídica de atribución de la conducta, a lo cual se le suma el análisis subjetivo que conecta al individuo con el hecho. Cuando un sujeto actúa ilícitamente, en el momento no genera ninguna respuesta emocional negativa, pero esto no quiere decir que actuó como un ente, totalmente de forma involuntaria. Para formar la voluntad, el individuo atiende a diversos factores que le permiten otorgarle un significado a su actuar, el cual será el más conveniente para permitir su permanencia en el grupo social. Por esto el dolo no puede consistir solamente en querer realizar un determinado fin, sino que este debe abarcar diversos elementos que concurren en el desarrollo causal y a su vez analizar si la respuesta emocional, determinando si después de haber realizado el hecho, frente a un dilema moral existe una reacción emocional. El dolo consiste solamente en que el individuo optó por realizar una conducta utilitaria, la cual hubiese sido evitable si su

funcionamiento regulatorio hubiese cumplido su función. Pero el sujeto perfectamente es consciente de su actuar ya que al momento de optar por una determinada conducta, debe emplear todos sus conocimientos para significar el hecho, tal como se explico en la primera parte del informe. Además al momento de analizar la culpabilidad, solamente se deberá comprobar si el sujeto posee la capacidad para responder a estímulos con respuestas emocionales negativas, si esto es posible, entonces nos da la pauta de que el individuo tuvo la posibilidad de incorporar la norma pero no lo hizo, lo cual se traduce en la posibilidad de comprender la criminalidad de su actuar. En base a esto se debe entender que la aplicación de la pena debe cumplir la función de reforzar dicha regulación emocional para favorecer el razonamiento deontológico. Si el individuo no posee la capacidad de generar una respuesta emocional, entonces deberemos implementar una medida de seguridad de acuerdo a lo prescripto por el artículo 34 inc 1 del código penal. Es un absurdo pensar que la evitación debe darse desde el momento en el que se debería de haber incorporado la respuesta emocional negativa frente a determinados dilemas morales, sino que lo que se busca es reforzar esto, ya que evidentemente el individuo a través de su actuar demuestra que no ha logrado desarrollar esta capacidad regulatoria del modo que se espera.

Los hombres no son lo que su biología les impone, sino que son eso y mucho más. Si fuera tan solo su funcionamiento biológico entonces sería posible predecir el comportamiento de todo ser humano, y a su vez únicamente actuaríamos de forma instintiva, por lo que nuestras posibilidades de comportamientos se verían reducidas en gran medida, lo cual como se sabe no es cierto porque no contamos con un plan de vida heredado por pertenecer a la especie. El hombre se auto determina en base a su biología, historia, grupo al que pertenece y contexto en el que actúa, pero a su vez no es de ningún modo determinado por estos factores. Hay que entender que el hombre posee una configuración biológica, pero el plan para llevarlo a cabo no le fue dado, sino que depende completamente del sujeto como ejecutar o emplear tales comandos frente a los estímulos a los que permanentemente se ve expuesto, tal como explica Hans Welzel en su obra, al desarrollar la libertad de voluntad. Además la conducta como se vio, no es un bloque indivisible, sino que cada movimiento responde a una finalidad determinada, por lo que siempre está latente la posibilidad de que atienda a la respuesta emocional negativa que inhibe, para poder interrumpir el desarrollo causal de su comportamiento, y es esa la posibilidad sobre la cual debe enfocarse el derecho penal para fomentar la

efectividad de la ley. El individuo es responsable por no atender a la respuesta emocional intuitiva correspondiente a un determinado estímulo en un contexto dado. Se debe reforzar esta regulación a través de la ley y la pena. Si nos enfocamos en que el hombre esta pre determinado, como las corrientes deterministas afirman, entonces el derecho y la sociedad misma es un sin sentido, lo cual no es cierto por todo lo que se ha analizado hasta ahora

El derecho penal se encarga de lo que debe ser, por lo que su función debe ser principalmente preventiva. De nada sirve ahogarnos en realidades que no aportan al cometido de la rama jurídica en cuestión. El derecho penal debe considerarse como una oportunidad para aquellos que hayan violado la norma, de adquirir o reforzar sus aptitudes sociales para sobreponerse a su moral utilitaria la cual provoca su inadaptación social. Si esto no se tiene en cuenta, entonces la pena carecerá de sentido. El derecho penal debe verse como medio para el cambio y para la integración de los individuos al medio social y no como un sistema que responde con una sanción por el simple hecho de que se realizó aquello que se quería evitar. La teoría negativa de la acción busca potenciar y fomentar la prevención, como así también concientizar al individuo de su función o del importante rol que desarrolla en el medio social. Además al basarnos en conceptos fisiológicos no se pretende descubrir la realidad del delito, sino que se busca el modo de evitar dicho fenómeno, ya que este es el objeto del derecho penal.

Jakobs

Con el análisis de la obra *La imputación objetiva en el derecho penal* se tendrá por concluido el desarrollo jurídico realizado hasta ahora.

El riesgo permitido.

El convivir social conlleva la realización de actividades que pueden ser beneficiosas; para su autor o terceros; como así también perjudiciales; para terceros únicamente, lo cual no quiere decir que no existan perjuicios auto infligidos, pero son omitido por carecer de relevancia para ser valorados jurídicamente. Esta dualidad propia del comportamiento humano debe armonizarse de algún modo con el interés común, a fin de poder determinarse cuando una conducta es socialmente riesgosa y cuando dicho perjuicio será permitido por ser necesario.

Todo actuar humano intersubjetivo crea riesgos perjudiciales, tanto potenciales como concretos, pero muchas veces estos al considerarse como necesarios para mantener la vida en comunidad se permite su realización a pesar de su naturaleza. De allí nace el riesgo permitido, es decir, la posibilidad de ejecutar conductas riesgosas por verse permitidas o aceptadas por el interés común que representa la voluntad de la comunidad.

Queda claro de este modo que todo comportamiento riesgoso, al pertenecer al normal desenvolvimiento de la vida en común, se refiere a una cuestión de tipicidad, de acuerdo al análisis jurídico penal útil realizado dentro de la teoría del delito.

Citando al jurista Günther Jakobs⁸²: *“El riesgo permitido no resuelve una colisión de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad -cuyo estado normal es el que interesa aquí- no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción.”*

Entonces, para saber si hay un delito, primero hay que analizar si es una conducta que pertenece a lo normal por verse incluido dentro del *contexto de interacción* que la sociedad acepta, y en caso de no pertenecer a lo adecuado se valorará si se lo puede justificar debido a que, como consecuencia de las circunstancias en que se desarrolla, se lo considera como socialmente adecuado pero ya no en respuesta de una pretensión de preservar el desarrollo de la convivencia en un contexto normal de interacción, sino que será por una cuestión utilitaria de salvaguarda de bienes.

El análisis valorativo de una conducta no depende del derecho, esto es puro y exclusivo del contexto social, la función del derecho es únicamente en términos de determinar lo que se va a considerar, es decir, la función es de enmarcar la valoración social previamente realizada

Por consiguiente, la adecuación social no es algo que pueda ser medible mediante fórmulas objetivas ni tampoco algo que pueda ser logrado a través de una lógica puramente utilitaria o en términos de conveniencia, esto debe ser legitimado por la tradición propia que es adquirida en base a la evolución y desarrollo que cada sociedad lleva a cabo. El proceso de valoración debe ser iniciado a partir de la determinación de

⁸²GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 45

la identidad de un ámbito parcial de la sociedad y debe respetar los estereotipos de comportamiento que la misma impone.

“Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada.

Ha de llegarse a la conclusión de que lo socialmente adecuado, especialmente también cuando aparece en forma de la permisión de un riesgo, no queda legitimado por la referencia al Derecho, sino que se legitima de manera histórica, es decir, por su propia evolución. El Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila. Esto, como veremos, tiene lugar en parte incluso a través de normas jurídicas; el Derecho, sin embargo, no desempeña más que esta función auxiliar.”⁸³

La permisión entonces depende de parámetros que exceden lo jurídico y se sustenta en lo tradicionalmente considerado como beneficioso para la comunidad, legitimando así el esfuerzo de tolerar aquello que es propiamente perjudicial. Lo beneficioso al ser sustentado durante el transcurso del tiempo se convierte en una pauta de conducta, constituyendo así un estándar de comportamiento.

Exclusión de la tipicidad, y no justificación

Cuando se habla de riesgos permitidos nos referimos a aquellas conductas que son socialmente normales, por lo que no configuran de ningún modo conductas típicas. Cuando uno actúa de forma socialmente adecuada se entiende que la conducta en sí misma es tolerada debido a que los riesgos que genera su ejecución son socialmente aceptados, distinto el caso de las conductas justificadas, donde la conducta es socialmente inadecuada, pero debido a las circunstancias en las que se desarrollan, ven revertida dicha calidad.

Es decir, como se puede apreciar en los delitos imprudentes, solo las conductas que infrinjan deberes de cuidado serán las únicas relevantes para que se las consideren en términos jurídicos y penales. Claramente las circunstancias en las que se da no conforman el contenido fundante de su punibilidad, sino que la calidad del riesgo generado por se, determina la punibilidad o no de una conducta. Dicho riesgo, debido a

⁸³GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 47

su regulación normativa, en sentido amplio, o social y su necesario correlato con la configuración de tipos penales, fundara la tipicidad misma de la conducta siendo irrelevante a los fines del análisis de su antijuridicidad. La expectativa de evitación de efectos causales se forma únicamente sobre aquellas conductas que violen deberes de cuidado debidos, previstos normativamente.

Tal como menciona Jakobs en su obra⁸⁴, fue precisamente en el campo del delito imprudente donde se hizo evidente dicha afirmación, debido a que el límite entre un comportamiento cuidadoso y uno descuidado muchas veces suele ser más oscuro que en los supuestos donde se incurre dolosamente. El delito doloso en razón de su naturaleza, en la mayoría de los casos suele ser tan descuidado que pierde lógica, por tornarse innecesaria, la realización de disquisiciones de esta índole.

Por esto se sostiene que la cualidad típica de un comportamiento depende del riesgo generado y no de las circunstancias en las cuales se desenvuelve.

Haciendo un paréntesis para hacer un correlato con lo expuesto anteriormente, se sostiene que de los elementos que conforman este tipo de conductas, probablemente los medios desplegados, siguiendo una lógica “welzeliana”, sean los más relevantes para determinar la punibilidad del riesgo generado. Este elemento es un instrumento idóneo para lograr un certero análisis de la calidad de un riesgo; conforme avance la presente investigación esta hipótesis se investigara con mayor profundidad.

Volviendo con el análisis de la obra del jurista, se entiende que lo permitido o socialmente adecuado es tolerado de modo general, es decir, sin circunscribirse a determinados aspectos o depender del contexto o circunstancias en las que se desarrolla. De modo más simple, las conductas socialmente adecuadas serán neutras o atípicas.

Si se quiere conocer cuando un riesgo es permitido, Jakobs sugiere comenzar con una determinación negativa, lo cual es concordante con el principio constitucional de reserva. Así expresa que, *“deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio*

⁸⁴ GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 49

*derecho definió como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa”.*⁸⁵

Esta afirmación pone de manifiesto una clara concepción formal del delito la cual, como fue explicado al comienzo de la segunda parte de la obra, es a la cual se adhiere en los términos del presente trabajo.

Continuando, aclara que a través de la prohibición de la puesta en peligro, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, pasando a constituir una perturbación de la vida social. Evidentemente la simple realización del comportamiento que se configure en los términos expuestos será prohibido sin que sea relevante el resultado que produzca, afirmando la concepción formal del delito.

Ahora bien, como los riesgos para ser punibles deben responder a una inadecuación social, se vuelve una problemática su conceptualización. Existen al menos dos modos de considerar los riesgos de una conducta; a través de la regulación que realiza el propio Estado (administrativa o jurídica) y otro modo será a través los estándares de seguridad logrados por las exigencias o particularidades propias de la actividad (*lex artis*). En el último supuesto, al no existir regulación de ningún tipo, lo relevante será actuar con la prudencia que requiere la actividad.

Otro supuesto, que simplemente será mencionado, es la “*diligentia quam in suis*” o “*diligencia en asuntos propios*”, supuestos referentes al ámbito civil donde se admiten como prudentes o al límite de la misma, distintos comportamientos. Esto se da en roles donde existe una impronta individual más o menos inevitable y deseada, o en aquellos en los cuales se ha aceptado esa impronta individual. El efecto que produce es hacer que el derecho admita como adecuado a la diligencia y por consiguiente, permitidas, ciertas desviaciones que a pesar de estar por debajo del estándar de seguridad de una persona cuidadosa, no poseen la entidad de *culpa lata*.

Los dos primeros supuestos son claros, pero este último, al brindar una manera individualizada de determinar el cuidado debido resulta de importancia por dos razones, tal como se manifiesta en la obra citada:

⁸⁵ GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 51

Primero, al ser un instituto perteneciente al derecho civil, es la expresión más acertada de la vida social y de cómo al individuo se le permite adecuarse a ella.

Segundo, en razón a una interpretación coherente del ordenamiento jurídico, resultaría reprochable pretender intervenir penalmente cuando la víctima no puede siquiera exigir una reparación civil del daño.

En simples palabras, el rol por el cual un individuo responderá depende tanto de consideraciones generales; como lo son las regulaciones o estándares de conductas que surgen de la propia actividad; como así también de consideraciones individuales; referentes principalmente al propio modo de desenvolverse regularmente que tiene cada individuo. Con esto la fuente de la cual surgen los roles se ve mucho más concreta y disminuye significativamente la inseguridad jurídica que generalmente se le critica al instituto en cuestión.

Compensaciones

Siguiendo con el análisis de la obra del jurista alemán, toca ahora tratar el fenómeno de la *compensación*. Como se dijo hasta ahora, toda conducta debe tender a la realización de lo permitido para evitar ser objeto de reproche jurídico penal. Por lo tanto se podría decir que los *estándares de seguridad* dependiendo de su naturaleza podrán ser compensados o no.

La compensación a la que se hace referencia consiste en la realización de conductas que de algún modo disminuyan los efectos que podrían concretarse por la realización de un riesgo socialmente inadecuado, por consiguiente, configurarían permisos para un actuar riesgoso. Dicho esto queda claro que aquellos *estándares de seguridad* regulados jurídicamente, al regular peligros abstractos, la única permisión posible sería la no realización de la conducta a la que hace mención la norma, debido a que la ejecución de la misma importa la realización del peligro, ya que tal como se dijo, el fundamento de la punición descansa en la realización de la conducta típica mas allá de los resultados que puedan producirse, por lo tanto a partir de la exteriorización la misma ya será punible, por lo que cualquier conducta que pretenda disminuir el riesgo propio de la conducta prohibida será irrelevante porque la conducta misma es el riesgo no permitido. Si una conducta se encuentra positivizada es porque la misma debe ser evitada. Contrario es el supuesto en el que una conducta no se encuentra prevista jurídicamente, cuyo caso

estará permitido la realización de cualquier conducta de cualquier modo siempre y cuando se cumpla con el estándar. Si se renuncia a la regulación jurídica es porque precisamente se permite la existencia de variantes, lo cual es concordante con diversos principios constitucionales.

Hasta ahora hemos visto que la consideración respecto a si una conducta es socialmente adecuada o no depende del tipo de riesgo que genere. Los mismos pueden encontrarse regulados jurídicamente o no, como ocurre en los casos del *lex artis* o en el ámbito civil con el principio *diligentia quam in suis*. Además, lo socialmente adecuado no es necesariamente referente a conductas que deben ser evitadas por estar prohibidas, sino que también existen permisos donde se puede actuar bajo ciertas *condicionesideales*. Por último, haciendo referencia a las compensaciones, las mismas como se vio solo pueden tener lugar en los casos donde se omitió regular ya que solo en estos supuestos se permite actuar alcanzar los *estándares de seguridad* exigidos a través de distintas vías o modos.

A pesar de todo esto, aún no se ha hablado del método utilizado para lograr identificar la existencia de aquello socialmente adecuado por lo que se procederá a su análisis.

El modo de decidir o quien decide cuando un comportamiento responde a un determinado tipo, o fue realizado bajo las *condicionesideales* mencionadas, no puede basarse en la afirmación de que debe ser de acuerdo al juicio de una persona cuidadosa, ya que si esto es así, también se deberá determinar cómo está constituido física y psíquicamente este hombre cuidadoso, cuáles son sus facultades, aptitudes o habilidades, lo cual torna dificultosa la tarea, más aún en razón cuando la administración de estas reglas se encuentran descentralizadas, se vuelve imposible saber esto con exactitud para un individuo cualquiera encargado de la mencionada administración, ya que lógicamente cada uno de ellos cuenta con aptitudes particulares y experiencias únicas. Además por la naturaleza social de la valoración, la misma es totalmente inestable y mutable por lo que se agrava aún más el problema.

Por todo esto el juicio debe ser objetivo y debe hacerse de acuerdo al *titular de un rol que en el desempeño de ese rol puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado*. Es decir, la realización normal o regular del rol será la regla y la ejecución de

acuerdo a lo que haría un experto o especialista será la excepción cuando el rol lo requiera por las circunstancias. El riesgo al ser un fenómeno social es totalmente dinámico y dependiente del ambiente en el que tenga lugar, por lo que las permisiones pueden variar y ser múltiples para el riesgo descripto, dependerá del rol y de las circunstancias en que se dé

De este modo se concluye que el juicio sobre la adecuación social del ejercicio de un rol en un determinado caso se fundara sobre *la generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión*, ni más, ni menos. La base del enjuiciamiento, trasladado al autor del comportamiento, será de acuerdo al conocimiento que posee el titular del rol acerca de la situación correspondiente, importa únicamente aquello comunicativamente relevante, que incumba al rol, extraído del contexto inmediato, quedando excluido todo lo especulativo o lo referente a conocimientos especiales que de haberse empleado podrían haber permitido evitar el riesgo prohibido.

En síntesis, el juicio del riesgo se funda sobre un rol específico, desarrollado en circunstancias particulares donde tiene lugar el comportamiento determinado que ejecutó. El contexto es importante ya que de él provienen los datos que el *lego* empleará para actuar de forma socialmente adecuada. Tan relevante es que sobre el mismo se formará la faz subjetiva que requiere el tipo.

Combinación de rol y conocimiento:

Como se dijo, el conocimiento especial no es relevante en la mayoría de los casos para poder calificar riesgo, pero ¿cuáles son los casos en los que este elemento es parte del rol? Para esto se diferencian dos tipos de competencias: Organización e Institucional.

En la competencia por organización, el individuo es garante de asegurar que en su ámbito de *organización* se respeten los estándares habituales de seguridad con independencia de su comportamiento actual. Por ejemplo: *cualquier propietario de un vehículo de motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo*. Como se ve, con relación al conocimiento especial relacionado con vulneración de los estándares de seguridad, sin importar el modo en que fue adquirido, obliga a intervenir en razón al rol para restablecer el estándar; esto es porque *la desviación negativa respecto del*

estándar a constituye una perturbación que como garante debe suprimir el titular del ámbito de organización. Es decir, el rol de propietario, en el caso del dueño del automóvil, es el que compele a intervenir para restablecer los estándares siempre que conozca la situación. Muy importante es que el rol implique esta competencia de organización, esto transformará el deber de abstención de realizar riesgos por el de intervenir para restaurar el estándar de seguridad y evitar la concreción del riesgo. Lo dicho fue en razón al conocimiento especial, es decir, aquel que se encuentra al margen del rol, pero además en el supuesto en que se asuma la administración del riesgo que conoció por estos conocimientos de forma actual también responderá. Lo que hace es incorporar dichos conocimientos al rol para re-direccionar la acción de forma actual, así se responderá por las consecuencias que se deriven, en especial cuando afecten a un tercero. En otras palabras responderá por manipular el destino del riesgo, del cual logro percatarse por sus conocimientos especiales, y por convirtiéndolo en objeto de su organización (dirección o dirigibilidad de la acción) desviándolo hacia una meta final.

Por otro lado la competencia en virtud de un vínculo *institucional*. En esta situación se ve que existe una armonía entre el garante del rol y el beneficiario del mismo, donde ambos comparten los beneficios y perjuicios normales que acarrearán el ejercicio del rol. En cuanto al conocimiento, el garante debe incorporar todo tipo de conocimiento que ayude a mantener los estándares de seguridad propia del rol. Queda claro que depende de este el contenido de los deberes y a su vez la demanda de incorporar conocimientos especiales.

En resumen, los conocimientos especiales dejarán de ser especiales en el momento en que el rol demanda su incorporación, ya sea en razón a la competencia organizacional o institucional. En los demás casos en que nada se diga, los conocimientos mantendrán su cualidad y por consiguientes no será exigencia su empleo en las diversas situaciones a pesar de que pudieran haber facilitado el mantenimiento del estándar de seguridad.

Roles especiales y roles comunes.

El delito, como comportamiento disvalioso, es aquel que viola un deber tendiente a mantener un estándar de seguridad impuesto por un rol, por lo que si no se quebranta un rol el deber se encuentra ausente y por consiguiente, el comportamiento pierde la

calidad delictiva. De este modo se pueden diferenciar dos tipos de roles, de acuerdo a la inteligencia de la obra del jurista alemán.

Por un lado nos encontramos con los *roles especiales*. Estos son impuestos a determinadas personas en razón a que deben configurar junto con otros un *mundo común más o menos completo*, es decir en función de la convivencia deberán intervenir para mantener un determinado ámbito en común. Lo relevante de estos roles es que este ámbito en común que se configura no es cualquiera, sino que son considerados *instituciones que confieren a la sociedad su configuración fundamental*. Constituyen y conforman a la sociedad dándole una configuración propia y actual. Los mismos concurren con independencia de lo jurídico perteneciente también a la sociedad, ya que tal como se dijo previamente, el derecho no valora sino que auxilia e interpreta dándole una orientación específica a aquello que previamente fue valorado por la comunidad. Por eso se podría decir que las mencionadas instituciones son el presupuesto de la juridicidad de la sociedad.

Consecuentemente, en respuesta a la naturaleza esencial que constituye los diversos ámbitos sociales que se ven protegidos por la intervención de un determinado individuo, los mismos responderán indefectiblemente como autores, *ya que están obligados de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común*.

El segundo grupo de roles son aquellos que carecen de características especiales, denominados *roles comunes*. El término común refiere al tipo de deber que se quebranta mediante la inobservancia del rol, el cual además es único en su especie, este es el rol de *comportarse como una persona en derecho*. Esto al principio de la obra se aclaró al analizar la *posición del hombre frente al poder punitivo del estado* lo cual llegado a este punto se refuerza la idea de que solo aquellos comportamientos que excedan la esfera de reserva serán relevantes para el derecho penal, por esta razón, esta faz negativa conforma el contenido del rol común que el hombre debe respetar. De allí además que se haya optado por una conceptualización de la acción de acuerdo a la teoría negativa, ya que esta es la única perspectiva que nos permite ver el delito desde una óptica puramente axiológica y no meramente causal.

Siguiendo con la explicación del jurista alemán se cita:⁸⁶

“El quebrantamiento de un rol común implica la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robos, etc.; el "no" respectivo resalta el lado negativo del rol. ...Este elemento negativo, la ausencia de un mundo común -más allá de la situación general de juridicidad- no significa que el rol común pueda ser infringido sólo por una acción y no a través de una omisión. El deber de evitar que otro resulte lesionado no sólo puede generarse como deber institucional de crear un mundo común, sino también como deber de evitar las consecuencias lesivas de la organización propia. Quien frena su vehículo delante de un peatón, no genera un ámbito común especial, sino que se mantiene dentro del marco de la juridicidad general. Lo mismo sucede respecto de quien asegura las tejas en su tejado para que no caigan, o vuelve a recoger a un niño que previamente ha lanzado al aire jugando, o de quien conduce a lugar seguro a una persona achacosa a la que previamente ha obligado a salirse de la acera...”

Con esto queda claro que el delito es un concepto complejo en cuanto a su composición, por lo que solo siendo comprensivos de dicha complejidad podremos de forma mucho más precisa valorizar jurídicamente un determinado fenómeno factico proveniente del hombre.

El delito es la violación al deber de abstenerse de extralimitarse de la esfera de reserva dada a todo ciudadano, o de incumplir con un mandato especial que forma parte del límite del mismo ámbito. El hombre es libre porque se confía en que se auto determinará de acuerdo a lo prescripto o regulado. Dicha regulación no es arbitraria ni pretende limitar la naturaleza del hombre sin una razón valedera. Si el hombre se encuentra constreñido a cumplir con mandatos sociales es porque ha aceptado la vivir en una comunidad organizada y como miembro activo de la misma se le impone la carga de mantener la subsistencia de la misma. ¿Cómo logra cumplir con esta carga? Pues lo hace de dos modos. Por un lado cuidando que su conducta de ningún modo perturbe la convivencia general, de que su *organización* no sea generadora de riesgos no permitidos; tanto absteniéndose de contradecir lo socialmente adecuado o formando su conducta de acuerdo a lo socialmente adecuado, como así también interviniendo para

⁸⁶GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 71

que un riesgo no permitido generado por la organización que administraba se concrete. Por otro lado también cumple con su rol cuando logra realizar los estándares de seguridad que preservan un determinado ámbito social común que construye con los terceros y que por su carácter esencial son considerados como *instituciones* encargadas de configurar de forma particular y actual cada grupo social. En otras palabras, por un lado responde por su deber frente a la comunidad en general y por el otro lado, lo hace por pertenecer a un mundo en común que configuró con terceros. En el primer supuesto se habla de competencia por organización mientras que en el segundo es por institución. En el primero la expectativa es de abstenerse de actuar, mientras que en el segundo la expectativa es la de intervenir para preservar. En ambos casos se busca evitar la concreción de un riesgo no permitido o socialmente anormal.

Antes de terminar se quiere dejar en claro que tanto en los roles comunes como los especiales nos encontramos frente a instituciones. La diferencia es que la primera al ser la más general que el derecho permite, carece de todo tipo de regulación por lo que la competencia únicamente será por organización, mientras que en la segunda al referirse a un ámbito específico la competencia será por institución como se aclaró previamente.

Ahora si para finalizar y dejar en claro la institución del rol común, se cita el siguiente extracto:⁸⁷ “...Este rol común tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho; pero aquí interesa más el lado negativo, es decir, el deber de no lesionar a otros; este deber no está dirigido hacia la configuración de un mundo común -que trascienda el conformado por la juridicidad general-, sino que simplemente su finalidad es una separación de las distintas esferas: “No lesiones al otro, puesto que también es participe del ordenamiento jurídico, déjale en paz.” Ciertamente, con ocasión del comportamiento propio sólo puede dejarse en paz a alguien cuya presencia se percibe cuando se puede producir una colisión con él. En esta medida, debe tenerse en cuenta que no se vive solo, sino junto al otro en un mismo mundo. Pero en este mundo, para el Derecho, basta con distanciarse de los demás; no es necesario llevar a cabo configuraciones comunes...”

⁸⁷ GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 73

El sentido del comportamiento

El presente extracto pertenece al capítulo tres de la obra alemana y es citado porque nos brinda modos de determinar cuando un comportamiento es delictivo por haber infraccionado un rol y no haber evitado el resultado lesivo, en los casos de concurrencia de personas.

En primer lugar se aclara que la simple concurrencia de un comportamiento evitable perteneciente a la organización, no transforma a esta última en delictiva. La capacidad o posibilidad de evitación no definen al garante.

El carácter de “*evitable*” que conlleva un comportamiento humano es consecuencia de la posibilidad que tiene un sujeto de direccionar una determinada causación que puede realizar riesgos o no, pero lo importante es que en razón a la organización llevada por el individuo la conducta no es un producto inevitable del destino sino que es obra del hombre y como tal podrá ser reprochada. Ahora bien, esta calidad de por si no carece de toda valoración, es una simple descripción de la realidad, por lo que si se pretende fundar sobre ella cualquier tipo de juicio jurídico se deberá primero reconsiderar su contenido.

*“...Pero, ¿por qué habría que evitar? Tratándose de la colaboración causal de varias personas, la respuesta solo puede ser esta: existe la obligación de evitar cuando forma parte del rol de quien actúa en primer lugar velar por el comportamiento de quien actúa a continuación.”*⁸⁸

Con lo dicho se pone de manifiesto que lo adecuado socialmente también tiene relación con la neutralidad que puede presentarse en el desenvolvimiento en común que tienen un autor delictivo y un tercero. Cuando un sujeto desarrolla su actividad y en la misma interviene un tercero se deberá atender de modo especial a la relación que poseen entre ellos y además a la posición que ocupa el primero frente al bien que debe ser preservado. De esto surgen cuatro posibilidades posibles de comportamientos, de los cuales dos excluyen la responsabilidad mientras que en los últimos la misma se encuentra presente.

⁸⁸ GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 81

El primer supuesto para configurar la exclusión se tendrá en cuenta la ausencia del factor común, es decir, un simple actuar cotidiano que por intervención del autor del delito es desviado para que el mismo sea delictivo, por lo tanto, al no existir nada en común el sujeto que desarrolla la actividad neutral no responderá de ningún modo debido a que su rol fue cumplido al desenvolverlo de modo natural. Un comportamiento inocuo y realizado con frecuencia no adquiere significado delictivo cuando un autor delictivo lo incorpora a sus planes y esto se debe a que el rol de quien desarrolla dicha actividad neutral se ha mantenido dentro de lo adecuado. La ejecución al no serle propia sino que al formar parte de un plan como mero instrumento no puede ser atribuido a quien únicamente cumplía con su rol.

En segundo lugar nos encontramos con el caso contrario al anterior, es decir, *existe algo en común*, pero esto es la simple prestación que uno realiza en favor de otro, quien se propuso dar origen al ilícito. Esta prestación guarda similitudes con la anterior debido a que es la simple realización de un comportamiento cotidiano, pero que además, por su naturaleza puede ser obtenido de cualquier modo y no entraña ningún riesgo especial. Pero muy importante es que a diferencia del anterior, existe un vínculo entre ambos sujetos, autor y tercero ejecutor de la prestación, pero al consistir en la simple transferencia de la prestación el significado delictivo es irrelevante por ser el rol de este último totalmente inocuo.

Como expresa el jurista alemán, *aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo -hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo-, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente.*⁸⁹

En las sociedades modernas existe una compleja red de *reparto de tareas* que permiten el mantenimiento de sistema organizado, por lo tanto resulta imperioso distinguir el valor objetivo del comportamiento de la pretensión que el interviniente tiene en miras desde un punto de vista subjetivo. Por esto para reforzar la seguridad jurídica del sistema social se opta por este carácter o sentido al momento de realizar el juicio de adecuación social. Entonces estas conductas son *negocios usuales de la vida*

⁸⁹ GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 83

cotidiana, unilaterales o bilaterales con independencia de que se transfieran prestaciones consistentes en entrega de bienes, en la realización de servicios y, especialmente, de informaciones.

En síntesis nadie responde por las consecuencias que se originen por el simple cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Lo objetivo es la transferencia y esta es la base sobre la cual se realizará la valoración social. Puede que la misma incremente el peligro de que se concreten consecuencias prohibidas debido a la planificación llevada a cabo por el receptor de la transferencia pero son cosas totalmente incompatibles. El cumplimiento de un rol de forma totalmente neutral no puede ser expresión de una organización socialmente inadecuada en común, entre su autor y el tercero ejecutante. Esta objetividad también debe sustentarse en el hecho de que quien transfiere o brinda la prestación no encuentre algo propio en el delito realizado por el sujeto receptor, por lo que debe mantenerse totalmente ajeno al plan delictivo, sino caso contrario, el rol mismo se vería quebrantado.

Antes de proseguir con el análisis del segundo grupo primero se harán unas aclaraciones pertinentes a lo analizado

Queda claro que en ninguno de estos supuestos habrá responsabilidad por no haber evitado el resultado a pesar de haber intervenido en la organización que la originó, pero esto no quiere decir que no concurre ningún otro tipo de responsabilidad. Para esto se debe distinguir de los roles que desempeña el individuo la presencia de alguna posición de garantía que independientemente de la conducta del rol que intervino en la organización delictivamente orientada, imponga evitar los daños que amenacen al bien en cuestión. La concurrencia de la posición de garantía no significa la exclusión del principio de prohibición de regreso propio de estos supuestos, por el contrario, mantienen su vigencia al ser independientes de la organización, por lo que es perfectamente compatible que un mismo sujeto no responda por las consecuencias delictivas derivadas de la realización de su rol socialmente adecuado, pero, si por no haber evitado el daño en razón a un rol distinto y autónomo.

El deber de *no denegar la ayuda necesaria en casos de extrema necesidad* o el deber excepcional de auxilio, es la fórmula sobre la que se sustenta la responsabilidad que puede revertir el carácter de actuación socialmente adecuada a ilícita, pero no por pasar

a formar parte de la organización delictiva que empleaba como instrumento su comportamiento inocuo, sino por quebrantar un rol diferente por medio de la mencionada participación. *Resumiendo: la prohibición de regreso no anula deberes existentes, sino que sólo establece que el comportamiento actual es insuficiente per se para generar responsabilidad.*

Estos supuestos son claros ejemplos de delitos cometidos a través de una omisión, pero de suma importancia es atender de forma especial al tipo de rol que se ve quebrantado antes de realizar cualquier imputación, debido a que de este modo se podrá entender si es una simple omisión por haber quebrantado un deber común, o dicha omisión equivale a la comisión del delito en razón a la expectativa generada por el rol especial.

*“A modo de ejemplo: puesto que se ha de proteger la vida de los hijos sometidos a su tutela, nadie debe hacer entrega a un sujeto decidido a asesinar a sus hijos de un objeto de por sí inocuo o una información de por sí inocua, cuando el sujeto en cuestión vaya a incorporar esa prestación en su planificación delictiva. Y es que el garante, para cumplir con su deber de protección, incluso estaría obligado a revocar, de poder hacerlo, una prestación similar llevada a cabo por terceras personas...”*⁹⁰ Delito de comisión por omisión.

Delito de omisión: *“...quien habiendo recibido en préstamo una pistola la devuelve justo en el momento en el que quien se la prestó va a usarla para cometer un asesinato, siendo este hecho conocido, responde por un delito de omisión de socorro si el asesinato finalmente se comete...”*⁹¹

Siguiendo con el análisis se pasará a explicar los supuestos donde se da la responsabilidad ya que existe participación en el comportamiento delictivo.

En el primero de los casos el sujeto responderá porque la configuración de la prestación es peligrosa *per se*. Esta cualidad las hace susceptible de ser empleadas ulteriormente por un tercero con fines delictivos, de allí nace la comunidad entre ambos. Estas conductas además por constituir un peligro abstracto suelen ser prohibidas en

⁹⁰GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 85

⁹¹Ibid., p. 86

determinados casos, por este motivo quien las ejecuta no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas, por consiguiente tanto la ejecución como las consecuencias son atribuibles en razón al peligro abstracto que suponen.

Ahora bien, la forma en que se da origen a la comunidad entre quien ejecuta la prestación y quien se hace de ella complementándola hasta dar lugar al carácter delictivo es totalmente de manera normativa. Esto se hace con independencia de lo perseguido por cada uno.

Por ejemplo: *“quien entrega armas que requieren licencia, materiales radioactivos a receptores no autorizados, quien suministra explosivos o estupefacientes cuya circulación se halla restringida, quien presta un vehículo de motor que no está en condiciones de circular, etc.”*

El sujeto organiza la situación de tal forma que el sentido de la organización es comprensivo de todo aquello que tenga carácter delictivo, aún en los casos en que a pesar de no haber una prestación exista un deber de custodia ejecutado de manera descuidada

“Dicho de otro modo, quien es garante de la no-disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber.

Se impone la conclusión de que la razón expuesta para afirmar la participación no está vinculada a la comisión dolosa; al igual que los grupos de casos de la prohibición de regreso antes contruidos tampoco están vinculados a la ausencia de dolo. Y es que la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento.”⁹²

El último de los supuestos es uno de los más habituales y lógicos en términos de atribución de responsabilidad. El mismo corresponde a los casos de *inducción y complicidad*. Se responde por lo tanto por no haber realizado ninguna prestación con carácter neutral, todo lo contrario, se hace encajar la prestación en el contexto delictivo. Existe una intervención en la etapa ejecutiva del delito, pero no de forma neutral. Cuando se habla de inducción se está frente a la determinación final de cometer, ya sea

⁹²GÜNTHER Jakobs, La imputaciones objetiva en el derecho penal, ed. Ad-Hoc, Bs. As., Argentina, 1997, Pag 88.

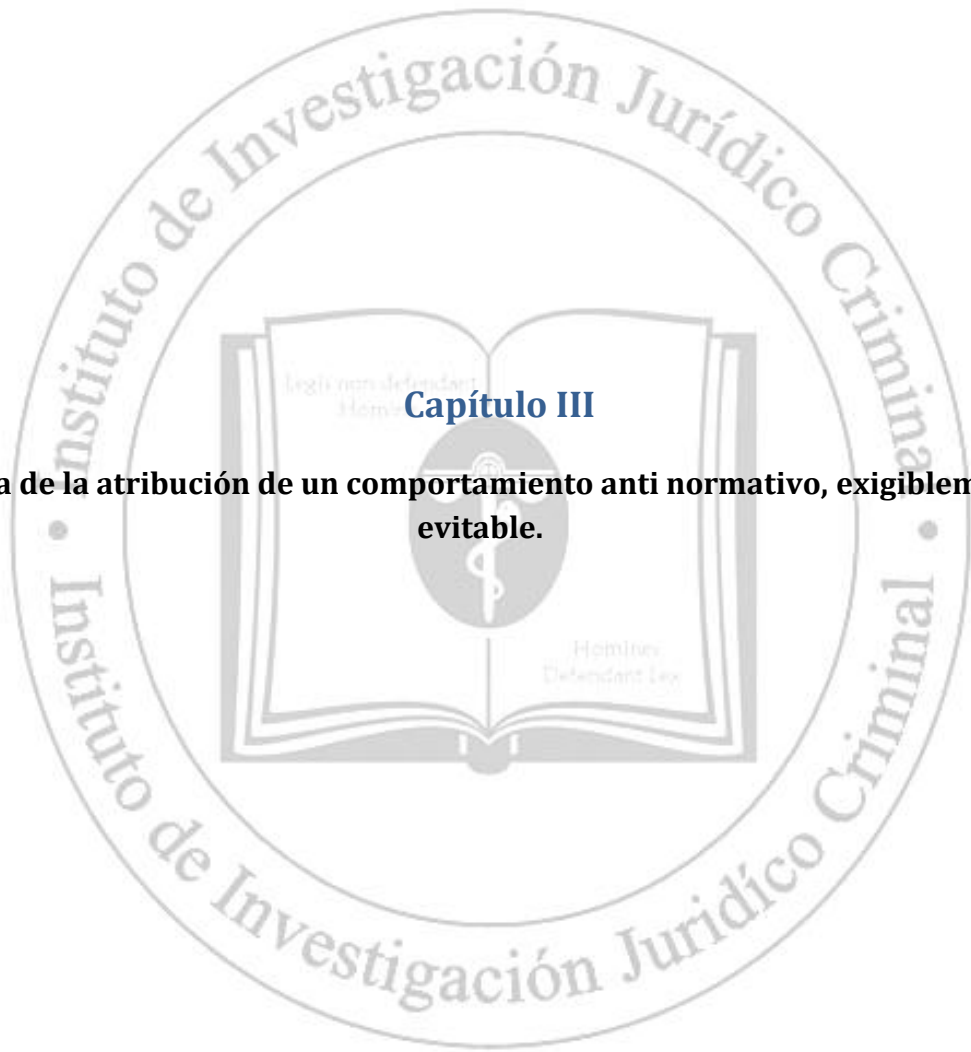
por complicidad psíquica (*asesoría en empresas delictivas*) o complicidad física (*prestación de cosas o servicios específicamente diseñados para tener encaje en la empresa delictiva*), siempre que los mismos no sean *socialmente estereotipados como adecuados*. Y es este último parámetro el que se ha de tener en cuenta, dejando de lado las intenciones y conocimientos, como así también la omisión de aquellos que no son garantes, esto último se regirá de acuerdo a las reglas del primer grupo de supuestos expuestos. La imputación subjetiva servirá para analizar la posible participación imprudente en términos de previsibilidad, pero se debe tener siempre presente que esto será siempre en el marco del rol ya que dentro del mismo se valorarán los conocimientos e intenciones que posea.

En síntesis, la medida de la responsabilidad es el rol, el cual junto al contexto definirán lo que es adecuado socialmente, por lo que no es exacto pretender analizar mediante fórmulas generales fenómenos que por naturaleza son aleatorios. Cada hecho posee su propia configuración, de allí que todas las fórmulas teóricas hechas hasta ahora tiendan ser compatibles con la realidad.

Con esto se concluye con la exposición de la obra del jurista alemán. Queda claro que analizar el obrar humano desde una óptica negativa es totalmente viable si se lo hace con un marco teórico adecuado y prudente. La insistencia sobre su preferencia encontrará lógica en la tercer parte de la presente investigación donde se formulará un instrumento que, mediante la aplicación de los conocimientos expuestos hasta ahora, potencialmente facilitará por un lado el trabajo de discriminar cuando un comportamiento es merecedor de alguna consecuencia jurídica, volviendo más preciso la aplicación de la ley, pero a su vez favoreciendo la efectividad de la ley al modificar la concepción del delito.

Teoría de la atribución de un comportamiento anti normativo, exigiblemente evitable.

Capítulo III



Teoría de la atribución de un comportamiento anti normativo, exigiblemente evitable.

Este capítulo representa la síntesis e interpretación global del trabajo. Para esto se ha decidido esbozar un posible mecanismo para la atribución de comportamientos, para auxiliar al operador jurídico encargado de calificar el hecho. Esta construcción pretende ser lo más respetuosa de las instituciones tuitivas de la dogmática vigente. Se pretende lograr determinar cuál fue la verdadera intención que lo motivo a ejecutar su comportamiento disvalioso.

Como el trabajo se refiere al modo en que se puede reforzar la efectividad de la ley perteneciente al ámbito penal, se creyó oportuno comenzar por lograr una calificación lo mas apegada a la realidad posible debido a que si esto no se logrará nunca poder reforzar el mecanismo de auto regulación del individuo por no conocer las verdaderas causas de su proceder.

Esta teoría ha combinado los descubrimientos y reflexiones de los dos capítulos precedentes, por lo que si se pretende aplicar únicamente se podrá hacer si se lo hace con relación a un acontecimiento de la realidad. Esto se debe a que logra compatibilizar tanto el aspecto pragmático o empírico del fenómeno como así también el deontológico. Ambas perspectivas son caras de la misma moneda, por lo tanto si una de ella no se encuentra el delito *per se* desaparece.

Se iniciará con un análisis punto por punto de cada uno de los elementos teóricos del sistema y se proseguirá con la explicación de cada uno de los elementos. La dinámica o reglas que rigen el sistema son de jerarquía y subsidiariedad. A su vez se encuentra dividido en dos sub sistemas jerárquicamente organizados donde el superior intenta explicar la moral utilitaria empleada en el hecho en concreto (si esto no fuera así no habría delito) y en segundo término se observará si existió la posibilidad de actuar de acuerdo a la lógica deontológica. Como se habrán dado cuenta, se hora uso del mecanismo dual de procesamiento moral explicado al principio, pero además se utilizarán los principios del sistema de representación jerárquico de la acción. A nivel jurídico se hará uso de la teoría negativa de la acción, la cual se encontrará enmarcada por la lógica de la teoría finalista del delito incluyendo además los principios que rigen a la imputación objetiva y la generación de riesgos permitidos o prohibidos.

Hecha esta aclaración se dará inicio a la esquematización.

Moral utilitaria

1. Un delito es un hecho que constituye un dilema moral, en el cual el sujeto que se tuvo que enfrentar a él, lo hizo empleando un razonamiento utilitario. Este hecho constituirá el fin sobre el cual se construye la faz subjetiva del sujeto. En otras palabras constituirá el *actiongoal* sobre el cual se formará el *motorplan*, por lo tanto se encontrará monitoreado por el *controlepisódico* del sistema representacional. En este punto aún no se puede determinar mucho, pero llegados al punto 6 nos definirá el ¿Por qué? del actuar. Por ello, lo único que se puede hacer es observar el fenómeno hacer un correcto recorte del mismo.

2. A partir de este momento se iniciará la descomposición del fenómeno en sub comportamientos o *Task* que en su conjunto realizarán el fin propuesto. Esta etapa está regida por el *control contextual* principalmente y en segundo lugar por el *control episódico*, de este modo, es recomendable iniciar el análisis del tipo objetivo atendiendo a los elementos que lo conforman: acción, sujeto y las circunstancias del hecho, para lo cual se deberá responder a las preguntas: ¿Qué?, ¿Quien?, ¿Cuándo?, ¿Dónde?, tal como se explico en el titulo de criminología. Los datos típicos serán una hipótesis que se logrará afirmar si se logra llegar al estadio numero 8, hasta entonces no se puede afirmar nada con certeza, pero, sí de forma indiciaria. Si el procesamiento se hace de forma correcta se logrará conseguir el modo en que el sujeto desarrolló el comportamiento. Siempre se debe tener presente que no se debe tomar la acción de modo global sino que debe examinar con detenimiento cada particularidad de las tareas que la conforman, utilizando los datos globales únicamente como orientadores del análisis. Esto es así porque puede suceder que uno de los *task* se vuelva autónomo, por lo cual si esto ocurre se podrá hacer concurrir ambas acciones finales. También en este punto se analizará la forma de exteriorización de la conducta, lo cual consiste en determinar si las tareas que constituyen el *motor plan* son actividades o inactividades realizadas por el sujeto. Recordemos que lo que se determine de este último análisis corresponderá al aspecto material de la acción por lo que, con el desarrollo del análisis, se deberá ver si pueden resultar disvaliosos o no, pero necesariamente si se tiene que evaluar si son idóneo para alcanzar el *actiongoal*.

3. Una vez logrado el análisis de las múltiples tareas que conforman a la acción, se procederá a considerar los medios empleados. Se deberá omitir realizar un examen en

base a cada *task*, con el fin de determinar qué medios les correspondieron a cada uno. En consecuencia, habrán tantos medios como tareas que conformen la acción. Este estamento se regirá principalmente por el *controlsensor-motor* y tendrá relación con la *integraciónsensor motora* que se hace del objeto. Los medios que importan son aquellos que den lugar a la moral utilitaria y consecuentemente permitan violar el deber, denominados medios *positivos*. Como en este punto se estudian las modalidades empleadas para realizar cada uno de las tareas, se debe incluir el examen de las causas de exclusión de la acción, esto responde al hecho de que se realiza la integración sensor motora de los instrumentos y se responde a la pregunta de ¿cómo? o de qué modo se ejecutaron las tareas. Para este análisis se utilizará una vez más los datos que provee el tipo objetivo de la figura que se toma como referente, pero además se analizará el primer presupuesto para determinar si existe relación subjetiva con el hecho, es decir, se ve si el sujeto al actuar poseía un mínimo de conciencia y control de su entorno para realizar los distintos *task*.

4. En este punto se continuará con un análisis de los medios. Principalmente se distinguirá su naturaleza lesiva, es decir, si son *personales* o *impersonales*. Esto es importante para lograr describir el conocimiento que tiene el sujeto del hecho y a su vez el significado que le atribuyó. Si se lo considera *personal* existen grandes posibilidades de que se atribuya la conducta como dolosa, en cambio si es *impersonal*, lo correcto sería considerarlo como culposo. Como se ve gracias a estos elementos se podrá determinar si el sujeto prefirió realizar el comportamiento e inhibió la respuesta emocional negativa o por si el contrario, actuó porque la respuesta emocional era débil (personal e impersonal respectivamente). De acuerdo a la dogmática clásica se estaría frente al elemento conativo del tipo subjetivo.

5. Estos medios positivos corresponden a la realización de una moral utilitaria. La misma a su vez, al exteriorizar un comportamiento genera un efecto en la realidad, por lo que a partir de este punto se valorizará el comportamiento y su resultado a través de la determinación del deber que ha sido violado. En esta etapa se analizará el deber y el tipo de *resultado* que se generó, por lo tanto también se estudiarán las *consecuencias* que el tipo objetivo prescribe. La regulación se encuentra regida por un control episódico y contextual, atendiendo a su vez si las *consecuencias* responden al *actiongoal* principal, o si por el contrario, pertenecen a las sub tareas que lo constituyen. Con este último análisis se terminaría de tipificar objetivamente el hecho debido a que se logro determinar sus diferentes componentes. Si se logra dar con el deber que se ha

violado es gracias a haber determinado los medios positivos que responden a la moral utilitaria que manifestó el hecho que constituía el dilema moral, remitiéndonos al primer estamento. De esta manera, se puede decir que se ha logrado determinar el aspecto cognoscitivo de la acción anti normativa.

6. Como último estadio nos queda por terminar de consolidar el elemento conativo del sistema. A través del análisis que se hace del medio positivo como *personal* o *impersonal* en conjunto con el anterior punto, se puede describir la relación subjetiva que tuvo el sujeto con el fenómeno. Como se sabe, la posibilidad de formar una respuesta emocional permite inhibir el razonamiento utilitario y a su vez actuar de una forma deontológicamente adecuada. Por consiguiente, si se analiza la causa subyacente a la ausencia de la respuesta emocional negativa, se podrá determinar si fue producto de la decisión del sujeto, quien optó por no seguir su intuición deontológica a pesar de haberla experimentado (dolo), porque la respuesta fue tan débil que no logro percatarse de ella (culpa) o simplemente porque creyó que actuar utilitariamente en el supuesto dado era lo correcto o lo más conveniente (culpa), tal como ocurría con el dilema moral del “*crying baby in wartime*”, previamente citado. Recordemos que el grado de *personalidad* o *impersonalidad* afectan el grado de fuerza con el que se puede manifestar la respuesta emocional, a mayor grado de impersonalidad lesiva menor será la reacción generada. Una vez resuelto esto se logrará responder a la pregunta del ¿Por qué? Realizada al inicio del examen.

Moral Deontológica

7. Ahora bien una vez atendidos los aspectos “*cognoscitivos*” y “*conativos*” del hecho queda por determinar el grado de exigibilidad en cuanto a la posibilidad de evitar el resultado o la realización de la conducta misma. Para esto deberemos partir de los *medios* analizados. Como se vio, los medios que resultaron ser relevantes fueron únicamente los positivos debido a que ellos guardaban relación con la ejecución de conducta moralmente utilitaria, pero como esta teoría se basa en el procesamiento dual, nos queda por determinar de qué modo se podría haber realizado lo debido o lo prescripto por la norma. Por lo tanto se deberán buscar *medios negativos* que logren potencialmente contrarrestar en la realidad a los positivos, permitiendo así la evitación del resultado. En síntesis, lo que se busca es hallar el modo de evitar la violación del deber normativo a través de tareas que empleen métodos idóneos para esto. La ausencia de ellos elimina la acción total debido a que actuó sin tener una alternativa a ello. Como nos retrotrajimos al punto 3, se analizarán aquellas causales de exclusión del

comportamiento que eliminen estos medios negativos, como lo es la fuerza física irresistible, por ejemplo. En cuanto al conocimiento respecto de estos medios no debe ser necesariamente efectivo, bastando únicamente con la posibilidad de alcanzarlos y emplearlos sin mayores esfuerzos. Estos medios deben ser respetuosos del principio *ultra posse nemo obligatur*, de otro modo si constituyen, por ejemplo, un riesgo para la integridad del sujeto no se pueden tomar en consideración. Por último, este análisis es completamente objetivo, siendo útil únicamente para identificar aquellos medios que podrían haber sido empleados si el sujeto hubiese actuado de forma adecuada o prudentemente.

8. Llegamos a la última parte del análisis. Como en el punto anterior se examinó la existencia de la evitabilidad, en este punto se valorizará la viabilidad jurídica del empleo de estos medios. Para que un medio negativo sea exigible se observarán tres elementos: Rol, riesgo y los diferentes principios interpretativos. La exploración del rol nos permitirá determinar la naturaleza de la posición de garante (organización o institucional) como así también su fuente (legal, obligación asumida o una conducta precedente). En segundo lugar, al tratar el riesgo se logrará ver si es prohibido o permitido, actuando en este último el principio de adecuación social. Por último, una vez determinado el rol y el riesgo creado se confrontarán con diversos principios interpretativos para consolidar su carácter de exigible, entre ellos podemos encontrar los siguientes: Prohibición de regreso, auto expuesta en peligro, creación de un riesgo que de ningún modo sea beneficioso, principio de legalidad, de reserva, de no contradicción normativa (incluyendo la interpretación conglobada del ordenamiento legal), el ejercicio regular de un derecho, el cumplimiento de un deber, *ultra posse nemo obligatur*, *nulla lex sine necessitate*, *nulla necessitas sine injuria*, entre otros. En síntesis este último aplicará la parte general del código penal y los institutos que la dogmática provee para poder afirmar que el actuar del sujeto era jurídicamente evitable si hubiera cumplido con su rol. Si alguno de estos tres elementos no se encuentra perfectamente determinado, será inexigible el empleo del medio negativo y, de este modo, de acuerdo al principio de reserva, el sujeto no tendrá responsabilidad. Caso contrario responderá personalmente por no haber evitado la concreción del resultado, ya sea porque no se abstuvo de actuar como se lo impuso una norma prohibitiva o no intervino de acuerdo a lo prescripto por una norma imperativa.

Con esto concluye la estructuración de la teoría de la atribución de un comportamiento exigiblemente evitable. A continuación se aclararán algunos conceptos propios de la misma para poder facilitar la comprensión del sistema:

✓ *Moral utilitaria*: refiere al análisis que se hará de la dirección de la acción que decidió realizar el sujeto. Iniciar el estudio de un hecho que hipotéticamente ha violado un deber de conducta típico, requiere pensarlo como un dilema moral que siguió una lógica utilitaria, es decir, prefiriendo optar por la salvación del bien mayor o la obtención de alguna gratificación. A nivel neuro cognitivo, se lo considera la configuración estándar la cual dejara de activarse si el sujeto experimenta una emoción inhibitoria.

✓ *Moral deontológica*: constituye el segundo subsistema de la teoría y es la encargada, en términos cognitivos, de inhibir los comportamientos que sean socialmente inadecuados. Por consiguiente, depende de la regulación emocional para lograr su cometido y se impone a través de respuestas intuitivas negativas frente a estímulos que provocan el deseo de gratificación o de salvar el bien mayor. Depende de las reglas sociales para su construcción y no es necesaria que sean incorporadas directamente debido a que la experiencia y la educación se encargan de ello. La efectividad del derecho positivo depende del normal funcionamiento de la auto regulación que la integra. Su refuerzo permite evitar la activación indiscriminada de la moral utilitaria.

✓ *Control episódico*: mecanismo mental y cerebral mediante el cual se logran alcanzar metas propuestas a largo plazo. Monitorea los “*actiongoals*” que constituyen el “*motorplan*”

✓ *Action goal*: consiste en el fin manifestado por el autor del hecho. El mismo es empleado en la estructura teórica como guía orientadora de la interpretación global de los demás elementos en análisis. Pueden ser propuestos por el mismo sujeto o provenir de la transformación de un “*task*” por la entidad que cobra en relación a la relevancia jurídico penal del mismo.

✓ *Motor plan*: El individuo al momento de representarse un comportamiento complejo debe estructurar el modo en que lo logrará. Para esto emplea multiples “*task*” que en su conjunto conforman el “*actiongoal*”, de acuerdo al modelo *representacionaljerárquico de acciones*.

✓ *Task*: son tareas en las que puede sub dividirse el *actiongoal*. Las características de las metas que las conforman construyen el *motor plan*.

✓ *Control contextual*: debido a que la representación de la acción y su monitoreo por el *controlepisódico* no basta para ejecutarla debido a las múltiples variables que pueden intervenir en el proceso, el *controlcontextual* se encarga de realizar los ajustes necesarios para lograrlo.

✓ *Medios positivos*: es la modalidad desplegada para realizar lo propuesto por la *moralutilitaria*. Lo constituyen los diferentes elementos que se empleen para alcanzar el *actiongoalutilitario*. Cada medio depende de la existencia y responde a un *task*.

✓ *Medios negativos*: por vía de interpretación empírica, son aquellos que se infieren de la posibilidad de impedir que se efectivicen en la realidad los *mediospositivos*, evitando así el resultado violatorio.

✓ *Evitabilidad*: consiste en la posibilidad concreta de impedir la concreción de un resultado lesivo. Depende de los distintos *mediosnegativos* que se hayan podido emplear en una situación en concreto. Son el fundamento de los mismos.

✓ *Exigibilidad*: en base a la determinación de los *mediosnegativos* se realiza una valoración jurídica en base a la confrontación con diversos institutos para descubrir la existencia de posibles violaciones a principios interpretativos y tuitivos. Si esto tiene lugar, la evitabilidad desaparece por no ser jurídicamente razonable su ejecución para lograr impedir una violación.

Epilogo

Para lograr una conclusión global se presentarán las siguientes reflexiones:

La hipótesis de la investigación ha sido confirmada. El individuo es un ser social y como tal ha generado diferentes mecanismos para permitirle adaptarse a su entorno. Uno de ellos es la auto regulación, la cual le permite controlar los impulsos de gratificación que pueden generar su exclusión del grupo al que pertenece. Esto no es natural al hombre sino que es adquirido y se construye en base a la convivencia que mantiene en la agrupación. Para poder determinar que comportamientos son adecuados y cuáles no, revisa las diferentes reglas provistas por diferentes fuentes. Uno de ellos es el derecho, el cual para poder cumplir con su razón de ser debe motivar a los sujetos a que las observen, de lo contrario carecería de efectividad. Por todo esto, la ley debe actuar como una orientación del comportamiento del sujeto motivándolo a que genere su auto regulación obedeciendo a lo que ellas prescriben. Si esto se logra el sujeto

reforzará la tendencia de actuar con una moral deontológica basada en las reglas jurídicas que adquirió a través de la experiencia.

La teoría realizada pretende aportar una herramienta que integre al momento de analizar y atribuir un comportamiento, esta realidad extra jurídica. Se tiene que entender que el objeto del derecho es la regulación de las conductas, por ser considerado como un mecanismo de control social que busca lograr un orden estable y perdurable en la convivencia de los grupos humanos. La simple sanción o la imposición de una pena no tiene razón de ser si no logra alcanzar y mantener la mencionada finalidad. Por ello, necesariamente se debe atender a este fenómeno desde la mayor cantidad de perspectivas posibles, pero siempre teniendo presente la regulación de las conductas.

En base a esto se vuelve imperioso repensar el delito desde una perspectiva multi disciplinaria, que logre compatibilizar tanto el aspecto empírico del fenómeno como así también el deontológico. Nunca se podrá reforzar el acatamiento a las normas jurídicas si únicamente se atiende a este último.

La presente investigación busca lograr esta armonía, por lo que se la considerará como el punto de partida para un cambio necesario del sistema. Entre los múltiples proyectos que existen se nombrarán los siguientes:

1. Concluir la teoría de la atribución de comportamientos exigiblemente evitables, incluyendo métodos para determinar de forma práctica la antijuridicidad y culpabilidad de los individuos sospechados de haber actuado injustamente.
2. Dotar de herramientas y técnicas a los operadores penales para que puedan determinar de forma más eficiente los diferentes aspectos que hacen al fenómeno jurídico del delito en relación con el agente.
3. La realización de una base de datos que manifieste múltiples aspectos del contexto en los cuales tienen lugar los diferentes delitos que se dan en la población de Mendoza. La misma tendrá como fuentes las denuncias realizadas en fiscalías, las sentencias condenatorias y los informes que demuestren la situación del sujeto dentro del sistema penitenciario. Se tendrá en cuenta además de la información que hace al fenómeno en si mismo, factores como pueden ser el tiempo, considerando datos tales como los días de semana, meses y años, como así también otros datos contextuales como pueden ser los espacios físicos donde tuvieron lugar, entre otros. Se hará foco en

el modo en que se receptan las denuncias, creando un protocolo que proveerá de una ficha para considerar los puntos que se deben tener en cuenta al momento de cumplir con esta función administrativa.

4. Organizar un sistema para determinar los lapsos de duración de las condenas requeridos para lograr reforzar la moral deontológica de los sujetos procesados. La misma partirá de la base abstracta de las penas que el articulado ofrece y tendrá efectos únicamente al momento de determinar la escala penal en concreto.

5. Crear técnicas que se implementarán durante el lapso de la condena para lograr las finalidades mencionadas.

6. Crear sistemas mediante los cuales se logre aproximar la legislación penal a las personas de diferentes rangos etarios, haciendo foco principalmente en aquellos que se encuentran en procesos educacionales. Para esto se considerarán los conocimientos sobre los modos de representación de conductas, entre otros, para lograr una asimilación progresiva del texto legal y así reforzar la auto regulación de los individuos.

7. Organizar un equipo de investigación conformado por abogados, criminólogos, psicólogos y neuro científicos coordinados para lograr descubrimientos que permitan una mayor comprensión del fenómeno del delito y principalmente el desarrollo de instrumentos que faciliten su investigación, calificación y juzgamiento, incluyendo además el proceso de ejecución de la condena.

Este proyecto como se puede apreciar es ambicioso, a pesar de ello, cuenta con la convicción de que logrará reforzar la efectividad de la ley.

El delito es un fenómeno que no puede ser erradicado, pero si controlado, si se logra atender a la causa que lo genera. Sin embargo, para esto se considera necesario lograr una integración metodológica de tal grado, que permita abordar el origen del modo más completo posible.

Tengo la esperanza de que algún día se logre ver el delito no simplemente como una perturbación al orden social, sino como una oportunidad de cambio que nos permita avanzar como especie.

Con esto concluyo la presente investigación. Espero haber logrado transmitir mi obsesión del modo más claro posible.

“LA LEY NO PROTEGE LAS PERSONAS...

...LAS PERSONAS PROTEGEN LA LEY”

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal Parte General* (Segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi SRL.
- Fayt, C. (1993). *Derecho Político* (Octava ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: De Palma .
- Gazzaniga, M. (2009). *The Cognitive Neurosciences*. United States of America: Massachusetts Institute of Technology.
- Jakobs, G. (1997). La imputaciones objetiva en el derecho penal. Bs. As.: Ad-Hoc.
- Marchiori, H. (1999). *Criminología -Introducción-*. Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Núñez, R. (1999). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (Cuarta ed.). Córdoba, Argentina: Marcos Lerner Editora Córdoba.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General* (Primera edicion ed., Vol. I). (D. M. Luzon Peña, M. Diaz, C. Garcia, & J. d. Remesal, Trads.) Madrid, España: Civitas, S.A.
- Taylor, I., Walton, P., & Young, J. (1997). *The new criminology: For a social theory of deviance*. (Segunda reimpresion. Edicion en Castellano ed.). Amorrortu editores S.A.
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General*. (C. Balestra, & E. Friker, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma.